



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Valget av leverandør i en anbudskonkurranse ble omgjort av innklagede etter en klage, med den begrunnelse at leverandøren skulle vært avvist som følge av et avvik fra kravspesifikasjonen. På grunn av motstrid mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var det imidlertid uklart om leverandørens tilbud inneholdt et slikt avvik. Klagenemnda fant at motstriden mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Ettersom leverandørene hadde inngitt tilbud basert på ulike forutsetninger, pliktet innklagede å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 19.04 2004 i sak 2003/190

Klager: Steinar Levernes AS

Innklaget: Rakkestad kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Omgjøring av valg av leverandør. Avvik. Avlysning. Forutberegnelighet.

Bakgrunn

- (1) Rakkestad kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 2.6.2003 en begrenset anbudskonkurranse for diverse bygge- og anleggsarbeider. Under punktet om varighet av kontrakt eller frist for utførelse i kunngjøringen, ble det av innklagede opplyst "6 måneder".

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

- (2) Det fremgikk av kunngjøringen at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt, og at kriterier for valg av tilbud var angitt i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget fremgikk det imidlertid bare at valg av tilbud ville skje ut fra *"beste tilbudsprinsippet"*, uten at det var angitt noen tildelingskriterier.
- (3) I konkurransegrunnlaget het det om byggetid: *"Tidspunkt for igangsettelse og overtagelse: Snarest etter kontrakt. Entreprenøren angir nødvendig byggetid."*
- (4) Det kom inn åtte tilbud, herunder fra Steinar Levernes AS (heretter kalt "klager"). Klager hadde laveste pris med kr. 2.241.450,- eks. mva. I klagers tilbud var post 04.00 *"TIDSFRISTER"* utfyllt med at arbeidet kunne påbegynnes 14 dager etter kontraktsinngåelsen, og felt med ordlyden *"kan utføres på.... arbeidsuker"* var av klager påtegnet *"etter avtale"*.
- (5) Innklagede har opplyst at klager muntlig etter tilbudsfristens utløp, oppga 24. desember 2003 som ferdigstillingsdato for arbeidene. Det er ikke gitt nærmere opplysninger om tidspunkt eller omstendighetene rundt dette. Opplysningene er ikke bestridt av klager.
- (6) Det ble gjennomført et møte med klager den 16.7.2003, der tema blant annet var oppstartstidspunkt, utarbeidelse av fremdriftsplan, tidspunkt for oppstartsmøte og faktureringsrutiner. Partene ble enige om prising av en post, samtidig som det ble lagt til en ny post. I møtet var det enighet om at klager skulle utarbeide kontrakt for underskrift av partene i begynnelsen av august 2003.
- (7) Som følge av det avholdte møtet inngikk klager kontrakter med underleverandører for oppstart av arbeidene.
- (8) Den 28.7.2003 sendte kommunen brev til deltakerne i konkurransen med meddelelse om at klagers tilbud var valgt, og at klagefrist var 7.8.2003. Innklagede mottok en rettidig klage, og i brev 20.8.2003 til leverandørene meddelte innklagede at alle tilbud som ikke var korrekt utfyllt, dvs. ikke hadde oppgitt byggetid, ville avvises. Dette gjaldt også tilbudet fra klager.

- (9) Deretter innstilte innklagede på valg av Mortensen Entreprenør AS, med den begrunnelse at denne hadde fylt ut sitt tilbud korrekt og hadde laveste pris blant leverandørene som ikke ble avvist.

Partenes anførsler

Klager har i det vesentlige anført

- (10) Innklagede hadde ikke adgang til å avvise tilbudet fra klager. Forskriftens § 15-10 (1) bokstav d) gir kun adgang til å avvise tilbud når uklarhetene ved tilbudet er av betydning for vurdering av tildelingskriteriene. I den foreliggende sak var det uklarhet om gjennomføringstiden, og dette var ikke satt opp som et tildelingskriterium. Det er bare ved saklig tvil at det kan skje en avvisning. Teoretisk kan nesten alle sider ved et tilbudet problematiseres på at en slik måte at det kan oppstå tvil om rangeringen. Teoretisk tvil kan ikke anses som avvisningsgrunn. For at tvilen skal være saklig begrunnet, må tvilen ha praktisk betydning i den konkrete sak.
- (11) Innklagede bestemte selv at byggetiden skulle skje innenfor rammen av en 6 mnd. periode, hvor oppstart skulle skje snarest etter kontraktsinngåelse. Det er ingen opplysninger i saken som underbygger at innklagede hadde noen bestemt tanke med å be leverandørene angi hvilken byggetid leverandørene faktisk ville bruke. Det er heller ikke opplysninger som underbygger at det var avgjørende for innklagede hvilken byggetid leverandørene faktisk ville bruke innenfor den tidsramme innklagede hadde satt opp. Det faktum at innklagede også inngikk avtale med klager, vel vitende om at byggetiden var angitt med "*etter avtale*", viser at det ikke spilte noen praktisk rolle for innklagede at klager opplyste byggetiden "*etter avtale*". Det eneste som var viktig for innklagede var at arbeidene var ferdige innenfor den tidsramme innklagede hadde satt opp.
- (12) Det er for så vidt riktig at det ikke var mulig å sammenligne tilbudene hva angikk byggetiden. Dette var imidlertid uten praktisk betydning/interesse. Denne tvilen kan derfor ikke sies å være saklig og kan ikke begrunne en avvisning etter aktuelle bestemmelse.
- (13) Det har ikke fremkommet opplysninger som tyder på at de øvrige tilbyderne som valgte å skrive byggetid "*etter avtale*" er avvist.
- (14) Eneste kriterium var laveste pris, og siden klager hadde laveste pris hadde han rettmessig krav på å få kontrakten. Forutsetningen for å legge vekt på annet enn pris, er at kriteriene for dette er opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte.

