



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for kjøp av kartlegging og/eller analyser av grunnforhold i barnehager i Bergen kommune. Tildeling til leverandør med statsstøtte var ikke brudd på regelverket. Innklagede hadde brutt forskriftens § 20-16 (2) bokstav c, ved å unnlate å gi klager skriftlig melding snarest mulig om at tilbudet var avvist, men feilen var uten betydning siden klager allerede var kjent med at tilbudet ikke kunne delta i konkurransen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. januar 2009 i sak 2008/109

Klager: Molab AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Tildeling av kontrakt til leverandør som mottar statsstøtte. Manglende skriftlig meddelelse om avvisning av tilbud. Manglende svar på klage over avvisningsbeslutning. Retur av avvist tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. mars 2008 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av kartlegging og/eller analysetjenester av grunnforhold i barnehager i Bergen kommune.
- (2) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes følgende om tilbudsfrist og innleveringssted:

"7.4 Tilbudsfrist

Frist for å levere inn tilbud er satt til:

23. april 2008, kl. 13:00

Forespørselen må være oppdragsgiver i hende på oppgitt leveringsadresse, jf. pkt 7.6, før utløpet av fristen.

7.5 Innleveringssted

Tilbudene skal leveres på oppdragsgivers leveringsadresse (kontoradresse) innen utløpet av fristen, jf. pkt. 7.4.

7.6 Leveringsadresse (kontoradresse)

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

*Bergen kommune
Byrådsavdeling for finans, kultur og næring,
Seksjon for konkurranse og utvikling/Innkjøp
Fortunen 3, 6. etasje
5013 Bergen”*

- (3) Molab AS (heretter kalt klager) sendte sitt tilbud med ”Ekspress over natten”, den 22. april 2008.
- (4) Innklagede har fremlagt en telefonlogg som viser at det fra tlf. 75 13 65 99, ble mottatt en samtale 23. april 2008 kl. 13.47. Klager har i e-post av 6. januar 2009 bekreftet at dette nummeret tilhører klager.
- (5) Sporingsinformasjon fra Posten Norge AS, viser at klagers tilbud ble utlevert til Bergen kommune den 24. april 2008.
- (6) Den 5. mai 2008 ble klagers tilbud registrert som innkommet hos Innkjøp i Bergen kommune.
- (7) I brev av 28. mai 2008, ble Norsk institutt for vannforskning (heretter kalt valgte leverandør) meddelt at selskapet var tildelt kontrakten.
- (8) Den 2. juni 2008 ble innklagede kontaktet av klager per telefon. Det er på det rene at det i løpet av telefonsamtalen kom frem at klagers tilbud ikke var vurdert i konkurransen, fordi det var kommet frem for sent.
- (9) Klager påklaget avvisningsbeslutningen i brev av 4. juni 2008.
- (10) Kontrakt med Norsk institutt for vannforskning (heretter kalt valgte leverandør), ble inngått 10. juni 2008. Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 20. juni 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Det anføres at det var i strid med EØS-reglene om offentlige anskaffelser å inngå kontrakt med valgte leverandør. Dette fordi valgte leverandør får tilskudd fra staten og dermed er subsidiert i forhold til andre private aktører. Valgte leverandør opplyser på sin hjemmeside at det mottas basisbevilgning fra Norges forskningsråd på om lag 11 %, noe som tilsvarer ca. kr 19-20 millioner.
- (12) Videre anføres det at saksbehandlingsfeilene innklagede begikk i forbindelse med at klagers tilbud kom frem for sent, medfører at klagers tilbud likevel skulle blitt vurdert i konkurransen.
- (13) Det vises til at innklagede ikke på noe tidspunkt under prosessen kontaktet klager for å meddele at tilbudet ikke ville bli vurdert. Klager tok selv kontakt med innklagede på telefon før tilbudsfristens utløp for å informere om at tilbudet ikke ville komme frem i tide. Det bestrides at klager i denne telefonsamtalen fikk beskjed om at tilbudet ikke ville bli vurdert. Klager oppfattet samtalen slik at innklagede ønsket en bekreftelse fra Posten om at pakken var sendt fra klager i tide til å komme frem innen fristen. Etter

klagers syn er det uforståelig at innklagede ville ha en slik bekreftelse dersom tilbudet uansett skulle avvises. At klager ikke på noe tidspunkt under prosessen ble kontaktet, medførte at klager hadde god grunn til å tro at tilbudet ble vurdert. Først etter at klager tok kontakt med innklagede for å få tilbakemelding på tilbudet, noe som skjedde etter at tildelingsbeslutningen var offentliggjort, ble klager informert om at tilbudet var avvist.

