



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av klager. De generelle kravene i anskaffelsesloven § 4.

Innklagede inviterte til en konkurranse for anskaffelse av maling av Vågøy kirke i Hustadvika kommune. Klagenemnda kom fram til at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klager.

Klagenemndas avgjørelse 15. oktober 2024 i sak 2024/956

Klager: Nordmøre Maling og Bygg AS

Innklaget: Hustadvika Kirkelige Fellestråd

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Sverre Nyhus og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Hustadvika Kirkelige Fellestråd (heretter innklagede) kontaktet tre leverandører høsten 2023 for å inngi tilbud i anbudskonkurranse for maling av kirker i Bud, Hustad og Vågøy. Det ble informert om at tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet ville få tildelt oppdraget. Invitasjonen og informasjon om konkurransen ble oppgitt muntlig, og konkurransen ble ikke kunngjort.
- (2) Tre leverandører innga tilbud i konkurransen. Leverandørene var Visitten Malerforretning AS (heretter *valgte leverandør*), Sentony AS (nå Nordmøre Maling og Bygg AS og heretter *klager*) og Malermestrene BMV AS. Ved en feil tildelte innklagede kontrakt til både klager og valgte leverandør. Som en følge av denne feilen ble konkurransen avlyst.
- (3) Partene er uenige om en felles befaring fant sted i anledning den første konkurransen.
- (4) Innklagede inviterte til en ny konkurranse i e-post 11. april 2024, denne gangen kun for maling av Vågøy kirke. I e-posten fremgikk følgende:

«Avlysning av anbud på maling av Vågøy kirke.

Tungtveiende grunner gjør at vi må avlyse anbud på inngåtte kontrakter når det gjelder maling av Vågøy kirke, og flekkmaling på kirkene i Bud og Hustad. Grunnen er at det er gjort en feil i vår saksbehandlingsprosedyre, og begge tilbydere har fått tildelt oppdraget. Dette gjelder Visitten Malerforretning a/s, og Sentony a/s.

Vi vil fra vår side sterkt beklage det som har skjedd, men vi må forholde oss til det juridiske i den oppståtte situasjon. Vi lyser derfor ut anbudet på nytt, og dere er invitert til å komme med tilbud, og da så raskt det lar seg gjøre.

Frist for innlevering av tilbud settes til fred 26.05.2024.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) Dato for inngivelse av tilbud ble senere rettet til 26. april 2024. I utlysningen var det ingen informasjon om anskaffelsens verdi, men i anskaffelsesprotokollen ble verdien estimert til inntil 1,3 millioner kroner. Konkurransen gjaldt nå bare maling av Vågøy kirke.
- (6) Innen tilbudsfristen var det innkommet tilbud fra de samme leverandørene som innga tilbud i den første konkurransen. Klager leverte tilbudet med lavest pris.
- (7) I etterkant av tilbudsinnlevering ble innklagede gjort kjent med at klager angivelig hadde deltatt i forberedelsene av tilbud på vegne av valgte leverandør ved inngivelse av det første tilbudet. Opplysningene ble gitt av valgte leverandør.
- (8) Innklagede avviste klagers tilbud i e-post 10. juni 2024, og tildelte samtidig kontrakt til valgte leverandør. Av e-posten fremgikk følgende:

«I konkurransen «Maling Vågøy kyrkje» har vi mottatt 2 tilbud fra Nordmøre Maling og Bygg AS (tidligere Sentony AS), foretaksnr. 926925474. Videre kalt: Nordmøre Maling og Bygg AS/Sentony AS.

Nordmøre Maling og Bygg AS/Sentony AS var deltagende på befaring i Vågøy kyrkje sammen med Visitten Malerforretning AS, hvorpå det ble diskutert pris i tilbudet som skulle inngis i nevnte konkurranse. Nordmøre Maling og Bygg AS/Sentony AS skulle være med som underleverandør hos leverandør Visitten Malerforretning AS. I etterkant av befaringen, har Nordmøre Maling og Bygg AS/Sentony AS levert et eget tilbud i konkurransen. Sistnevnte har inngitt en lavere pris enn Visitten Malerforretning AS.

