



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 19. juni 2003 i sak 2003/25

Klager: Bravida Sør AS

Innklaget: Kongsberg kommune v/ Kongsberg kommunale eiendom KF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Plikt til å kunngjøre, adgangen til å angi bestemte fabrikater i de tekniske spesifikasjonene, plikt til å opplyse om tildelingskriteriene, avvisning, oppdragsgivers adgang til å oppjustere tilbudsprisen etter tilbudsåpningen, begrunnelsesplikt, erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

Saken gjelder anskaffelsen av et nytt elektroteknisk anlegg til en fløy av Gamlegrendåsen skole i Kongsberg kommune. Kongsberg kommune v/ Kongsberg kommunale eiendom KF (heretter kalt "innklagede") var byggherre for prosjektet. Innklagede satte den praktiske gjennomføringen av anskaffelsen bort til ingeniørfirmaet Kåre Skallerud AS (heretter kalt "KS"). På vegne av innklagede inviterte KS i løpet av første halvår 2002 enkelte utvalgte leverandører til en begrenset anbudskonkurranse. Anbudskonkurransen ble ikke kunngjort i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN).

I konkurransegrunnlaget var de tekniske spesifikasjonene for belysningsutstyr beskrevet på følgende måte:

"Komponentliste:

Vedlagt komponentliste som angir hvilke armaturer eller funksjonskrav som skal legges til grunn for anbudet. For enkelte armaturkoder er det et overordnet krav at visse typer skal tilbys, for andre armaturkoder er dette mindre viktig. I komponentlisten er denne forskjellen angitt i nest siste kolonne hvor "Ja" betyr at tilsvarende typer kan tilbys, mens "Nei" betyr at beskrevet produkt skal tilbys".

I komponentlisten var det oppgitt at produsenten Fagerhult skulle benyttes for alle armaturene, med unntak av en type armaturer, hvor produsenten Defa skulle benyttes. Det var videre markert at det var adgang til å tilby alternative typer for samtlige armaturer.

I konkurransegrunnlaget var det ikke opplyst om kontrakten skulle tildeles tilbudet med lavest pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det var heller ikke oppgitt noen tildelingskriterier. Konkurransegrunnlaget henviste imidlertid til dokumentet *"Anbudsdokumenter - Del II. Generelle anbuds- og kontraktsbestemmelser"*, som klager fikk tilsendt over ni måneder etter at tilbudsfristen løp ut. Her fremgikk at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at tildelingskriteriene var *"pris og anbyders kapasitet, samt tekniske, økonomiske, administrative kvalifikasjoner, service, referanser og teknisk bistand (best anbudprinsippet)"*.

Tilbudsfristen var 17.6.2002. Syv leverandører leverte tilbud innen fristen. En av disse var Bravida Sør AS (heretter kalt "klager"). Tilbudsprisen var på 899.314 kroner, hvilket utgjorde den laveste tilbudsprisen blant de innkomne tilbudene. Klager hadde tilbudt armaturer fra Thorn Lighting AS.

Innklagedes rådgivende ingeniør, KS, sammenlignet tilbudene. Alle tilbudene, bortsett fra det fra klager, benyttet lysarmaturer fra Fagerhult. For å gjøre alle tilbudene sammenlignbare, la KS til 94.227 kroner til klagers tilbudspris. KS skriver i sin innstilling: *"For å få en mest mulig rettferdig vurdering/nullstilling har vi brukt det gamle og allment aksepterte prinsipp med å benytte gjennomsnittet av pristilbudene på de øvrige anbyderes post 442. Dette er således ikke noe påslag, men en nullstilling!"* Med dette tillegget endte klagers tilbud opp som det tredje billigste tilbudet.

