



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for oppføring av et gjerde, demontering av et annet og anskaffelse av diverse gjerdermateriell. Klagenemnda fant at innklagedes konkurransegrunnlag vedrørende egnet gjerdemateriell ikke kunne anses uklart slik klager hadde anført, og at innklagedes avvisning av klagers tilbud var i samsvar med regelverket. Klagers anførsler førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 8. februar 2010 i sak 2009/134

Klager: ØstCom AS

Innklaget: Reindriftsforvaltningen Vest-Finmark

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag. Avvisning av tilbud

Bakgrunn:

- (1) Reindriftsforvaltningen Vest – Finmark (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. mars 2009 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av et gjerde, demontering av et annet og anskaffelse av diverse gjerdemateriell som netting, bølgestreng, stolper, kramper og fjellfester til et 5,2 kilometer langt gjerde over Ráisdoattaráldi i Troms.
- (2) Av konkurransegrunnlagets ”Innledning” fremgikk det at oppdraget bestod av tre deler: delprosjekt 1: oppføring av nytt gjerde, delprosjekt 2: riving av gammelt gjerde og delprosjekt 3: kjøp av det gjerdemateriellet som skulle brukes i delprosjekt 1. I følge konkurransegrunnlagets avsnitt ”Felles opplysninger for alle tre deltilbud” var det mulig å gi tilbud på ett, flere eller alle delprosjektene. Den foreliggende saken gjelder kun delprosjekt 3. Følgende angående delprosjekt 3 hitsettes fra ”Innledning” i konkurransegrunnlaget:

”Det skal bygges grensegjerde over Ráisdoattaráldi. Gjerdet bygges etter en omforent trasé på strekningen Vuolit Meahccejávri — Hálđičáhcca. Gjerdets lengde er på 5,2 kilometer. Strekningen er merket og det er satt opp merker på traseen.

Etter ferdigstillelse av ny grensegjerde (delprosjekt 1), skal eksisterende gjerde på ca. 6 kilometer (delprosjekt 2) rives og materiellet fraktes til Vuordnaš parkeringsplass v/Guolaš i Nordreisa kommune i Troms. Herfra vil Reindriftsforvaltningen frakte eksisterende gjerdematerialer til dertil egnet deponi.

Anbudshaver for materiell skal levere tilbud på alt materiell samt for transportering av materiellet til Vuordnaš. Herfra vil Reindriftsforvaltningen sørge for helikopterløft av materiell til omforent gjerdetrase”.

- (3) Det fremgår av konkurransegrunnlagets ”Beskrivelse av kjøpet/tjenesten/omfanget”:

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

”Delprosjekt 1: Nyoppføring av grensegjerde på strekningen Vuolit Meahccejávri-Háldičahcca i Troms fylke mot Finland.

Det skal bygges grensegjerde fra Vuolit Meahccejávri — Háldičahcca, en strekning på ca. 5,2 kilometer.

Terrenget er i et ekstremområde og består av fjell/berg og steinur. Stolpene må bankes/bores ned i bakken i en dybde på 50 cm, eller settes fast med fjellfester. Oppsett av netting med nettinghøyde 125 cm med minst 3 kramper pr. stolp, og med 4 høyder med overstreng over nettingen. Stolpehøyden er standard impregnert grensegjerdestolpe i 3 meters høyde, som føres opp med 3 meters stolpeavstand. Dette jfr. grensegjerdestand for Norsk/Finsk grensegjerde.

Oppsett/bygging av gjerde skal utføres fagmessig og godkjennes av reindriftsagronomen. Fagmessig utførelse følger av langvarig praksis og eventuelle spørsmål rettes til reindriftsagronomen. Det påhviler oppdragshaver å bygge/sette opp gjerdet etter fagmessig standard.

Alle priser skal oppgis inklusive merverdiavgift.

[...]

Delprosjekt 3: Innkjøp av gjerdemateriell

Netting: Viltnetting med High tensile tråd, høyde 125 cm (125-9-30), 100 meter i bunter, minst N/mm² på horisontale tråder, minst 800 N/mm² på vertikale tråder, knute Stiff Stay eller tilsvarende, 5200 meter (52 bunter a 100 meter).

Bølgetråd: 20800 meter. Type Ø 4 mm, bunter på 25 kg/250 meter.

Stolper: Impregnerte stolper. Lengde 3 meter med tverrsnitt på ca 10 cm, spisset, 1200 stk. Gjerdestolpene må oppfylle gjeldende miljøkrav for impregnering som svanemerket el.

Kramper: 12500 stk. 50 x 3,75 mm med mothake.

Fjellfester: 500 stk.

Det kan kun gis et samlet tilbud for all forespurt materiell. Tilbud på noe/deler av materiell godtas ikke.”

