



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 24. mars 2003 i sak 2003/21

Klager: Kågen's Linjebygg

Innklaget: Det frivillige Skyttervesen

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: *Tildeling av bygge- og anleggskontrakt for støyutbedring av skytebane. Offentligrettslig organ. Manglende kunngjøring. Laveste pris eneste tildelingskriterium når ikke basis for valg av tilbud er opplyst. Vurdering av alternative tilbud. Manglende meddelelse om valg av tilbud, herunder manglende begrunnelse og opplysning om klagefrist før inngåelse av kontrakt. Klagenemnda legger til grunn at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen kan være oppfylt.*

Bakgrunn:

Det frivillige Skyttervesen (heretter kalt "innklagede") ble opprettet ved Stortingsbeslutning 30. juli 1892, og har som formål å fremme praktisk skyteferdighet innen det norske folk og "derved dyktiggjøre det for landets forsvar". Skytterlagene har et nært samarbeid med de ulike forsvarsavdelingene, og Forsvaret bidrar med støtte når skytterlaget arrangerer stevner. Det frivillige Skyttervesen er inndelt i rundt 1 000 skytterlag, som eier og vedlikeholder ca. 850 utendørs skytebaner. Innklagede er i hovedsak finansiert over statsbudsjettet, og har statlig oppnevnt representasjon i styret.

Det har siden 1992 pågått et prosjekt for støyutbedring ved skytebanene. Innklagede mottar fem millioner kroner i 2003 over Forsvarsbudsjettet til dette. Innklagede inviterte på denne bakgrunn syv leverandører til å delta i en begrenset anbuds konkurranse for utbygging av støydempet standplass og oppføring av standplassoverbygg for Isfjorden og Åndalsnes skytterlag. Konkurransen ble ikke kunngjort i Norsk Lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"). Det var verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget opplyst noen tildelingskriterier.

Det ønskede arbeidet fremgikk detaljert av konkurransegrunnlaget, med et vedlagt tilbudsskjema hvor anskaffelsen var delt opp i 102 elementer. Leverandørene ble bedt om å spesifisere delprisene for hver av de 102 elementene.

Det kom inn tre tilbud innen tilbudsfristens utløp. Klagers tilbud var lavest i pris med kr. 844 652,-, og Knut Straume var nest lavest i pris med kr. 872 579,-. Det fremgår av tilbudet fra Knut Straume at ”Isfjorden skytebane ligger på en av de kaldeste stedene i Romsdal. Av den grunn velger jeg å isolere både fundamenter og standplassdekke for å hindre frosten å gjøre skade”.

Innklagede orienterte klager om valg av tilbud 4. februar 2003, uten begrunnelse for valget. Samme dag ble Knut Straume meddelt at hans tilbud var akseptert.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at hans tilbud skulle vært valgt, idet dette hadde laveste pris. Videre anføres at det ikke er gitt noen begrunnelse for valg av tilbud i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

Innklagede erkjenner at Det frivillige Skyttervesen er et offentligrettslig organ, og dermed omfattes av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Klager opplyser at det ved alle anskaffelser siden 1992 har vært lagt vekt på en samlet vurdering av graden av uklare eller uakseptable forbehold, pris, entreprenørens eventuelle erfaring som vår hovedentreprenør i tilsvarende saker, helhetsvurdering av tilbudet og entreprenørens soliditet. Innklagede anfører at disse tildelingskriteriene følger implisitt av NS 3400, og siden det i konkurransegrunnlaget er vist til NS 3400 har alle leverandørene vært kjent med kriteriene for valg av tilbud.

Innklagede anfører at Knut Straume leverte tilbudet med laveste samlede pris. Klager opplyser at anskaffelsen består av to komponenter, en som Det frivillige Skyttervesen skal betale og en som det lokale skytterlaget selv skal dekke. Det er lagt vekt på den totale prisen, hvor Knut Straumes tilbud var på kr. 901 490,- og klagers tilbud på kr. 904 984,-.

Innklagedes anfører at anbudsprotokollen på dette punktet derfor er misvisende. Videre opplyser klager at det ved siden av pris ble lagt vekt på den meget gode erfaring innklagede har hatt med Knut Straume, senest i 2002.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6.

Regelverkets anvendelse - krav til kunngjøring – forskriften § 13-1

Innklagede erkjenner at lov 16. juli 2009 nr. 69 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "loven") gjelder i dette tilfelle, jf. loven § 2 bokstav b. Det er på det rene at kontrakten ikke overstiger terskelverdiene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser (heretter kalt "forskriften") § 2-2. Det er derfor reglene i forskriften del III som kommer til anvendelse. Anskaffelsen skulle vært kunngjort i Norsk Lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN"), noe innklagede har unnlatt.

Forholdet til NS 3400

Offentlige oppdragsgivere kunne tidligere basere seg på NS 3400 ved gjennomføringen av anbudskonkurranser for entrepriseoppdrag. Utsendelsen av anbudsinnbydelsen er i denne saken åpenbart basert på den misforståelse at denne formen fortsatt er anvendelig. NS 3400 er på alle vesentlige punkter nå erstattet av de prosedyrer som følger av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, herunder for bortsetting av bygg- og anleggskontrakter, og er derfor ikke lenger anvendelig ved offentlige anbudskonkurranser. Dette gjelder også for anskaffelser etter forskriften del III (under terskelverdiene).

