



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandlinger for anskaffelse av sporvekselvarmemateriell for strekningen Mosjøen – Bodø, og signerte kontrakt etter at vedståelsesfristen hadde gått ut. Klagenemnda fant at det ikke forelå grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr.

Klagenemndas avgjørelse 15. desember 2008 i sak 2008/107

Klager: O. Børseth AS

Innklaget: Jernbaneverket

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Bjørg Ven og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Jernbaneverket (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 6. desember 2006 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av sporvekselvarmemateriell for strekningen Mosjøen – Bodø. Det fremgikk av kunngjøringen punkt IV 1.4 at 3 til 5 leverandører ville bli invitert til å sende inn tilbud. Frist for å melde sin interesse var satt til 17. januar 2007.
- (2) Konkurransegrunnlag ble sendt ut 20. april 2007. Tilbudsfristen var 21. mai 2007. Det fremgår av konkurransegrunnlagets følgebrev at vedståelsesfristen var 90 dager fra frist for innlevering av tilbud.
- (3) Av konkurransegrunnlaget kapittel E Beskrivelse og mengdebetegnelse punkt 3.31.9 fremgikk følgende:

”

<i>Prosess</i>	<i>Tekst</i>	<i>Enhet</i>	<i>Mengde</i>	<i>Pris</i>	<i>Sum</i>
3.31.9	<i>Stasjoner</i> <i>*** Spesiell beskrivelse ***</i> <i>Det skal leveres sporvekselvarmeanlegg på 13 stasjoner mellom Mosjøen og Bodø. Det skal gis pris på anlegg med 230 V elementer, samt anlegg med 60 V elementer.</i>				

”

(4) Under punkt 3.31.901 fremgikk følgende:

„

<i>Prosess</i>	<i>Tekst</i>	<i>Enhet</i>	<i>Mengde</i>	<i>Pris</i>	<i>Sum</i>
3.31.901	<i>Drevvatn</i> <i>*** Spesiell beskrivelse ***</i> <i>Leveringsomfang for denne stasjonen:</i> <i>Gruppe 1: 1 stk veksel 1:9 R300</i> <i>Gruppe 2: 1 stk veksel 1:9 R300</i>				
3.31.9011	<i>Sporvekselvarme med 230 V elementer</i> <i>*** Spesiell beskrivelse ***</i> <i>Denne posten omfatter tilbud på levering av sporvekselvarmeanlegg for Drevvatn.</i> <i>Tilførselskabel fra nettstasjon, samt tilledninger til elementene prises i annen entreprise.</i> <i>Komplett sporvekselvarmeanlegg for 230 V elementer iht generell beskrivelse og krav, inkludert tilhørende utstyr og virkemåte beskrevet i post 3.31.1, 3.31.11, 3.31.14, 3.31.2 og 3.31.3. Inkludert fundament for gruppeskap.</i>				
3.31.9012	<i>Sporvekselvarme med 60 V elementer</i> <i>*** Spesiell beskrivelse ***</i> <i>Denne posten omfatter tilbud på levering av sporvekselvarmeanlegg for Drevvatn.</i> <i>Tilførselskabel og tilledninger til elementene prises i annen entreprise.</i> <i>Komplett sporvekselvarmeanlegg for 60 V elementer iht generell beskrivelse og krav, inkludert tilhørende utstyr og virkemåte beskrevet i post 3.31.1, 3.31.11, 3.31.14, 3.31.2 og 3.31.3. Inkludert fundament for gruppeskap.</i> <i>Her oppgis pris for 60 V. Føres ikke til sum:</i> <i>.....</i>	RS			

„

(5) Tildelingskriteriet var pris, og det var ikke fastsatt kvalifikasjonskriterier.

- (6) To tilbud innkam innen fristen den 21. mai 2007. I brev fra Proxll AS (heretter kalt valgte leverandør) av 10. juli 2007 ”Oppsummering av kontraktspriser” fremgår det av brevets siste side følgende om tilbudets gyldighet: ”Tilbudets gyldighet: 1. september 2007”. På bakgrunn av forhandlinger gjennomført i juni/juli 2007 valgte innklagede å inngå avtale med Proxll AS, og meddelelse om dette ble sendt tilbyderne 13. august 2007.
- (7) Tildelingen ble ikke påklaget og innklagede tilskrev valgte leverandør den 23. august 2007 hvor han ble meddelt tildeling av leveransen. Av anskaffelsesprotokollen datert 24. august 2007 fremgår det at dato for kontraktsinngåelse var den 31. august 2007, mens kontrakt oversendt klagenemnda fra innklagede er datert 25. september 2007.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 18. juni 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å anskaffe sporvekselvarmemateriell til Mosjøen – Bodø fra august 2007 uten at det er kunngjort og gjennomført en konkurranse om denne anskaffelsen. Det følger av jernbaneverkets offentlige journal at sporvekselmateriell ble anskaffet den 23. august 2007 og den 14. september 2007. Innklagede gjennomførte en konkurranse om samme leveranse uten at kontrakt ble tildelt i denne konkurransen.
- (10) Klager anfører at vedståelsesfristen var løpt ut da innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør i den kunngjorte konkurransen om sporvekselvarmemateriell for strekningen Mosjøen – Bodø.
- (11) Klager anfører at avtalevilkårene er endret etter utløpet av vedståelsesfristen, herunder leveringsomfang og pris. Det vises til valgte leverandørs brev av 26. september 2007, samt at det vises til avtalte endringer i referat fra innklagede datert den 6. oktober 2007. Klager anfører at valgte leverandørs tilbud datert 2. og 10. juli 2007 ikke var i samsvar med konkurransens krav siden det var nødvendig å foreta slike endringer.
- (12) Klager anfører at innklagede og valgte leverandør forhandlet om kontrakten vedrørende sporvekselvarmesystem også i oktober 2007. Innklagedes postjournal viser dette, og kontrakten med valgte leverandør kunne derfor ikke vært inngått i perioden oppgitt av innklagede, og konkurransen ble avsluttet uten kontraktsinngåelse.
- (13) Klager anfører at valgte leverandør ikke leverte tilbud innen fristen den 21. mai 2007. Det vises til at det går frem av brev fra valgte leverandør til innklagede av 26. september 2007 at valgte leverandørs opprinnelige tilbud ble inngitt 2. juli 2007, og at dette var etter tilbudsfristens utløp den 21. mai 2007. Det fremgår heller ikke av innklagedes postjournal at han mottok tilbud fra valgte leverandør den 21. mai 2007. Korrespondansen inneholder videre ikke henvisninger til konkurransen. Anskaffelsesprotokollen inneholder så mange feil at det ikke er usannsynlig at den er feil også når det gjelder føring av mottatte tilbud.

- (14) Klager anfører at kontraktens verdi er vesentlig høyere enn den oppgitte da kontrakten inneholder flere opsjoner. Dette gjelder opsjon på "60 V anlegg", og punktene 02.02, 02.03, 02.04, 02.08, 02.12, 02.18, 02.19 og 02.20 på avklaringslisten som til sammen kan resultere i vesentlig prisøkning. Innklagede har åpenbart lagt opp til å forhandle om vesentlige deler av anskaffelsen også etter at kontrakten er inngått.
- (15) Klager anfører at anskaffelsesprotokollen inneholder flere andre feil. Kontrakten ble journalført av innklagede den 18. oktober 2007 med dokumentdato 14. oktober 2007. Det må være feil hvor det fremgår i anskaffelsesprotokollen at kontrakt ble inngått den 31. august 2007. Anskaffelsesprotokollen er videre datert og signert den 24. august 2007. Dette er før kontrakten er inngått og protokollen kan derfor ikke være riktig.
- (16) Innklagede kan ha forsøkt å skjule den ulovlige direkte anskaffelsen ved å utarbeide, journalføre og senere distribuere en tilsynelatende falsk anskaffelsesprotokoll.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede anfører at klagen er grunnløs, og at klager således ikke kan få medhold. Klager har gjennomført en konkurranse for anskaffelse av sporvekselvarmemateriell for strekningen Mosjøen – Bodø vår/sommer 2007, og kontrakt er inngått med en av de to tilbyderne.
- (18) Innklagede anfører prinsipielt at vedståelsesfristen ikke er overtrådt. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at vedståelsesfristen var 19. august 2007. Valgte leverandør forlenget denne til 1. september 2007. Tildelingen av kontrakten 23. august 2007 var således rettidig. Avtalelovens regler om tilbud og aksept innebærer at kontrakt er inngått når tilbudet er akseptert. Klagefristen var utgått den 23. august 2007.
- (19) Innklagede anfører subsidiært at overtredelse av vedståelsesfristen ikke medfører at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og at det kun er en formalitet som ikke kan medføre gebyr etter lov om offentlige anskaffelser § 7b.
- (20) Det vises til at innklagede har gjennomført en reell og gyldig konkurranse om anskaffelse av sporvekselvarmeanlegg. Tilbyderen med det beste tilbudet vant og fikk tildelt kontrakten. Dersom klagenemnda legger til grunn at kontrakten ble undertegnet etter vedståelsesfristens utløp, så har ikke dette hatt betydning for den andre tilbyderen fordi det ikke er grunnlag for omgjøring av tildelingsbeslutningen. Prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet er således ivaretatt. Realitetene hadde ikke vært annerledes om kontrakten hadde blitt signert før 19. august 2007. Det vises her til klagenemndas sak 2005/201 hvor klagenemnda uttalte følgende: *"Imidlertid var det i dette tilfellet ikke grunnlag for omgjøring, og det at tildelingen ble etterfulgt av kontraktsinngåelse, har derfor ikke hatt betydning for de øvrige tilbyderne"*. Klagenemnda drøftet ikke illeggelse av overtredelsesgebyr eller om dette innebar en ulovlig direkte anskaffelse.
- (21) Videre anføres det at hensynet til konkurranse er ivaretatt, jf klagenemnda sak 2007/108 der klagenemnda kom til at det ikke var grunnlag for å illegge gebyr. Det var konkrete interne omstendigheter som medførte at det tok noe tid før kontraktsdokumentet ble oversendt for signering. Videre oppfattet innklagede at signeringen av kontrakten kun var en formalitet, siden partene alt var enige om avtalens innhold.

