



Vedlegg 1 av: 1
Sak: 03/67-11

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2003 i sak 2003/67

Klager: Tradbo AS
6670 Øydegard

Innklaget: Eide kommune
6490 Eide

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

Saken gjelder: Forbud mot at selskaper hvor ansatte hos oppdragsgiver har eierandeler deltar i konkurransen. Tilbudsfrist.

Bakgrunn:

Eide kommune ved Plan og Næringssetaten (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 21.2.2003 en anskaffelse av hovedentreprise for bygging av fem omsorgsboliger. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at tilbudsfristen var 20.3.2003 kl. 14.

Leverandørene som hadde fått utlevert konkurransegrunnlaget fikk i brev 11.3.2003 opplyst at:

*"På grunn av at fristen blir knapp for å få inn tilbud fra underleverandører utsettes fristen for innlevering av anbud for nye omsorgsboliger til
Torsdag 27. mars 2003".*

Kommunens saksbehandler ble kontaktet av tre leverandører den 26. og 27. mars med forespørsel om presisering av innleveringsfristen. En av disse var Eide Byggservice AS. Kommunens saksbehandler svarte at innleveringsfristen var "ut dagen" den 27.3.2003, og at anbudsåpning var neste dag.

Litt før kl. 14 den 27. mars møtte fem leverandører, herunder klager, opp i Eide rådhus for å levere sine tilbud og for å være med på tilbudsåpningen. Leverandørene ga uttrykk for at tilbudsfristen måtte være kl. 14, slik som angitt i konkurransegrunnlaget før endringen av dato.

Kommunens representant forsøkte å kontakte saksbehandler på telefon. Denne var imidlertid fullt opptatt med gårdsarbeid og hadde ikke tid til å drøfte dette nærmere over telefon. Saksbehandleren skal imidlertid ha sagt at han "tok det til etterretning" at anbudsåpning da ville skje umiddelbart.

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Etter dette ble det besluttet å gjennomføre tilbudsåpning. Den startet kl. 14.10 og var avsluttet kl. 14.30. Det var da kommet inn åtte tilbud.

Eide Byggservice AS møtte opp kl. 15.15 og leverte inn sitt tilbud. Eide Byggservice AS viste til samtalen med kommunens representant, og anførte at tilbudsfristen måtte anses å være ut dagen.

Innklagede valgte å ta med tilbudet fra Eide Byggservice AS i evalueringen. Klager leverte inn et tilbud på kr. 3 816 520,- eks. mva. og et alternativt tilbud på kr. 3 532 813,- eks. mva. Eide Byggservice AS leverte inn laveste tilbud på kr. 3 496 330,- eks. mva.

Innklagede har i meddelelse til leverandørene opplyst at tilbudet fra Eide Byggservice AS vil bli valgt.

En avdelingsleder i kommunens avdeling "Drift" eier 35 % av aksjene i Eide Byggservice AS. Hans bror eier 15 %. Fra 1.5.2003 ble avdeling "Drift" slått sammen med avdeling "Plan og næring". Avdelingslederen har kontor i samme bygg som tilbudsåpningen fant sted. Avstanden til kontorene til Eide Byggservice AS er ca. 1,5 km. Det fremgår av saken at vedkommende avdelingsleder ikke hadde befatning med den aktuelle anskaffelse. Det er for øvrig dokumentert at vedkommende var ute på oppdrag da tilbudsåpningen skjedde og saken ble behandlet.

Partenes anførsler

Klagers anførsler:

Klager anfører at endringen av fristen for innlevering av tilbud kun omfattet dato, ikke klokkeslett. Tilbudet fra Eide Byggservice AS ble derfor levert for sent, og skulle vært avvist. Kommunens saksbehandler ble ikke presset eller villedet av leverandørene til å gjennomføre åpningen kl. 14.

Eide Byggservice AS er avskåret fra å kunne delta i konkurransen på grunn av avdelingslederen i kommunens eierandeler i selskapet. Han må her identifiseres med sin brors eierandeler.

Dersom det inngås kontrakt med Eide Byggservice AS må klager ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Klager hadde nest laveste tilbud, og det eneste tildelingskriteriet var pris. Subsidiært må klager ha krav på den negative kontraktsinteresse. Klager ville ikke deltatt i konkurransen dersom han hadde visst at konkurransen ble gjennomført på denne måten.

Innklagedes anførsler:

Fristen for innlevering av tilbud var ut dagen den 27.3.2003.

Kommunens representant ble presset og villedet av de fremmøtte leverandørene til å åpne tilbudene, og det er derfor de selv som er ansvarlige for at deres tilbud ble åpnet før fristen.

Det er usannsynlig at Eide Byggservice AS kan ha fått tilgang til prisene fra tilbudsåpningen. Det er i den forbindelse relevant at prisforskjellen på tilbudet fra Eide Byggservice AS og det nest laveste tilbudet var stor. Feilen kan derfor uansett ikke ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Det er ikke grunnlag for å identifisere avdelingslederen i kommunens eierandeler med hans brors eierandeler i Eide Byggservice AS. Uansett kan forbudet mot at firma som helt eller i overveiende grad eies av ansatte hos oppdragsgiver deltar i konkurransen bare gjelde for eierandeler som er *mer* enn 50%. Avdelingslederen har ikke på noe tidspunkt være involvert i prosjektet.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi overstiger ikke terskelverdiene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 2-2, og følger således reglene i forskriften del III.

