



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for apotekvarer og legemidler. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å oppfordre deltakerne til å forlenge fristen innen den opprinnelige fristens utløp og ved å inngå kontrakt etter fristens utløp. På basis av dette antok nemnda at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kunne være oppfylt. Nemnda fant da ikke grunn til å drøfte klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 5. februar 2007 i sak 2006/41

Klager: Alliance UniChem Norge AS

Innklaget: Kommunene Lillehammer og Øyer

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

Saken gjelder: Vedståelsesfrist. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Kommunene Lillehammer og Øyer (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. desember 2004 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for diverse apotekvarer/ legemidler.
- (2) Klagenemnda vil i denne avgjørelsen begrense sin uttalelse til å besvare spørsmålet om kontrakt i saken ble inngått innen vedståelsesfristens utløp. På bakgrunn av dette, gjengis kun de deler av faktum og partenes anførsler som har betydning for dette spørsmålet.
- (3) I konkurransegrunnlagets side 3 fremgikk det at: ”*Anbudet skal vedstås til formell avtale er inngått.*” Punkt IV.3.6 i kunngjøringen vedrørende vedståelsesfrist, var ikke utfyllt.
- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, fra henholdsvis Alliance UniChem Norge AS (heretter kalt klager) og fra Mesna Apotek.
- (5) Klage for nemnda ble fremsatt i brev datert 21. februar 2006, og mottatt 24. februar 2006. Kontrakt i saken ble inngått 22. august 2005.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (6) Idet konkurransegrunnlaget manglet en angivelse av hvilken frist tilbudene skulle vedstås, utgikk fristen kl. 24.00 30 dager etter tilbudsfristens utløp, hvilket vil si kl. 24.00 den 26. februar 2005. På det tidspunkt kontraktstildeling ble foretatt var fristen

utløpt, og det forelå derfor ikke noe bindende tilbud. Konkurransen skulle derfor vært gjennomført på nytt, jf klagenemndas sak 2004/48.

- (7) Klagenemnda bes om å ta stilling til hvorvidt vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse, subsidiært den negative, er oppfylt. Dersom klager hadde vært kjent med at kontraktens verdi ville være langt høyere enn det som fremkommer av kunngjøringen, kunne klager levert et betydelig lavere pristilbud. Prisdifferansen mellom klagers og valgte leverandørs tilbud var kun på kr. 13.369,- per år. Det er sannsynlig at klager hadde fått kontrakten om ikke innklagede hadde foretatt ovennevnte brudd på regelverket.

Innklagedes anførsler:

- (8) Det medfører riktighet at konkurransegrunnlaget skal inneholde en angivelse av hvilken frist tilbudene skal vedstås, jf forskriftens § 5-1 (1) bokstav b og § 7-5. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at *"Tilbudene skal vedstås til formell avtale er inngått."* Innklagede bestrider derfor at det ikke forelå bindende tilbud da kontrakt ble inngått. Konkurransen skulle derfor ikke vært gjennomført på nytt.
- (9) De brudd på regelverket som innklagede har erkjent bør ikke medføre grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteresse. Klager har funnet kunngjøringen, selv om konkurransegrunnlaget manglet en henvisning til denne. Videre kan manglende angivelse av tid og sted for tilbudsåpning ikke ha hatt betydning, idet denne ikke var offentlig. Idet klagers tilbud var det dyreste, og tilbudene for øvrig ble vurdert som likeverdige, ville klager ikke fått kontrakten, selv om ovennevnte feil tenkes borte. Dermed foreligger det heller ikke grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (10) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er datert 21. februar 2006 og mottatt hos klagenemnda 24. februar 2006. Kontrakt i saken ble signert 22. august 2005. Dette innebærer at klagefristen utløp 22. februar 2006. Klagenemnda vet ikke når klagen ble fremsatt, men legger til grunn at dette skjedde innen klagefristens utløp. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 mv del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagedes kontraktsinngåelse har skjedd innen vedståelsesfristens utløp

- (11) Av forskriftens § 5-1 (1) bokstav b punkt 3 fremgår det at konkurransegrunnlaget skal inneholde en angivelse av hvilken vedståelsesfrist som skal gjelde for tilbudene. I § 7-5 er det bestemt at fristen skal angis med dato og klokkeslett, og at dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget skal fristen utløpe kl. 24.00 30 dager etter tilbudsfristens utløp. Innen fristens utløp kan oppdragsgiver be leverandørene om å forlenge fristen. Kontrakt må være signert innen fristens utløp.
- (12) Etter klagenemndas syn må forskriftens bestemmelser i utgangspunktet forstås slik at 30 dagers fristen må gjelde om ikke oppdragsgiver har angitt en annen frist med dato og klokkeslett. Dette innebærer at innklagedes fristangivelse i saken, *"inntil formell avtale er inngått"*, ikke kan kvalifisere til å fravike 30 dagers fristen. En gjennomgang av Mesna Apoteks tilbud viser også at heller ikke tilbyder, på eget initiativ, har vedstått seg tilbudet lenger enn det som følger av forskriftens § 7-5.

Tilbudets vedståelsesfrist utløp derfor 26. februar 2005 kl. 24.00. Kontrakt i saken ble først signert 22. august 2005.

- (13) I klagenemndas sak 2004/48 slo nemnda fast at det var i strid med kravene til forutberegnelighet og konkurranse i lovens § 5 å tildele kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Etter nemndas syn er en konkurranse avsluttet når oppdragsgiver står igjen uten noen bindende tilbud. I klagenemndas sak 2005/296 kom nemnda til at oppdragsgiver hadde brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å be tilbyderne om å forlenge sin vedståelsesfrist innen den opprinnelige fristens utløp.
- (14) På basis av dette er nemnda i denne saken kommet til at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen innen den opprinnelige fristens utløp. Videre er nemnda kommet til at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og konkurranse i lovens § 5 ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Dette er i realiteten en ulovlig direkte anskaffelse.

Erstatning

- (15) Idet innklagede ikke slutførte konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ikke oppfordret tilbyderne til å forlenge fristen innen den opprinnelige fristens utløp, antar nemnda at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Klagers øvrige anførsler

- (16) På bakgrunn av den konklusjon klagenemnda er kommet til i det ovennevnte, finner nemnda ikke grunn til å drøfte klagers øvrige anførsler, jf blant annet klagenemndas sak 2004/48. For øvrig har innklagede erkjent at konkurransegrunnlagets manglende henvisning til kunngjøringen er i strid med forskriftens § 5-1 (1) bokstav b punkt 6, og at konkurransegrunnlagets manglende angivelse av tidspunkt og sted for tilbudsåpningen er i strid med forskriftens § 8-9 (1).

Konklusjon:

Kommunene Lillehammer og Øyer har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen innen den opprinnelige fristens utløp.

Kommunene Lillehammer og Øyer har brutt kravene til forutberegnelighet og konkurranse i lovens § 5 ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.

Klagers øvrige anførsler behandles ikke.

For klagenemnda,

5. februar 2007

Andreas Wahl