Oppdragsgiver skal sørge for at anskaffelser gjennomføres i samsvar med LOA § 4, hvor alle leverandører skal gis like muligheter og ingen skal ha en konkurransevridende fordel. Ettersom Nordmøre Maling og Bygg AS/Sentony AS kjente til og aktivt deltok i utformingen av leverandør Visitten malerforretning AS sitt tilbud, og har Nordmøre Maling og Bygg AS/Sentony AS fått en konkurransefordel. Det er av EØS rett, jfr. FOA 24-2 (3) bokst. h, grunnlag for avvising av leverandør som på bakgrunn av tilgang til fortrolige opplysninger, har skaffet seg en urettmessig konkurransefordel.

For å opprettholde en rettferdig konkurranseprosess, avviser Hustadvika kirkelige fellesråd begge tilbudene fra Nordmøre Maling og Bygg AS/Sentony AS, datert 25.10.23 og 24.04.24.

Hustadvika kirkelige fellesråd tildeler med bakgrunn i opprettholdt tilbud fra Visitten Malerforretning AS oppdraget til nettopp Visitten Malerforretning AS for kr. 1 206 826,20 + mva (301 706,55).»

- (9) I anskaffelsesprotokollen var tildelingen begrunnet med at valgte leverandørs tilbud var: «Oversiktlig og detaljert tilbud, og referanse fra tidligere arbeid».
- (10) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. juni 2024.
- (11) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 4. juli 2024.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. oktober 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Avvisningen av klagers tilbud er i strid med anskaffelsesregelverket da avvisningen er fattet på usannferdig faktum. Det foreligger brudd på forskriften § 10-5 (2) bokstav h og j, samt § 24-2, jf. § 24-5, jf. § 24-10. Dersom en felles befaring skal ha skjedd slik innklagede hevder, oppfordrer klager innklagede til å angi dato og tid for når dette skal ha funnet sted.
- (14) Klager har aldri fått en urettmessig konkurransefordel på bakgrunn av at de på tidligere oppdrag har vært underleverandør til valgte leverandør. Det å ha vært underleverandør til en nå konkurrerende leverandør, vil uansett ikke gitt grunnlag for eksklusjon så lenge tilgangen til informasjon er lik, og pristilbud er gitt uavhengig av hverandre.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved at klager i løpet av prosessen ikke har fått anledning til å imøtegå påstandene. Retten til kontradiksjon er helt grunnleggende i anskaffelsesretten.
- (16) Innklagede skal ilegges overtredelsesgebyr etter de satser KOFA finner å beslutte.
- (17) Innklagede skal dekke klagers klagegebyr.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Avvisningen av klager er ikke i strid med anskaffelsesregelverket da klager hadde fått en urettmessig konkurransefordel. Avvisningen ble begrunnet i anskaffelsesloven § 4, samt henvisninger til gjeldende regler for anskaffelser over EØS-terskelverdiene i forskriften § 24-2 (3) bokstav h. Opplysningene om befaringsen er korrekte. Opplysningene kom i første omgang fra valgte leverandør, men en ansatt fra innklagedes side kan bekrefte at klager deltok på befaring med valgte leverandør på Vågøy kirke.
- (19) Innklagede bestrider brudd på forskriften § 10-5 (2) da den ikke er direkte anvendelig for anskaffelser som kun omfattes av forskriften del I. For slike anskaffelser gjelder det en generell dokumentasjonsplikt etter forskriften § 7-1 (3). Innklagede har oppfylt dokumentasjonsplikten ettersom alle vesentlige forhold er nedtegnet skriftlig og gjort tilgjengelig for klager.
- (20) Dersom tilbudet til klager ikke hadde blitt avvist, ville ikke innklagede ha valgt klager grunnet innholdet i og kvaliteten på tilbudet. Avvisningen har derfor ikke medført tap for klager, ettersom de ikke ville endt opp med å få tildelt kontrakten.
- (21) KOFA ikke har adgang til å ilegge overtredelsesgebyr, gitt at man skulle komme til at avvisningen ikke er i tråd med loven. KOFA har kun anledning til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, noe som ikke er relevant i denne saken.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder maling av kirke, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til under 1,3 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, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Innklagede har redegjort for at klager er avvist ettersom klager har fått en urettmessig konkurransefordel ved deltakelse på befaring som valgte leverandørs underleverandør.
- (24) Forskriften del I, som denne saken gjelder, inneholder ingen særskilte regler om avvising av tilbud eller leverandører. Bestemmelsene som klager og innklagede har vist til, er i forskriften del II og III, og kommer ikke til anvendelse. Oppdragsgiveren skal imidlertid opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling jf. anskaffelsesloven § 4. Dette innebærer blant annet at leverandørene i utgangspunktet skal konkurrere på lik linje, uten at noen leverandører får en konkurransefordel, se for eksempel Eidsivating lagmannsretts dom i LE-2015-149169.
- (25) Partene er uenige om hvorvidt en felles befaring har funnet sted, der valgte leverandør og klager angivelig skal ha diskutert samlet pris for den første konkurransen som ble avlyst. Den første konkurransen gjaldt maling av Vågøy kirke, og flekkmaling på flere kirker i Bud og Hustad. Konkurransefordelen innklagede hevder klager skal ha fått, er kjennskap til valgte leverandørs pristilbud.
- (26) Slik saken er blitt opplyst for klagenemnda, fremstår uansett ikke diskusjoner under en angivelig befaring som en fullstendig utarbeidelse av tilbud eller tilgang til forretningshemmeligheter. Det er ikke sannsynliggjort at leverandørene har samarbeidet, eller at klager har fått oversikt over valgte leverandørs tilbudspriser. Nemnda viser også til at deltakelse på en felles befaring ikke i seg selv er tilstrekkelig til å konstatere en konkurransefordel som fører til avvising av leverandør. Særlig gjelder det når den eventuelle befaringsen skal ha funnet sted forut for den opprinnelige konkurranse som ble avlyst. Under enhver omstendighet kan ikke nemnda se at det er anledning til å begrense adgangen til å inngi tilbud utelukkende på bakgrunn av en tidligere rolle som underleverandør.
- (27) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.