Tilbudsfristen:

Utgangspunktet for vurderingen er at konkurransegrunnlaget fastsatte tilbudsfristen til 20.3.2003 "kl. 14", og at meddelelsen 11.3.2003 som endret tidspunktet for tilbudsåpningen ikke anga noe klokkeslett for åpningen. Isolert sett ville det dermed ligge nær å tolke meddelelsen 11.3.2003 slik de fremmøtte leverandører åpenbart har gjort, nemlig at det bare gjaldt en forskyvning av dato, ikke av klokkeslett for tilbudsåpningen som fortsatt var kl 14.00. Men det rådet åpenbart en viss forvirring innen kommunen om dette, all den stund det på kommunens vegne ble sagt til blant annet Eide Byggservice AS at fristen denne dagen var forskjøvet til ut dagen den 27.3, det vil si før kontortidens slutt. Dette er for øvrig i tråd med alminnelige anbudsrettslige prinsipper. Om det ikke er angitt noe annet utløper tilbudsfristen ved kontortidens slutt den fastsatte tilbudsdato. Innklagde hadde dermed gitt innbyrdes motstridende opplysninger om tidspunktet for tilbudsåpningen. Det korrekte ville da være å holde fast ved at fristen gjaldt til utløpet av dagen, slik Eide Byggservice AS hadde fått beskjed om. Eide Byggservice AS ville riktignok oppnådd to timer lengre frist enn de øvrige leverandørene. Klagenemnda anser imidlertid dette for å være av mer underordnet betydning.

Siden vedkommende kommunale saksbehandler ikke var tilgjengelig på det kritiske tidspunktet, forelå det så vidt klagenemnda forstår ikke noen mulighet til å få avklart hvilke beskjeder som faktisk var gitt. Gjennomfører man tilbudsåpning på ulike tidspunkter, vil den som kommer senere med sitt tilbud ha en teknisk mulighet for å gjøre seg kjent med konkurrentenes priser og forholde seg til disse. Klagenemnda har ingen grunn til å tro at det i dette tilfelle ble lekket opplysninger på irregulær måte, men reglene må tolkes slik at en slik mulighet for dette *generelt* utelukkes. Det var derfor en feil av kommunen å godta at Eide Byggservice AS fikk delta. Feilen kunne imidlertid heller ikke vært rettet ved å *avvise* Eide Byggservice AS, fordi denne forholdt seg til den melding som faktisk var blitt gitt. Slik saken sto, ville det eneste korrekte derfor være å avlyse hele konkurransen og starte prosessen på ny. At leverandørene i et slikt tilfelle kjenner hverandres priser er ingen hindring; dette forhold vil gjelde samtlige deltagere og kan ikke misbrukes ved en ny konkurranse. Likhetsprinsippet overholdes dermed.

Habilitet:

Det følger av forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2001 om offentlige anskaffelser § 3-5 (1) at en ansatt hos oppdragsgiveren ikke kan delta i konkurranse eller inngå kontrakt med den administrasjon hvor han gjør tjeneste. Det samme gjelder firma som helt eller i overveiende grad eies av en eller flere av oppdragsgivers ansatte.

Det følger av en naturlig forståelse av ordlyden at "i overveiende grad" betyr mer enn 50 % eierandeler. At avdelingslederen i kommunen hadde en eierandel på 35 % i selskapet er derfor ikke tilstrekkelig til at selskapet skal utelukkes fra konkurransen alene av denne årsak.

Ut fra det opplyste legger klagenemnda for øvrig til grunn at avdelingslederens bror med de resterende eierandeler i Eide Byggservice AS ikke er ansatt i kommunen. Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag i denne saken for noen identifikasjon mellom ansattes eierandeler i et firma og nærstående eller familiemedlemmers eierandeler.

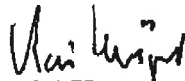
Klagenemnda tilføyer at vedkommende avdelingsleder ikke har deltatt i saksbehandlingen og klagenemnda behøver derfor ikke berøre reglene om forvaltningsrettslig ugyldighet, jf forvaltningslovens § 6 annet ledd, som også kommer til anvendelse ved offentlige anskaffelser. Omorganisering av kommunens administrasjon fant under enhver omstendighet sted senere enn de hendelser saken gjelder og har derfor ingen betydning.

Konklusjon:

Eide kommune har brutt reglene for offentlige anskaffelser ved å anvende ulike tilbudsfrister for konkurrerende leverandører, samt fullføre konkurransen ved tildeling til en leverandør uten å ivareta likhetsprinsippet i lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1(2).

Klagenemnda ber opplyst innen 2. juli 2003 hva Eide kommune vil gjøre for å rette den feil som er begått.

For klagenemnda,


Kai Krüger,

5.6..2003