- (22) Innklagede ber klagenemnda særlig vektlegge at innklagede hadde alle intensjoner om å overholde regelverket, at konkurransen ble gjennomført med tildeling til rette vinner, samt at regelverkets formål om effektiv ressursbruk av offentlige midler, hensynet til likebehandling og forutberegnelighet ble ivaretatt i prosessen.
- (23) Det er videre ikke riktig slik klager hevder at avtalevilkårene er endret etter inngått kontrakt. Det vises til at dokument 05/02210 -11 av 26. september 2007 er valgte leverandørs retur av den signert kontrakten for kontrasignatur, dokument 05-02210-14 av 4. oktober 2007 er innklagedes oversendelse av ferdig signert kontrakt, dokument 05/2210-12 er oversendelse av forbehold som skulle vært vedlegg til kontrakten, 05/02210-19 av 9. oktober 2007 er valgte leverandør retur av det signert forbeholdet. Forbeholdet dreier seg om Jernbaneverkets usikre budsjettsituasjon, og innbar altså ikke noen kontraktsforhandling.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klagen inneholder påstand om ulovlig direkte anskaffelse hvor fristen for å klage er to år etter kontraktsinngåelse, jf klagenemndforskriftens § 13a (2). Klagefristen er overholdt. Etter klagenemndforskriftens § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (25) Klagers øvrige anførsler vil ikke bli behandlet da anførsler som ikke gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse må fremsettes innen seks måneder etter at kontrakt er inngått, jf klagenemndsforskriften § 6 annet ledd, annet punktum. Det er klart at seks måneders fristen er oversittet i denne saken.

Gjeldende regelverk

- (26) Innklagede har opplyst at anskaffelsen er gjennomført med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1(8) jf § 14-3. Innklagede er en forvaltningsbedrift og er dermed en statlig myndighet som ikke omfattes av forskrift av 7. april 2006 nr 403 (forsyningsforskriften) selv om innklagede utøver aktiviteter som omfattes av forsyningsforskriften, jf forskriftens § 1-2 (2) jf 4-1 a. Det er dermed lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69, og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2 som kommer til anvendelse i denne saken.