Overtredelsesgebyr

- (28) Klager anfører at innklagede skal ilegges overtredelsesgebyr.
- (29) Klagenemnda kan ilegge overtredelsesgebyr dersom innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse jf. anskaffelsesloven § 12. En ulovlig direkteanskaffelse er en «*anskaffelse som ikke er kunngjort selv om det foreligger kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Nasjonal kunngjøringsplikt for en tjenestekontrakt inntreffer der anslått kontraktsverdi er på minst 1,3 millioner kroner ekskl. mva, jf. forskriften § 8-17 (1) jf. § 5-1 (2).
- (30) En ulovlig direkte anskaffelse har dermed som inngangsvilkår at det er foretatt en anskaffelse der verdien av anskaffelsen er over gjeldende terskelverdi for kunngjøringsplikt. I denne saken var anskaffelsen verdi estimert til inntil 1,3 millioner kroner. Valgte leverandørs tilbud var på 1 206 826 kroner. Anskaffelsens verdi var dermed ikke over terskelverdi og det forelå ikke kunngjøringsplikt.

Tilbakebetaling av klagegebyr

- (31) Innklagede har anført at klagers tilbud under enhver omstendighet ikke hadde vunnet grunnet innholdet i, og kvaliteten på, tilbudet.
- (32) Klagenemnda vil kort bemerke at innklagede ikke har redegjort nærmere for hva påstanden om manglende innhold og kvalitet i klagers tilbud bygger på. I denne forbindelse påpekes at innklagede ikke utarbeidet et konkurransegrunnlag med særskilte krav til leverandørene eller tilbudenes innhold, som i seg selv er i strid med hensynet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Dette, sett i sammenheng med at innklagede i første konkurranse tildelte klager kontrakt, gjør at det ikke kan utelukkes at innklagedes brudd kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Hustadvika Kirkelige Fellestråd har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise Nordmøre Bygg og Maling AS.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur