



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling vedrørende fjerning av gammelt gulv og legging av nytt i tillegg til diverse endringer/omgjøringer. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og gjennomsiktighet ved å forholde seg passiv til klagers tilbud, som skulle vært avvist. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 19. mars 2007 i sak 2006/108

Klager: Acrylicon Industrigulv AS

Innklaget: Omsorgsbygg Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Unnlatt behandling av tilbud. Avvisning.

Bakgrunn:

(1) Omsorgsbygg Oslo KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. desember 2005 en konkurranse med forhandling vedrørende fjerning av gammelt gulv og legging av nytt i tillegg til diverse endringer/omgjøringer.

(2) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes:

”4.5. Tilbud på deler av oppdraget

Det er ikke adgang til å gi tilbud på deler av oppdraget.”

(3) Etter konkurransegrunnlagets punkt 6.2 skulle tildelingen skje på bakgrunn av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende tildelingskriterier:

”- pris

- byggetid

- erfaring fra tilsvarende prosjekter”

(4) Under punkt 20 i kravsbeskrivelsen fremgikk følgende:

”Som et alternativ til tradisjonelt flisgulv vil byggherren ha tilbud på et pusset gulv med antibakteriell beskyttelse av type Akrylicon eller tilsvarende. Belegget skal legges på hele gulvet (360 m²), men enhetsprisen skal ikke føres ut i sammendraget.”

- (5) Tilbudsfristen ble i konkurransegrunnlaget satt til 22. desember 2005. Det ble avholdt tilbudskonferanse 15. desember 2005.
- (6) Følgende fremgikk av brev datert 19. desember 2005 fra Acryliccon Industrigulv AS (heretter kalt klager) til innklagede:

"Vi viser til meget hyggelig møte og besiktigelse med Dem 15.12.05 og har herved gleden av å komme med følgende tilbud.

AcryliCon Industrigulv AS vil ikke, med bakgrunn i den store deltagelse av potensielle anbydere, levere totaltilbud. Dette tilbudet dekker utelukkende overflatebehandling og detaljarbeider. AcryliCon kan, om bydelen ønsker, ta et større ansvar for prosjektet.

[...]

Foreløpig tilbudssum er basert på anslåtte arealer Kr. 245.880,-"

- (7) Ifølge anskaffelsesprotokollen mottok innklagede fem tilbud innen fristen. Brevet datert 19. desember 2005 med klagers tilbud var da ikke medregnet.
- (8) I tilbudet fra en av tilbyderne, Brødrene Tohje AS, datert 22. desember 2005 var klager oppgitt som underleverandør med påslag 15 %.
- (9) Fra innklagedes brev av 23. desember 2005 til tilbyderne hitsettes:

"Etter nærmere vurdering er det besluttet at varmekabler i gulv ikke skal legges, slik at denne posten utgår.

Videre ønsker byggherren det fugefrie gulvet (post 20) bedre spesifisert.

Vi ber derfor om at vedlagte beskrivelse fylles ut og sendes, slik at det er Omsorgsbygg Oslo KF i hende innen 5. januar kl. 12.00.

Som leverandør av beskrevne gulv kan benyttes:

- 1. Acryliccon A/S, tlf.[...]*
- 2. STO Norge A/S, tlf.[...]*

Omsorgsbygg Oslo KF er interessert i tilbud fra begge disse leverandørene."

- (10) Den vedlagte beskrivelsen inneholdt følgende presiseringer:

"Oppå ferdig utført påstøp med fall skal legges et fugefritt belegg som alternativ til membran og fliser.

Tidligere post 20 utgår og erstattes med følgende:

Det tilbys et fugefritt belegg, som skal tåle vaskerutiner med vann-temperaturer opptil 80 grader.

Komplett belegg skal bestå av

1)Nødvendig forarbeid (priming/sliping)

2)Belegg med sand og bindemiddel (tykkelse 3-4 mm)

3)Nødvendig topplakk

Det oppgis hvilken leverandør som er benyttet:

.....

4)Pris 10 cm hulkil komplett.”

- (11) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at kun fire av de opprinnelige fem tilbyderne svarte på tilleggsbeskrivelsen.
- (12) I det reviderte tilbudet datert 5. januar 2006 fra Brødrene Tohje, var klager fremdeles benyttet som underleverandør.
- (13) Firmaet Gulvsystem Norge AS hadde ikke levert tilbud innen tilbudsfristen 22. desember 2005, men fremkom med et tilbud datert 6. januar 2006.
- (14) Det ble ifølge anskaffelsesprotokollen forhandlet med tre tilbydere i tidsrommet 9. og 10. januar 2006, men det fremgår ikke hvilke disse tre var.
- (15) Det er opplyst at det ble forhandlet med Brødrene Tohje 10. januar 2006. I et vedlegg til Brødrene Tohjes reviderte tilbud av 11. januar, fremgikk det ifølge klager at Gulvsystem Norge AS nå var valgt som underleverandør i stedet for klager.
- (16) Tilbudet fra Brødrene Tohje AS ble valgt, og tildelingsbeslutningen ble meddelt ved brev av 11. januar 2006.
- (17) Kontrakt mellom innklagede og Brødrene Tohje AS ble inngått 16. februar 2006. Klager var ikke med som underleverandør i denne kontrakten.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Klager har saklig klageinteresse fordi klager har deltatt i konkurransen. Subsidiært har klager uansett saklig klageinteresse som underleverandør, jf side 3 i KOFA's avgjørelse i sak 2005/139.
- (19) Dersom klagers tilbud ikke tilfredsstilte de krav som ble stilt i konkurransegrunnlaget, skulle klagers tilbud vært avvist, jf forskrift om offentlige

anskaffelser § 15-10. Dette har innklagede ikke gjort. Innklagede har heller ikke dokumentert – eller tidligere hevdet – at klagers tilbud ikke tilfredsstilte konkurransegrunnlagets krav. En eventuell avvisning er heller ikke meddelt klager, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-3, jf § 3-8. Manglende avvisning og meddelelse er også i strid med prinsippene om gjennomsiktighet, forutsigbarhet og likebehandling, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

- (20) Ved sitt brev av 23. desember 2005 endret innklagede konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Endringen innebar at STO Norge ikke lenger kunne levere etterspurt gulv. Endringen må derfor anses som en vesentlig endring og i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 12-4.
- (21) Tilbudet fra Gulvsystem Norge AS skulle vært avvist som for sent innkommet, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) a.
- (22) Tilbudet fra Gulvsystem Norge AS skulle vært avvist idet deres tilbudte belegg ikke tåler 80 grader slik innklagede har krevd.
- (23) Innklagede har ikke lagt vekt på samtlige av de oppstilte tildelingskriteriene. Dette er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (1) og de grunnleggende kravene til likebehandling, gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5
- (24) Videre er forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (1), jf § 3-8 brutt ved at begrunnelsen som er gitt ikke er tilstrekkelig til å oppfylle regelverkets krav slik det blant annet fremgår av KOFA's avgjørelse i sak 2003/214. Dette er også i strid med kravene til etterprøvbarhet og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (25) Vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (26) Klager deltok ikke i konkurransen som annet enn potensiell underleverandør, og klager har ikke sammenfallende interesser med noen tilbydere. Klager har da ikke saklig klageinteresse og klagen må avvises.
- (27) De to leverandørene av gulvbelegg som ble nevnt i brevet av 23. desember, tjente som eksempler, og brevet var ikke en uttømmende liste.
- (28) Gulvsystem Norge AS er underleverandør, og har ikke levert tilbud. Siden innklagede ikke mottok tilbud fra vedkommende leverandør, fantes ikke noe tilbud å avvise.
- (29) Det framkommer av anskaffelsesprotokollen med vedlegg at samtlige tildelingskriterier er evaluert. Det er tilbyderne som blir vurdert i henhold til tildelingskriteriene, ikke potensielle underleverandører.
- (30) Klager deltok ikke i konkurransen, og hadde ikke krav på meddelelse. Meddelelse ble for øvrig sendt til konkurransens 5 tilbydere. Innklagede erkjenner at denne meddelelsen burde vært mer utfyllende.

(31) Det kan ikke være grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Saken er uoversiktig og preget av svak regelstyring fra innklagedes side. Konkurranses grunnlaget er endret i strid med forskriftens § 12-4, det er åpnet for deltagelse av leverandør som ikke har overholdt tilbudsfristen – og anbudsprotokollen er ufullstendig og mangelfull. Til dette kommer at prosessen ikke har skilt klart mellom leverandører og underleverandører.
- (33) Klagenemnda begrenser seg til å behandle spørsmålet om klager ved sitt første tilbud tilfredsstilte konkurranses grunnlagets krav og om innklagedes håndtering av klagers tilbud har vært korrekt etter forskriften.
- (34) Etter klagenemndas oppfatning, er klagers brev av 19. desember 2005 å anse som et tilbud i den aktuelle konkurransen, og ikke som et tilbud om å stå som underleverandør. Tilbudet er spesifisert og beløpsfestet. Siden klager således har deltatt i konkurransen, har klager også saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriftens § 2-2, jf § 2-1.
- (35) Klagers tilbud av 19. desember 2005 gjaldt bare deler av oppdraget – overflatebehandling og detaljarbeider. Innklagede hadde imidlertid uttrykkelig frabedt seg deltilbud (konkurranses grunnlagets pkt 4.5. sitert ovenfor). I KOFA's avgjørelse i sak 2003/146 legger klagenemnda til grunn at et deltilbud i en konkurranse hvor det ikke åpnes for deltilbud, inneholder et materielt avvik som må lede til avvisning ut fra kravet til likebehandling. Et unntak gjelder dersom avviket kun hadde ubetydelig effekt på den samlede anskaffelsens pris, kvalitet og levering, slik at man kan se bort fra avviket, jf KOFA's avgjørelse i sak 2003/219.
- (36) Klagenemnda legger til grunn at store deler av anskaffelsen var utelatt fra klagers tilbud, og avviket er dermed betydelig. Til dette kommer at tilbudssummen er betegnet som "foreløpig". Klagers tilbud skulle av disse grunner vært avvist ut fra kravet til likebehandling, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1). Innklagede har i stedet valgt å protokollføre 5 tilbud uten å ta med klagers og uten å begrunne nærmere hvorfor tilbudet ikke er registrert, eventuelt hvorfor tilbudet bare ble ansett som et tilbud om å stå som underleverandør og derfor ansett som feilsendt til innklagede.
- (37) Innklagede har ikke avvist klagers tilbud slik regelverket foreskriver, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-13, jf § 3-8 (1). Innklagede har heller ikke dokumentert at klagers tilbud er besluttet avvist. Når innklagede på denne måten har forholdt seg passiv til klagers tilbud, er dette i strid med de grunnleggende kravene om likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (38) Ettersom klagers tilbud skulle vært avvist, finner klagenemnda ikke grunnlag for å gå nærmere inn på klagers øvrige anførsler, herunder det forhold at klager senere i prosessen ble sjaltet ut også som underleverandør da kontrakten gikk til Brødrene Tohje med Gulvsystem Norge AS som underleverandør.

(39) Klagenemnda finner heller ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Omsorgsbygg Oslo KF har brutt de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet ved å forholde seg passiv til klagers tilbud, som skulle vært avvist.

Klagers øvrige anførsler behandles ikke.

For klagenemnda,

19. mars 2007

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kai Krüger', with a stylized, cursive script.

Kai Krüger