Anskaffelser ut over den omtvistede kontrakt

- (27) Når det gjelder klagers anførsel om at det er foretatt ulovlige direkte anskaffelser for sporvekselvarmemateriell for strekningen Mosjøen – Bodø etter 1. januar 2007 som ikke er omfattet av kontrakt K.001941, finner klagenemnda at det ikke er holdepunkter i den foreliggende dokumentasjon for å anta at innklagede har inngått andre kontrakter enn K.001941. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Inngivelse av tilbud innen tilbudsfristen

- (28) Klager anfører at valgte leverandør ikke har levert tilbud innen tilbudsfristen den 21. mai 2007 da innklagede ikke kan dokumentere dette ved utskrift av postjournalen. Klagenemnda har mottatt kopi av tilbudsbrief datert 18. mai 2007, samt kopi av anskaffelsesprotokollen hvor det fremgår at tilbudet ble mottatt 21. mai 2007 kl 11.33. Innklagede anfører at tilbudet ble mottatt innen fristen. Klagenemnda finner på denne bakgrunn det sannsynliggjort at tilbudet kom inn før utløpet av tilbudsfristen.

Endringer i kontrakt

- (29) Når det gjelder klagers anførsel om at kontraktens verdi er vesentlig høyere enn oppgitt kontraktssum, forstår klagenemnda anførselen slik at det er medtatt opsjoner i kontrakten som ikke er kunngjort, og at det derfor foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (30) Det fremgår av konkurransegrunnlaget kapittel E Beskrivelse og mengdefortegnelse punkt 3.31.9 at det skal gis pris på anlegg med 230 V elementer, samt anlegg med 60 V elementer. Av punkt 3.31.901 følgende fremgår det at sporvekselvarme med 230 V skal prissettes. Når det gjelder pris for 60 V elementer skal disse ikke *"føres til sum"*.
- (31) Når det gjelder avklaringslisten vedlagt kontrakten kan klagenemnda ikke se at dette medfører at kontrakten er endret.
- (32) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at kontrakten er i samsvar med konkurransegrunnlaget, og det foreligger således ikke noen ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlaget.
- (33) De øvrige anførselene knyttet til endring av avtalevilkår etc. er for uklare til at klagenemnda kan ta stilling til dem.

Kontraktsslutning etter vedståelsesfristens utløp

- (34) Klager har videre anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.
- (35) Det følger av forskriftens § 19-6(1) at oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir tiden tilbudene er bindende. Når vedståelsesfristen er utløpt uten at kontrakt er inngått, står oppdragsgiver uten bindende tilbud i konkurransen. Under anskaffelsesforskriften er kontrakt inngått først når kontrakten er signert. Det vises til forskriftens § 22-3(1) annet punktum hvor det fremgår at med kontrakt inngått menes *"tidspunktet for signering av kontrakt [...] av begge parter"*.
- (36) Det følger av anskaffelsesloven § 7b at det kan ilegges overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser, nærmere angitt som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*. Klagenemnda har i flere tidligere avgjørelser konkludert med at en kontraktsinngåelse etter vedståelsesfristens utløp er å anse som en ulovlig direkte anskaffelse, se som eksempel sakene 2007/108 og 2008/63. I klagenemndas sak 2008/63 premiss (50) uttalte klagenemnda følgende om konsekvensen av at det ble inngått kontrakt etter at vedståelsesfristen var utløpt.

"Klagenemnda finner videre at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse som følge av at kontrakt ble inngått etter at vedståelsesfristen hadde løpt ut. Det vises til at vedståelsesfristen i følge konkurransegrunnlagets punkt 4.2 gikk ut 3. desember 2007 kl 12. En eventuell forlengelse av denne må finne sted mens tilbudet ennå er bindende, jf blant annet klagenemndas uttalelse i sak 2006/125 premiss (21)."