KS utarbeidet en innstilling til valg av tilbud den 19.6.2002. Klager ble gjort kjent med denne innstillingen, og protesterte mot de vurderinger som var gjort. KS sendte klager en mer utførlig begrunnelse for innstillingen den 29.7.2002. Den 20.8.2002 vedtok plan- og byggekomiteen i Kongsberg kommune å tildele Krøderen Elektro AS kontrakten. Innklagede meddelte klager dette vedtaket i brev av 23.8.2002. Her fremgikk at Krøderen Elektro AS var *"billigste anbyder... etter våre vurderinger"*. Det fremgikk videre at hovedgrunnen til at klagers tilbud ikke ble valgt, var at belysningsutstyret klager tilbød ikke ble vurdert som tilfredsstillende. Brevet inneholdt ingen frist til å klage over beslutningen. I brev til klager av 18.10.2002 opplyste innklagede at kontrakt var inngått den 8.10.2002.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 13-1 ved ikke å kunngjøre anskaffelsen i Norsk lysingsblads elektroniske database (DOFFIN).

Innklagede har handlet i strid med § 12-2 ved å benytte tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikkat.

Innklagede har brutt § 17-2 ved å unnlate å opplyse om tildeling av kontrakten skal skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som

har den laveste prisen. Konsekvensen er at innklagede pliktet å velge tilbudet med lavest pris, og at klager derfor skulle ha blitt tildelt kontrakten. Subsidiært anføres at innklagede har brutt § 12-1(1) bokstav b) 4 og § 17-2(2) ved ikke å oppgi hvilke tildelingskriterier som lå til grunn for valget i konkurransegrunnlaget.

De lysarmaturer klager tilbød var av tilsvarende kvalitet som lysarmaturer fra Fagerhult. Av den grunn hadde innklagede ikke adgang til å avvise klagers tilbud etter forskriftens § 15-10.

Innklagede hadde ikke adgang til å oppjustere klagers tilbudspris. Under ingen omstendigheter var det adgang til å gjøre endringer i tilbudet etter tilbudsfristens utløp, jf. §16-1(1). Dessuten var klagers tilbud i samsvar med de tekniske spesifikasjonene, ettersom konkurransegrunnlaget åpnet for alternative lysarmaturer.

Innklagede har brutt § 17-3(1) ved ikke å gi klager en skriftlig meddelelse om valg av tilbud i rimelig tid før kontrakt ble inngått. Det følger da at innklagede i tillegg har brutt plikten til å begrunne valg av tilbud i § 17-3(2).

Vilkårene for erstatning for henholdsvis den positive eller den negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede erkjenner at unnlatelsen av å kunngjøre anskaffelsen var i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for klager, ettersom firmaet ble invitert til å levere tilbud.

De lysarmaturer klager tilbød tilfredstilte ikke de krav til form, design, materialbruk og belysningstekniske egenskaper som fulgte av konkurransegrunnlaget. Klager hadde derfor i realiteten ikke levert tilbud på denne posten, og klagers tilbud kunne på dette grunnlag ha blitt avvist.

Dette medførte også at innklagede måtte oppjustere klagers tilbudspris for å gjøre den sammenlignbar med de øvrige tilbudene. Innklagede anfører at *"En sammenligning av prisene her vil derfor ikke bli rettferdig da dette utstyret er ad skillig rimeligere innkjøp. For å få en rimelig nullstilling har vi for denne post 442 justert opp til gjennomsnittet av de øvrige anbydere"*.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsens verdi er beregnet til under EØS' terskelverdier, og anskaffelsen reguleres følgelig av forskrift 16.6.2001 om offentlige anskaffelser del III, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Plikt til å kunngjøre anskaffelsen

Oppdragsgiver plikter i følge § 13-1 å kunngjøre alle offentlige anskaffelser hvor anskaffelsens verdi overstiger 200.000 kroner. Innklagede erkjenner å ha brutt denne bestemmelsen.

Utformingen av de tekniske spesifikasjonene

Tekniske spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget omhandles i forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2(2):

”Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikk eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger til det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene ”eller tilsvarende”.”

Innklagede har ikke godtgjort overfor klagenemnda at belysningsutstyret ikke kunne beskrives uten henvisning til et bestemt fabrikk. Innklagede har følgelig utformet de tekniske spesifikasjonene i strid med § 12-2(2).