- (14) Klager har under enhver omstendighet ikke mottatt noen skriftlig melding om at tilbudet var avvist.
- (15) Det vises også til at innklagede ikke sendte klagers tilbud i retur før etter at klager hadde tatt kontakt med innklagede for å få tilbakemelding på tilbudet.
- (16) Videre vises det til at innklagede ikke har besvart klagers etterfølgende henvendelser. Klager sendte en skriftlig klage på saksbehandlingen 4. juni 2008, og hadde per 20. juni 2008 ennå ikke mottatt noe svar.
- (17) Til sist vises det til at innklagede har feilregistrert innkommet post i klagers disfavør. Det bestrides ikke at klagers tilbud kom frem til innklagede etter tilbudsfristens utløp, men klager stiller seg uforstående til at tilbudspakken først ble mottatt 5. mai 2008, slik innklagede hevder. Postens sporingsinformasjon viser at pakken ble levert til innklagede 24. april 2008 kl. 08.45. At det tok 10 dager før pakken ble registrert hos riktig avdeling i kommunen, er innklagedes eget ansvar.

Innklagedes anførsler:

- (18) Når det gjelder anførselen om at innklagede har brutt EØS-regelverket ved å inngå kontrakt med en part som mottar offentlig støtte, har innklagede ikke funnet noen holdepunkter i anskaffelsesregelverket for at valgte leverandør skulle vært ekskludert som leverandør på dette grunnlag. Regelverket stiller ikke opp en plikt for oppdragsgiver til å undersøke om potensielle leverandører i en konkurranse mottar offentlig støtte av en slik størrelse at det vil innebære en konkurransevidning overfor øvrige leverandører (som rammes av et annet regelverk), med den konsekvens at de skal avvises fra deltakelse i konkurransen. For øvrig har innklagede ikke særskilt vurdert spørsmålet om offentlig støtte i forhold til denne anskaffelsen og valgte leverandør. Avgjørende må være hva innklagede visste eller burde vite om valgte leverandør på tidspunktet for evalueringen, og hva som ble vektlagt i den forbindelse. At innklagede i ettertid har fått kjennskap til at valgte leverandør mottar statsstøtte, anses dermed for å være uten betydning i forhold til tildelingsbeslutningen.
- (19) Videre bestrides det at klagers tilbud skulle blitt vurdert i konkurransen. Klagers tilbud ble først registrert som mottatt hos Innkjøp den 5. mai 2008, og innklagede hadde derfor plikt til å avvise tilbudet som for sent innkommet etter forskriftens § 20-13 (1) bokstav a. Regelverket åpner ikke for at det kan gjøres unntak fra denne plikten, selv om forsinkelsen skyldes forhold utenfor leverandørens kontroll. Etter innklagedes syn er det derfor ikke relevant om Posten tar på seg ansvaret for forsinkelsen, og det vises til klagememndas sak 2003/81.
- (20) Klager har anført at det var innklagedes ansvar at tilbudspakken brukte mer enn 10 dager i kommunen før den ble registrert som mottatt på Innkjøp 5. mai 2008. Etter innklagedes syn var klager nærmest til å bære risikoen for tidsforløpet fra innlevering hos posten og helt frem til Innkjøp sitt leveringssted. Det presiseres likevel at det ikke er

vanlig praksis at post innsendt til kommunen bruker 10 dager før det blir registrert som innkommet hos riktig avdeling.

- (21) Det bestrides at klager før tilbudsfristens utløp meddelte innklagede at tilbudet ikke ville komme rettidig frem. Utskriften av telefonloggen til saksbehandlers telefon viser at innklagede fikk telefon fra klager kl. 13.47, det vil si nesten én time etter tilbudsfristens utløp. I denne samtalen ble det fra innklagedes side referert til konkurransegrunnlagets bestemmelser om tilbudsfrist. Fra klagers side ble det gitt uttrykk for at Posten, som skulle levere tilbudet, hadde gitt en erklæring på bakgrunnen for at tilbudet ikke ble levert i tide. Innklagede ga da klart uttrykk for at tilbudet ikke ville bli vurdert, men at man ville være interessert i å få erklæringen fra Posten oversendt. Innklagede kan ikke se at dialogen som har vært mellom partene, skulle ha gitt klager en berettiget forventning om at tilbudet ville bli vurdert i konkurransen.
- (22) Innklagede erkjenner at det i forbindelse med avvisningen av klagers tilbud, ikke er gitt en skriftlig begrunnelse i henhold til kravet i forskriftens § 20-16 (2) bokstav c. Klager har imidlertid fått muntlig begrunnelse, og det må legges til grunn at klager har fått tilstrekkelig informasjon. Det foreligger således kun en formell saksbehandlingsfeil fra innklagedes side, og denne må anses å ha blitt reparert i forbindelse med den etterfølgende korrespondansen. Feilen kan heller ikke anses for å ha virket bestemmende inn på avgjørelsen om å avvise tilbudet, jf. prinsippet i forvaltningslovens § 42.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste etter forskriftens Vedlegg 5 nr (12) og følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det var i strid med anskaffelsesregelverket å inngå kontrakt med en leverandør som mottar statsstøtte