- (4) Innen tilbudsfristen den 8. mai 2009 mottok innklagede fire tilbud på delprosjekt 3, deriblant fra ØstCom AS (heretter kalt klager) og Firma Steinar Kaasen (heretter kalt valgte leverandør). Fra klagers tilbud hitsettes følgende vedrørende delprosjekt 3:

”Tilbud på gjerdemateriell til Haldiprosjektet 2009.

- Delprosjekt 3: Innkjøp av gjerdemateriell.

Post	Beskrivelse	Type	Enhet	Enhetspris	Delsum
1	Stolper	Imp.10x300cm spisset	1200	[...]	kr [...]
2	Netting	TornadoT9/124/30Titan	52	[...]	kr [...]

gjennomgående bolter eller lignende. Videre fremgikk det at ”Søylesko type B anvendes til å feste søyler og stolper på et betongfundament”.

- (9) I brev av 18. mai 2009 meddelte innklagede at klagers tilbud var avvist. Fra brevet hitsettes følgende:

”Da Deres tilbud ikke tilfredsstiller kvalifikasjonskravene som er oppstilt for deltakelse i konkurransen, avvises Deres tilbud. Dette jfr § 20-13 (2)a i forskrift om offentlige anskaffelser.

Begrunnelse: Ikke fullstendig tilbud.

Søyleskoen tilbyder gir tilbud på, er ikke egnet for det formål tilbudet gjelder, og heller ikke for bruk sammen med materialer som tilbyder for øvrig tilbyr. Det stilles spørsmål om søyleskoens egnethet ved nedboring i fjell — ihht beskrivelse fra leverandør skal denne støpes fast med betong. Videre stilles det spørsmål om søyleskoens egnethet ved runde stolp kontra firkantede som i illustrasjon — tekst mottatt fra leverandør avklarer ikke spørsmålet om egnethet. Det stilles også spørsmål om søyleskoens egnethet ved klima og slitasje som følge av vær og vind, sammenholdt med søyleskoens design — beskrivelse fra leverandør omtaler ikke dette tilstrekkelig. Kort sagt mangler det dokumentasjon på erfaringsmateriale rundt bruk av slike søylesko til vårt formål.

Videre er det ikke gitt tilbud på skruer for å feste stolp i søylesko, og dette i seg selv er nok til at tilbudet ikke anses som fullstendig.”

- (10) Klager påklaget avvisningen i brev av 20. mai 2009. Innklagede avslo klagen i brev av 27. mai 2009. Saken ble så brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 3. juni 2009.
- (11) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør den 8. juni 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Urettmessig avvisning

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å urettmessig avvise klagers tilbud som mangelfullt. Konkurranses grunnlaget oppga ikke at skruer også skulle leveres, og klager ga følgelig heller ikke noe tilbud på dette før tilbudsfristen utløp.

Uklart konkurransegrunnlag:

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å spesifisere hvilke fjellfester som ville bli ansett egnet til innklagedes behov og dermed akseptert i konkurransen. Unnlatelsen av å angi hvilke spesifikasjoner som skulle gjelde for fjellfestene har medført at de ulike tilbyderne har gitt tilbud på ulike fjellfester, herunder at klager ga tilbud på en type fjellfester som innklagede i evalueringen av tilbudene fant at var uegnet til innklagedes behov. Innklagedes unnlatelse av å angi spesifikasjonskrav medfører en plikt for innklagede til å avlyse konkurransen, eventuelt skulle innklagede etter å ha angitt spesifikasjonene som ville bli godtatt, latt samtlige tilbydere inngi et nytt tilbud basert på dette. Innklagede har etter klagers oppfatning i realiteten gjennomført en konkurranse med alternative tilbud, uten at dette på forhånd var angitt i konkurransegrunnlaget.

Erstatning:

- (14) Klager ønsker at klagenemnda tar stilling til om det foreligger grunnlag for erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse, og i så fall dens størrelse.

Innklagedes anførsler:

Urettmessig avvisning:

- (15) Innklagede bestrider at avvisningen av klagers tilbud etter § 20-13 (2) bokstav a var urettmessig, ettersom tilbudet manglet en såpass vesentlig del som skruer.

Uklart konkurransegrunnlag:

- (16) Innklagede bestrider også at konkurransegrunnlaget var uklart. Klagers fjellfester var uegnet til innklagedes bruk fordi søyleskoene etter informasjon fremlagt av klagers leverandør skulle støypes ned i betong, selv om det fremgikk av konkurransegrunnlagets "Beskrivelse av kjøpet/tjenesten/omfang" at stolpene måtte bankes eller borres ned i grunnen, eventuelt festes med fjellfester. Konkurransegrunnlaget uttrykker også klart at gjerdet skulle monteres i ekstremterreng, hvilket umuliggjorde bruk av sement. Dessuten manglet tilbudet skruer, bolter eller lignende. Sementbehovet og skruemanglene er hver for seg tilstrekkelig til å avvise tilbudet. Det er ellers uklart hva klager mener med konkurranse uten mulighet for alternative tilbud. Innklagede har avholdt konkurranse uten forhandling. Det har ikke vært anledning til å gi alternative tilbud.