- (15) Det bes om at klagenemnda tar stilling til eventuelt krav på erstatning.
- (16) Andre uklarheter skal være gjenstand for avklaringer, ikke avvisning.
- (17) Forskriftens § 15-10 (1) bokstav b) er ikke anvendelig, fordi innklagede ikke på en tilstrekkelig tydelig måte tilkjennega at byggetiden måtte angis i form av x antall uker. Det vises til at kontraktperioden var angitt i kunngjøringen og oppstartstidspunktet var angitt i konkurransegrunnlaget, og at 3 av 8 leverandører la til grunn at det var tilstrekkelig og riktig å tilby byggetid "*etter avtale*", noe som også er vanlig i bransjen.
- (18) Påtegningen om byggetid "*etter avtale*" kan ikke anses som et forbehold. Et forbehold foreligger når leverandøren ønsker avvikende kontraktsvilkår i forhold til de kontraktsvilkår oppdragsgiver har betinget seg. I den foreliggende sak har oppdragsgiver angitt en tidsramme (6 mnd), og det var innenfor denne tidsrammen opp til leverandørene å angi tidsbruken. Klager har ikke krevd avvik fra kommunens tidsramme. Tilbudet kunne derfor ikke vært avvist etter forskriftens § 15-6 (3). I den grad det var uklarhet om dette, hadde innklagede plikt til å avklare uklarheten, jf forvaltningslovens § 17 og forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1. En slik avklaring ville vist at klager ville utføre de aktuelle arbeidene innenfor den fastsatte tidsramme.
- (19) Forskriftens § 15-10 (1) bokstav c) er ikke anvendelig. Vilkårene for å avvise tilbudet etter bestemmelsen er ikke oppfylt, idet klagers tilbud var fullstendig utfylt. Også på dette punkt er det mulig å problematisere klagers utforming av tilbudet på et teoretisk grunnlag. Det må imidlertid oppstilles et saklighetskrav, og klagers tilbud var utfylt fullstendig i forhold til alle praktiske hensyn som innklagede ønsket tilgodesett. Det faktum at innklagede valgte å inngå avtale med klager til tross for at byggetiden var angitt med "*etter avtale*", viser at innklagede oppfattet tilbudet fra klager som fullstendig. Det innrømmes imidlertid at det ikke er avgjørende hvordan innklagede ser på dette spørsmålet, men innklagedes umiddelbare oppfatning må tillegges vekt.
- (20) Det har formodningen mot seg at leverandører bevisst leverer tilbud som de oppfatter som så ufullstendige at tilbudet må avvises. I tillegg til klager, var det to andre leverandører som oppga byggetid "*etter avtale*". Dette er vanlig i bransjen, noe innklagede ikke bestrider. Det legges derfor til grunn at også leverandørene oppfattet tilbudet som tilstrekkelig fullstendig.

- (21) Leverandørenes oppfatning må tillegges betydelig vekt. Tilbudet er levert inn i samsvar med de krav som var satt til tilbudet. Det er ikke grunnlag for å si at angivelsen av byggetid ”etter avtale” innebærer et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene.
- (22) Under enhver omstendighet anføres at kommunen ble avtalerettslig forpliktet til å gi klager kontrakten når kommunen gjennomførte forhandlinger med klager. Forhandlingene resulterte i endringer i tilbudet og ga klager en rettmessig forventning om at klager hadde fått jobben. Forskriftens § 17-3 gir ikke innklagede rett til ensidig å gå bort fra en gjensidig bindende avtale. Både klager og innklagede var av den oppfatning at bindende avtale var inngått selv om det ikke var skrevet noen kontrakt. Avtaler kan inngås ved konkludent adferd. Dette gjelder også anskaffelser der det offentlige er oppdragsgiver. Forskriftens § 17-3 endrer ikke dette forhold.
- (23) Omgjøringsadgangen er uansett begrenset til tilfeller der feil eller mangler ved beslutningen om valg av tilbud kan ha påvirket resultatet. I denne saken var det ikke slike feil.