Kriterier for valg av tilbud

Oppdragsgiver har plikt til å opplyse i konkurransegrunnlaget om kontrakten skal tildeles tilbudet med lavest pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. § 12-1(1) bokstav b) 4. Når denne plikten ikke er overholdt, blir spørsmålet hvilket av disse to kriteriene som skal legges til grunn for valget. I § 17-2 fremstår valg av tilbud på grunnlag av laveste

pris som det fravikelige utgangspunkt, jf. KOFA 2003/11. Dersom annet enn pris skal vektlegges, skal dette fremgå ved at oppdragsgiver opplyser i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil bli valgt. Klagenemnda er av den oppfatning at når dette ikke er gjort, er konsekvensen at innklagede pliktet, ved valg av tilbud, å velge tilbudet med lavest pris. ”Anbudsdokumenter – Del II. Generelle anbuds- og kontraktsbestemmelser” må det ses bort fra, ettersom dette dokumentet først ble sendt ut ni måneder etter tilbudsfristens utløp.

Adgang til å avvise klagers tilbud

På bakgrunn av foreliggende dokumentasjon har klagenemnda ikke grunnlag for å ta stilling til om belyningsutstyret klager tilbød var av tilsvarende kvalitet som belyningsutstyr fra Fagerhult. Klagenemnda bemerker at innklagede ikke har avvist klagers tilbud.

Adgang til å oppjustere klagers tilbudspris

Det fremgår av materialet i saken at innklagede vurderte de lysarmaturer klager tilbød som av dårligere kvalitet enn Fagerhult. For å utligne denne kvalitetsforskjellen ved sammenligningen av tilbudene, ga innklagede derfor klagers tilbud et påslag i prisen. Som nevnt finner imidlertid klagenemnda at innklagede i den foreliggende situasjon ikke hadde adgang til å vektlegge andre kriterier enn pris ved valg av tilbud. Klagenemnda finner da at innklagede ikke hadde adgang til å legge til grunn en ”oppjustert” pris ved sammenligning av tilbudene.

Brudd på § 17-3

Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt, skal meddeles samtlige deltakere i konkurransen i rimelig tid før kontrakt inngås, jf. § 17-3(1). Denne meddelelsen skal innholde en begrunnelse, og det skal samtidig angis en frist for leverandører til å klage over beslutningen, jf. § 17-3(2). Formålet med disse reglene er å gi leverandørene en reell mulighet til å etterprøve og eventuelt påklage oppdragsgivers beslutning før kontrakt inngås.

Innklagede har meddelt klager valg av tilbud i brev av 23.8.2002. Meddelelsen henviser til de innstillinger og redegjørelser klager har mottatt fra KS. Blant disse dokumentene er en oversikt over tilbudsprisene til de fire billigste tilbudene. Disse dokumentene må ses under ett ved vurderingen av om innklagede har oppfylt begrunnelsesplikten etter § 17-3(2). På denne bakgrunn finner nemnda at innklagede har oppfylt begrunnelsesplikten.

Innklagede har forsømt å gi klager en frist til å klage over beslutningen før kontrakt ble inngått. Klagenemnda finner at innklagede har brutt plikten i § 17-3(2) til å gi klager en frist til å klage over beslutningen om valg av tilbud.

Erstatning

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

Klagenemnda finner det ikke godtgjort, slik saken foreligger for klagenemnda, at det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud ville ha blitt valgt dersom innklagede hadde gjennomført anskaffelsen i samsvar med regelverket. Det vises her til at nemnda ikke har tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre om innklagede hadde adgang til å avvise klagers tilbud.

Konklusjon:

Innklagede brøt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 ved ikke å kunngjøre anskaffelsen.

Innklagede brøt § 12-2(2) ved å benytte et bestemt fabrikat i kravspesifikasjonen.

Innklagede overholdt ikke plikten til å opplyse i konkurransegrunnlaget om tildelingen av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som hadde den laveste prisen, jf. § 12-1(1) bokstav b) 4. Innklagede pliktet da å velge tilbudet med lavest pris.

Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om innklagede hadde adgang til å avvise klagers tilbud etter forskriftens § 15-10.

Innklagede brøt regelverket ved å oppjustere klagers tilbudspris.

Innklagede brøt § 17-3(2) ved ikke å gi klager frist til å klage over beslutningen om valg av tilbud i rimelig tid før kontrakt ble inngått.

Klagenemnda finner det ikke godtgjort at vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteressen er oppfylt.

For klagenemnda,

Per Christiansen,

26.6.2003