Erstatning:

- (17) Innklagede er ikke erstatningsansvarlig ettersom regelverket for offentlige anskaffelser ikke er brutt.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (19) Det er i foreliggende sak fremsatt flere ulike anførsler. Klagenemnda finner det hensiktsmessig å først ta stilling til hvorvidt konkurransegrunnlaget er uklart.

Hvorvidt det foreligger et uklart konkurransegrunnlag

- (20) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å spesifisere hvilke fjellfester som ville bli ansett egnet til innklagedes behov og dermed akseptert i konkurransen, og at dette medfører en plikt til å avlyse konkurransen eventuelt at innklagede skulle latt tilbyderne inngi nye tilbud etter at det var spesifisert hvilke typer fjellfester innklagede fant å akseptere.
- (21) I klagenemndas tidligere praksis er det lagt til grunn at konkurransegrunnlaget må være klart og utvetydig for å oppfylle de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lovens § 5. Videre har oppdragsgiver plikt til å gi

leverandørene tilgang på relevante opplysninger som er nødvendig for å utarbeide tilbud og som er tilgjengelig før tilbudsfristens utløp, jf. blant annet klagenemndas uttalelser i sakene 2005/17 premiss (49), 2008/177 premiss (33) og 2009/121 premiss (21). Det må derfor i tilstrekkelig grad gjennom konkurransegrunnlaget være klargjort hva det er oppdragsgiver ønsker anskaffet, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/206 premiss (32), 2005/290 premiss (36) og 2005/245 premiss (24). Dette følger også av departementets veileder s. 114. Klagenemnda ser på konkurransegrunnlaget i sin helhet, jf. sak 2005/290 premissene 36-38.

- (22) Ut ifra dokumentasjonen forelagt klagenemnda i den foreliggende saken, er det på det rene at det foreligger flere typer fjellfester. Det er videre klart at innklagede mottok ulike tilbud på forskjellige typer fjellfester. Klagers tilbud ble avvist av innklagede under henvisning til at de tilbudte fjellfester var konstruert for å støpes ned i betong, jf. følgende formulering i klagers tilbud; *"Søylesko type B anvendes til å feste søyler og stolper på et betongfundament"*. Dette var ikke mulig i det område aktuelle gjerde skulle settes opp, og de tilbudte fjellfester var dermed uegnet til innklagedes behov.
- (23) I konkurransegrunnlaget angis det under *"Beskrivelse av kjøpet/tjenesten/omfang"* at *"Terrenget er i et ekstremområde og består av fjell/berg og steinur. Stolpene må bankes/bores ned i bakken i en dybde på 50 cm, eller settes fast med fjellfester."* Av konkurransegrunnlagets innledning følger det at innklagede skal *"sørge for helikopterløft av materiell"* fra Vuordnås til monteringsstedet. I klagers svarbrev av 15. mai 2009 på innklagedes henvendelse av samme dag, fremgår det at klager tilbudte hammerpatron for armeringsstål *"(kamjernstapp)"*, til bruk for montering av de tilbudte fjellfester uten bruk av betong, jf. følgende uttalelse i brevet: *"I stedet for å feste søyleskoen med betong, kan disse brukes (slipper å dra med seg betong ut på vidda)"*. Dette indikerer at også klager må ha forstått at montering ved bruk av betong var uhensiktsmessig.
- (24) Selv om de etterspurte fjellfestene direkte kun er beskrevet som *"Fjellfester: 500 stk"*, må det etter klagenemndas mening følge av konkurransegrunnlaget, lest i sin helhet, at fjellfestene måtte være egnet til bruk i det ekstremområdet konkurransegrunnlaget anga at festene skulle brukes i, og videre da også at det ikke kunne tilbys fjellfester som krever montering ved bruk av betong. Basert på dette er klagenemnda kommet til at innklagedes konkurransegrunnlag ikke kan anses uklart, selv om det ikke eksplisitt spesifiserte hvilke fjellfester innklagede ville akseptere. Klagers anførsel på dette punkt kan dermed ikke føre frem.