Innklagede har i det vesentlige anført

- (24) Det fremgikk av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt. Laveste pris kan da ikke legges til grunn alene. Innklagede skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud ut fra en helhetsvurdering.
- (25) Klagers tilbud er ikke uklart, men klager har bevisst unnlatt å utfylle konkurransegrunnlaget på korrekt måte. Det fremgår av punkt 02.04 at leverandørene skal angi nødvendig byggetid, og av ordlyden fremgår det at det skal fylles ut et antall arbeidsuker. Klager har fylt ut det tomme feltet med ordene ”etter avtale”. Tilbudet er derfor ufullstendig, og innklagede kan ikke sammenligne tilbudene når man ikke vet byggetiden. Klager har etter frist for innlevering av tilbud oppgitt antall arbeidsuker, men dette er en opplysning som ikke kan vektlegges som følge av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser og kravet til likebehandling.
- (26) Innklagede kan bare innhente nærmere opplysninger hos leverandørene ”for å få klarlagt uklarheter i tilbudene, såfremt uklarhetene ikke er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 15-10”. Det er i denne saken ikke tale om uklarheter, men en bevisst ufullstendig utfylling. Dersom leverandørene hadde unnlatt å besvare

konkurranses grunnlaget, kunne ikke innklagede fylle ut tilbudene i ettertid. Klager har stilt seg slik at han etter tilbudsfristens utløp kan tilpasse leveringstiden i forhold til kommunens behov, og det er i strid med regelverket å tillate en etterfølgende tilpasning til fortrensel for andre leverandører. Det følger klart av konkurranses grunnlaget at byggetid ikke var et forhold som kunne avtales i ettertid.

- (27) At innklagede tillot at klager oppga 24.12.2003 som leveringstidspunkt etter tilbudsfristens utløp var en saksbehandlingsfeil. Denne ble rettet opp gjennom annulleringen av beslutningen om valg av tilbud.
- (28) Ufullstendigheten medførte tvil om hvordan tilbudet skulle vurderes, jf forskriftens § 15-10 (1) bokstav d).
- (29) Selv om laveste pris skulle legges til grunn, var innklagede forpliktet til å avvise tilbudet, fordi det var ufullstendig utfyllt. Uten angivelse av byggetid ville det ikke være mulig for kommunen å forholde seg til den oppgitte prisen.
- (30) Det er ikke relevant at 3 av 8 leverandører har misforstått at byggetiden skal angis i form av antall uker, eller at ”etter avtale” er vanlig i bransjen.
- (31) Subsidiært måtte innklagede avvise tilbudet etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav c). Etter forskriftens § 15-6 (3), som bestemmelsen viser til, kunne leverandøren ikke ta vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Utfyllingen av byggetiden må ses på som et forbehold, og innklagede kan ikke uten videre legge til grunn at arbeidene ville utføres innen seks måneder slik som anført i utlysningsteksten.
- (32) Det er ikke gjennomført forhandlinger med klager. Tilbudet ble ikke endret før etter valg av leverandør. Det kan ikke være noen vesentlig saksbehandlingsfeil at de aktuelle postene ble avklart før kontraktsinngåelsen, men etter tildelingstidspunktet. Det følger av § 17-3 at kontrakt først er inngått når kontrakt er undertegnet av begge parter.
- (33) Klager har under enhver omstendighet ikke krav på erstatning.

Klagenemndas vurdering

- (34) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (35) Det kan reises spørsmål ved om anskaffelsen følger reglene i forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser. Begge parter er imidlertid enige om at det er reglene i forskrift om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse, og klagenemnda legger dette til grunn.
- (36) Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider, og følger etter sin verdi reglene i forskriftens del III, jf forskriftens § 2-1 flg.
- (37) I den foreliggende konkurransen ble det i strid med forskriftens § 17-2 (2) ikke angitt kriterier for valg av tilbud. Innklagede pliktet da å velge tilbudet med laveste pris, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/11. Byggetid var derfor ikke et lovlig tildelingskriterium ved valg av tilbud.
- (38) I kunngjøringen ble det satt en seks måneders frist for gjennomføring av arbeidene. Når byggetid ikke var tildelingskriterium, hadde det ingen hensikt å anmode om å få oppgitt forventet byggetid dersom fristen på seks måneder var ment å gjelde.
- (39) Innklagede hadde dermed skapt tvil om den fristen som var satt i kunngjøringen var ment å gjelde. Det vises i denne forbindelse til at tre av de åtte leverandørene i sine tilbud ikke hadde oppgitt et bestemt antall uker. Ved at kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var motstridende på dette punkt, brøt innklagede kravet til forutberegnelighet i forskrift om offentlige anskaffelser § 5.
- (40) Når innklagede hadde gjort en feil som resulterte i at leverandørene innga tilbud basert på ulike forutsetninger, var avlysning av konkurransen innklagedes eneste mulighet til å rette opp feilen etter at tilbudsfristen var utløpt og konkurransegrunnlaget ikke lenger kunne endres.
- (41) Ettersom innklagede pliktet å avlyse konkurransen da innklagede ble oppmerksom på forholdet, behandler ikke klagenemnda avvisningsspørsmålet.
- (42) Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere spørsmålet om erstatning.

Konklusjon

Rakkestad kommune brøt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at motstrid mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget gjorde det uklart for leverandørene hvilke regler som gjaldt for konkurransen.

For klagenemnda,
19. april 2004

Siri Teigum