- (24) I EF-domstolens dom C-94/99 "ARGE Gewässerschutz" (premiss 22-32), la retten til grunn at det ikke var i strid med prinsippet om likebehandling at en leverandør som mottok støtte, fikk anledning til å delta i en konkurranse om tildeling av en offentlig kontrakt. Det ble blant annet uttalt følgende i dommens premiss 26:

"If the Community legislature had intended to require contracting authorities to exclude such tenderers, it would have stated this explicitly."

- (25) Dommen innebærer at oppdragsgiver ikke er forhindret fra å tildele kontrakt til en leverandør som mottar statsstøtte. En slik oppfatning følger også forutsetningsvis av FAD Veileder s. 166, hvor det om oppdragsgivers rett til å avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, uttales følgende:

"Dersom årsaka til den låge prisen er at leverandøren får statsstøtte, kan tilbudet berre avvisast dersom leverandøren ikkje kan godtgjere at statsstøtta er lovleg."

- (26) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å inngå kontrakt med en leverandør som mottar statsstøtte.
-

Forholdene rundt avvisningen av klagers tilbud

- (27) Av forskriftens § 20-13 (1) bokstav a, følger det at et tilbud som ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen skal avvises. I klagenemndas sak 2008/89 (premiss 26) uttalte nemnda at regelen om at et tilbud må være kommet frem til oppdragsgiver innen fristen, er en så viktig regel at det ikke bør gjøres unntak fra den. Klager kan etter dette ikke få medhold i anførselen om at tilbudet skulle vært vurdert på tross av at det kom frem for sent.
- (28) Klager har anført at innklagede feilregistrerte innkommet post i klagers disfavør. Slik klagenemnda forstår det, er det ikke bestridt at tilbudspakken ble levert til Bergen kommune 24. april, som er dagen etter tilbudsfristens utløp. Telefonhenvendelsen fra klager 23. april gjaldt dette og må forstås slik at klager var klar over at fristen ikke kunne nås.
- (29) Av forskriftens § 20-16 (2) bokstav d, fremgår det at oppdragsgiver snarest mulig skal gi "skriftlig" melding, dersom et tilbud blir avvist. Dette gjelder også når tilbud avvises som fremkommet for sent. Innklagede har erkjent at det ikke ble gitt noen skriftlig melding om at klagers tilbud var avvist, og det foreligger således et formelt brudd på forskriftens § 20-16 (2) bokstav c. Det er omstridt hva som ble sagt i telefonsamtalen den 23. april 2008, og på hvilket tidspunkt denne samtalen fant sted. Det fremgår imidlertid at klageren som innringer allerede denne dagen var klar over at hans tilbud ikke ville rekke oppgitt adresse før fristutløp. Klagenemnda må da anta at mangelen på skriftlig respons fra innklagede ikke kan ha hatt nevneverdig betydning for klageren. Det kan følgelig heller ikke ha hatt betydning at innklagede inngikk avtale med valgte leverandør før klagen ble besvart. Klageren var uansett ute av konkurransen for oppdraget. Av forskriftens § 20-16 (4) følger at oppdragsgivers konkretiserende begrunnelse kan fremkomme senere enn kontraktstildeling. Selve avtaleinngåelsen er i dette tilfellet dermed uten betydning.
- (30) Klager har videre anført at innklagede ikke sendte tilbudet i retur før etter at klager hadde tatt kontakt med innklagede for å få tilbakemelding på tilbudet. Regelverket oppstiller ingen plikt til å returnere et tilbud som er blitt avvist, og dette forholdet utgjør således ikke brudd på regelverket.

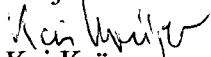
Konklusjon:

Bergen kommune har brutt forskriftens § 20-16 (2) bokstav c, ved å unnlate å gi en skriftlig melding snarest mulig etter at klagers tilbud var avvist.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

12. januar 2009


Kai Krüger