Hvorvidt avvisningen av klagers tilbud var rettmessig

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud som mangelfullt. Det er vist til at klagers tilbud ikke kan anses mangelfullt selv om det manglet bolter, muttere eller skruer til bruk sammen med de tilbudte fjellfester. Begrunnelsen for at tilbudet ikke inneholdt skruer mv. innen tilbudsfristen, var at innklagedes konkurransegrunnlag etter klagers oppfatning ikke etterspurte dette.
- (26) Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt konkurransegrunnlaget må forstås slik at det ikke var etterspurt skruer mv. tilknyttet de etterspurte fjellfester. Dersom dette ikke kan anses etterspurt, må det anses i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 å

avvise klagers tilbud som mangelfullt under henvisning til at skruer mv. ikke var inkludert i tilbudet.

- (27) Det er på det rene at konkurransegrunnlaget ikke eksplisitt etterspurte skruer mv. til bruk med de etterspurte fjellfester, jf. at konkurransegrunnlaget i oppstillingen over hva innklagede ønsker tilbud på i delprosjekt 3 kun opplyser følgende; ”*Fjellfester: 500.stk*”. Videre er oppstillingen for øvrig både kasuistisk og detaljert, hvilket kan tilsi at denne må anses uttømmende.
- (28) Leses konkurransegrunnlaget i sin helhet, er det klart at innklagedes formål med anskaffelsen i delprosjekt 3 var å anskaffe nødvendig gjerdemateriell til å sette opp det gjerdet som utgjorde delprosjekt 1. For å feste stolpene til fjellfestene behøves skruer eller bolter og muttere. Uten skruer eller lignende vil det være nærmest umulig for oppdragsgiver å anskaffe et effektivt gjerde. Oppdragsgiver ville da ikke oppnå ønsket anskaffelse. Dette indikerer overfor leverandørene at skruer mv. må inngå i tilbudene. Klagenemnda peker også på at i alle fall valgte leverandør har tilbudt skruer mv. til bruk sammen med sine tilbudte fjellfester. I følge innklagede skal det også være normal bransjepraksis at skruer mv. inkluderes i tilbud på fjellfester.
- (29) På bakgrunn av dette, finner klagenemnda at det ikke var nødvendig å eksplisitt angi at det skulle tilbys skruer mv. sammen med de etterspurte fjellfester. Dette var heller et forhold leverandørene selv måtte forstå var nødvendig, sett i lys av de opplysningene konkurransegrunnlaget inneholdt om hvilke materialer som skulle anskaffes og ut fra formålet med anskaffelsen, å benytte disse materialene til oppføring av gjerdet som utgjorde delprosjekt 1. Dette innebærer at klagers tilbud inneholder et avvik eller ufullstendighet idet selskapets tilbud inngitt innen tilbudsfristen i foreliggende åpne anbudskonkurranse ikke inkluderte tilbud på skruer mv. til bruk sammen med tilbudte fjellfester. Spørsmålet blir så hvorvidt innklagede hadde rett til å avvise tilbudet på dette grunnlag, slik innklagede i foreliggende tilfelle har gjort.
- (30) Av forskriften § 11-11 (2) bokstav a følger det at oppdragsgiver har en fakultativ adgang til å avvise et tilbud dersom det etter avklaring viser seg at tilbudet inneholder ”*avvik, ... feil, ufullstendigheter ... eller lignende som ikke må anses ubetydelige*”. Ordlyden tilsier at det her ikke skal mye til før avvisning må anses rettmessig.
- (31) Prisforskjellen mellom klagers tilbud med og uten aktuelle skruer mv. utgjør kr. 5 000 i forhold til klagers opprinnelig tilbud uten skruer mv. som var på kr. 314 480. Prisen isolert sett tilsier derfor at forholdet er av liten betydning.
- (32) Fjellfestene som klager tilbudte var av typen B/U-formet, som beskrevet ovenfor. Bolter og muttere eller skruer var helt nødvendige for å kunne bruke klagers fjellfester. Klagenemnda finner derfor at unnlatelsen av å tilby nødvendige skruer mv. i tilbudet utgjør en mangel som ikke kan anses ubetydelig. Siden det her var tale om en åpen anbudskonkurranse kan det ikke aksepteres at klager tillates å inngi tilbud på dette etter tilbudsfristens utløp, jf. forhandlingsforbudet i denne typen konkurranser i forskriften av § 12-1. Avvisningen av tilbudet fordi det var mangelfullt uten de nødvendige skruer mv. må derfor anses i samsvar med forskriften § 11-11 (2) bokstav a. Klagers anførsel på dette punkt kan derfor heller ikke føre frem.

Hvorvidt klager har krav på erstatning

(33) Klagenemnda har kommet til at klagers anførsler ikke har ført frem, og vilkårene for erstatning er ikke til stede.

Konklusjon:

Reindriftsforvaltningen Vest – Finmark har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

8. februar 2010

Tone Kleven