Tildelingskriterier – alternative løsninger – forskriften § 17-2 og § 15-6

Oppdragsgiver kan etter forskriften § 17-2 (1) basere valg av tilbud på laveste pris eller på det økonomisk mest fordelaktige. Dersom oppdragsgiver skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må alle kriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen, jf. forskriften § 17-2 (2). Dersom annet enn pris skal vektlegges ved tildelingen, skal dette fremgå både ved at oppdragsgiver opplyser i kunngjøringen at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli valgt og ved at *kriteriene* for valget opplyses enten i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Dette er ikke gjort i dette tilfellet.

Når kriteriene for valg av tilbud ikke er opplyst, må derfor tildelingen baseres på laveste pris. Dette er i tråd med bestemmelsens ordlyd og også det eneste objektive holdepunkt leverandørene vil ha ved utarbeidelsen av sitt tilbud. Innklagede har påberopt seg at tildelingskriteriene følger av henvisningen til bransjens standard for anbudskonkurranser innen bygg og anlegg, men dette må klagenemnda tilbakevise. NS 3400 pkt 13.1. gir anbudsinnbyder fullstendig frihet til å velge hvilket som helst av de innleverte tilbud – og til å forkaste samtlige – uten krav om forhåndskunngjøring. En slik ordning for tildeling av kontrakter er i direkte strid med regelverket for offentlige anskaffelser, slik det fremgår av det refererte. NS 3400 må det derfor ses bort fra.

Når oppdragsgiver ikke har valgt å tildele kontrakt på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, er derfor pris det eneste kriterium innklagede kunne legge vekt på. Det var ikke anledning til å legge vekt på innklagedes tidligere erfaring med Knut Straume.

Klagerens konkurrent, Knut Straume, har i sitt tilbud tatt inn forslag til frostsikring. Dette var ikke etterspurt i konkurransegrunnlaget, og må etter klagenemndas mening forstås

som et alternativt tilbud. Det følger av forskriften § 15-6 (2) at det bare er adgang til å ta i betraktning alternative tilbud dersom tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Når det bare var anledning til å legge vekt på pris, måtte derfor innklagede ved valg av tilbud se bort fra at Knut Straumes tilbud også gjaldt frostsikring. Anbudskunngjøringen er feilaktig på dette punkt fordi den uttrykkelig inviterer til alternative løsninger. Så lenge både klagers tilbud og tilbudet fra Knut Straume oppfylte de tekniske spesifikasjonene, måtte derfor pris alene være avgjørende. Innklagde har ikke påberopt seg at Straumes tilbud uten frostsikring ville endret rekkefølgen mellom anbudene, og det er derfor ikke nødvendig å ta opp spørsmål om avvisning etter forskriftens § 15-10(1) bokstav d.

Innklagede har anført at med begge priskomponenter, både den del som skal dekkes av innklagede og den del som skal dekkes av det lokale skytterlaget, var Knut Straumes tilbud på kr. 901 490,- og klagers tilbud på kr. 904 984,-. Det fremgår imidlertid av klagers tilbud at prisen var kr. 844 652,04 inkl. mva., inkludert det som det lokale skytterlaget skulle betale. Klager hadde i tillegg gitt tilbud på bygging av en standplassbu til kr. 26 600,- eks. mva. Denne inngår ikke i anbudssummen. Ut fra de innsendte tilbudene legger derfor klagenemnda til grunn at klagers tilbud var lavest i pris, uansett om tilleggsarbeidet det lokale skytterlaget skulle dekke selv tas med i vurderingen eller ikke. Klagenemnda er etter dette av den oppfatning at innklagede ikke hadde anledning til å velge Knut Straumes tilbud fremfor tilbudet fra klager, som var det laveste.

Begrunnelse, klagefrist – frist før tildeling av kontrakt- forskriften § 17-3

Meddelelsen til klager, datert 4.2.2002, inneholder ingen begrunnelse for valg av tilbud eller klagefrist, slik forskriftens § 17-3 (2) krever. Kontrakt er dessuten tildelt konkurrerende anbyder uten iakttagelse av fristen etter § 17-3 (1).

Spørsmål om erstatning

Utgangspunktet er at klager kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket og det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062. I vurderingen av om en feil er vesentlig må det legges vekt på feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilene.

Klagenemnda legger til grunn at innklagede har begått flere feil og at feilene samlet må anses som vesentlige: Forsømt kunngjøring, misforståelser ved bruk av NS 3400 og valg av annet enn tilbudet med laveste pris. Klagers tilbud var klart lavest i pris, og det var ikke angitt andre tildelingskriterier. Valg av tilbud ble ikke begrunnet og det ble ikke orientert om klageadgang. Ut fra at klager leverte tilbudet med laveste pris synes det å foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud ville blitt valgt dersom feilene ikke var begått. Basert på de opplysninger som foreligger for klagenemnda, finner den etter dette at vilkårene for å kreve erstatning kan være oppfylt.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at Det frivillige Skyttervesen har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved valg av tilbud for utbygging av støydempet standplass og bygging av standplassoverbygg for Isfjorden og Åndalsnes skytterlag.

Klagenemnda finner at innklagde har begått vesentlige feil og at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville fått kontrakten dersom feilene ikke var blitt begått. Klagenemnda antar derfor at klager kan ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse.

For klagenemnda,

Kai Krüger

26/3-03