- (37) Det er dokumentert i den foreliggende sak at vedståelsesfristen for valgte leverandørs tilbud gikk ut 1. september 2008, og at kontrakt ble signert den 25. september 2008. Det er derfor i utgangspunktet klart at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse.
- (38) Innklagede har anført at overtredelse av vedståelsesfristen er en formalfeil som ikke har hatt betydning for tildelingen og at dette innebærer at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, samt at avtalelovens regler om avtaleinngåelse medfører at gyldig kontrakt var inngått 23. august 2007, altså før vedståelsesfristens utløp.
- (39) Bestemmelsen i forskriftens § 22-3 (1), annet punktum medfører at det ikke er oppstått en bindende avtale etter avtalelovens alminnelige system på det aktuelle tidspunkt. Det er imidlertid riktig, slik klager har anført, at tildelingsbrevet ble sendt ut før vedståelsesfristens utløp, og at også klagefristen utløp før dette tidspunkt. Meddelelsen av kontraktstildelingen skaper etter forskriftens § 22-3 en betinget rett for tilbyder, og avgjørelsen kan deretter bare omgjøres hvis det i anskaffelsesprosessen er begått feil av betydning for valget. På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål ved om det kan anses å foreligge en ulovlig direkte anskaffelse i det foreliggende tilfellet. Konkurransen er kunngjort, gjennomført i samsvar med anskaffelsesreglene, kontrakt tildelt og klagefristen utløpt før vedståelsesfristens utløp. Deretter er imidlertid selve kontraktssigneringen blitt forsinket. Klagenemnda har tidligere, i et sammenlignbart tilfelle, ment at dette må anses som en ulovlig direkteanskaffelse, jf klagenemndas sak 2007/108 premiss (39). Dette tilsier at innklagede, i den foreliggende sak skulle ha unnlatt å inngå kontrakt, siden kontraktssigneringen var blitt forsinket, for deretter i stedet å utlyse en ny konkurranse. En slik fremgangsmåte er ikke uproblematisk i forhold til valgte leverandør.
- (40) I den foreliggende sak er det uansett etter klagenemndas syn ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr, jf nærmere nedenfor.

Overtredelsesgebyr

- (41) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkteanskaffelse. En ulovlig direkteanskaffelse er som nevnt over en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven.
- (42) Klagenemnda har en skjønnsmessig adgang til å avgjøre om det skal ilegges gebyr og eventuelt hvor stort gebyret skal være. Etter anskaffelsesloven § 7b annet ledd skal det legges særlig vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.
- (43) Klagenemnda har så langt ilagt overtredelsesgebyr i fire tilfeller, jf klagenemndas saker 2007/19, 2008/5, 2008/56 og 2008/63. I sak 2008/63 ble det ilagt gebyr på kr 250 000 for inngåelse av kontrakt etter at det forelå en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, men også fordi vedståelsesfristen var gått ut.
- (44) Klagenemnda har imidlertid, etter en skjønnsmessig vurdering, kommet til at det ikke skal ilegges gebyr i dette tilfellet. I klagenemndas praksis har det til nå ikke vært ilagt gebyr ved ulovlige direkte anskaffelser som følge av at innklagede har inngått kontrakt

uten gyldige tilbud, uten at det har foreligget andre grunnlag for ulovlig direkteanskaffelse, jf klagenemndas sak 2008/63 som angitt i ovennevnte premiss (45).

- (45) Overtredelsen kan, sammenlignet med andre saker hvor klagenemnda har ilagt gebyr, ikke anses for å være grov. Konkurransen har vært kunngjort og hensynet til konkurranse er således i stor grad ivaretatt. Tilsvarende er vektlagt i klagenemndas sak 2007/108 premiss (47).
- (46) Ovennevnte sak gjaldt kunngjøring etter forsyningsforskriften, men tilsvarende argument vil gjelde i nærværende sak hvor anskaffelsen er kunngjort, og det også er gått forholdsvis kort tid fra vedståelsesfristen løp ut til kontrakt ble signert. Det må antas at markedet ikke har endret seg i løpet av denne tiden. Heller ikke i klagenemnda sak 2008/13 ble innklagede ilagt gebyr ved inngåelse av kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. I denne saken var det riktignok formildende omstendigheter som ikke er tilsvarende i nærværende sak, blant annet at innklagede prøvde å utvide vedståelsesfristen med valgte leverandør etter at de innså at kontraktssignering måtte utsettes. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende for om gebyr skal ilegges i nærværende sak. Hensynet til konkurranse ble også ansett ivaretatt i klagenemndas sak 2007/90 der det ikke ble ilagt gebyr ved manglende kunngjøring blant annet fordi klagenemnda vurderte dette hensynet som ivaretatt.
- (47) Klagenemnda har også vektlagt at reglene om overtredelsesgebyr var relativt nye på det tidspunktet den ulovlige direkte anskaffelsen fant sted den 25. september 2007, jf klagenemndas sak 2007/90.
- (48) Klagenemnda er etter lovens § 7b(1) kommet til at gebyr ikke skal ilegges og tar derfor ikke stilling til spørsmålet om skyld.

Konklusjon:

Klagenemnda finner ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,
15. desember 2008

Morten Goller