



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inviterte tre entreprenører til å inngi tilbud på anleggstjenester med verdi under nasjonal terskelverdi. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5, ved å vektlegge andre tildelingskriterier enn pris, når disse ikke var oppgitt på forhånd. Klagenemnda fant videre at innklagede hadde brutt forskriften § 3-1 annet ledd ved å vektlegge lokal tilhørighet ved valg av leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 15. mars 2010 i sak 2009/206 –/(

Klager: Thore Magnussen & Sønn AS

Innklaget: Flakstad kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Forutberegnelighet. Likebehandling.

Bakgrunn:

- (1) Flakstad kommune (heretter kalt innklagede) ønsket å bygge en ballbinge ved skolen på Napp, som ligger i kommunen. En ballbinge er en liten fotballbane, som er inngjerdet slik at ballen blir lengre i spill. Innklagede hadde på forhånd valgt ballbinge av typen ”Scansis Løkka” og leverandør av denne. Ballbingen kunne monteres på dugnadsbasis, men det trengtes fagkyndige til å gjøre grunnarbeidene.
- (2) Da innklagede vurderte kontrakten om grunnarbeider til å ligge under nasjonal terskelverdi, ble ikke konkurranse kunngjort. I stedet ble tre entreprenørselskaper hjemmehørende i Lofoten kontaktet direkte. I likelydende e-post 20. mai 2009 fra innklagede til de tre entreprenørselskapene står det:
”Ber om å få pris på grunnarbeid balløkke Napp – tegninger og mål kommer i egen mail. [...] Hvis befarng behøves ta kontakt med Merete [...].
Frist for å levere pris vil være 02.06.2009 kl 1200.”
- (3) Det ble avholdt befarng på byggområdet 1. juli 2009, der leverandørene også fikk utlevert produsentens veileder for montering av ”Scansis Løkka”-ballbinge. I veilederen er det oppgitt krav til type fyllmasse som skal benyttes.

- (4) Innleveringsfristen ble forlenget til 9. juni 2009, og innen fristen leverte alle tre tilbyderne sine tilbud. Tilbudet fra Thore Magnussen & Sønn AS (heretter kalt klager) ble av innklagede ansett som for mangelfull til å kunne vurderes mot de to øvrige tilbyderne. Innklagede sendte derfor et brev til klager der kravspesifikasjonene ble listet opp, blant annet hvilken fyllmasse som skulle brukes.
- (5) Klager innga 2. juli 2009 et revidert tilbud, der alle presiseringer fra innklagede var inkludert, med ett unntak. I det reviderte tilbudet skriver klager at det er valgt en annen type fyllmasse enn det innklagede hadde bedt om.
- (6) Tilbudene fra de tre leverandørene hadde følgende priser:

Leverandør	Leverandørs lokalisering	Pris
Møllvåg Maskin	Mølnerodden, Flakstad kommune	295 100,-
Rasmussen Anlegg AS	Napp, Flakstad kommune	185 000,-
Thore Magnussen & Sønn AS	Leknes, Vestvågøy kommune	182 300,-

- (7) Klager fikk 7. juli 2009 brev fra innklagede der det ble opplyst at Rasmussen Anlegg AS (heretter kalt valgte leverandør) ble tildelt kontrakten. Om begrunnelsen for tildelingen hitsettes fra brevet:
"Det er vektlagt at firmaet [valgte leverandør] har sitt tilhold i kommunen, erfaringer med lignende arbeider (kunstgressbane) samt liten prisforskjell."
- (8) Klager påklaget tildelingen 7. juli 2009. Ved brev 14. august 2009 opprettholdt innklagede sin beslutning.
- (9) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. september 2009. Innklagede har opplyst at kontrakt er inngått med valgte leverandør.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at når ingen andre tildelingskriterier var opplyst, er det kun pris som kan vektlegges ved vurderingen av tilbudene. Klager anfører at innklagede på denne bakgrunn har brutt kravet til forutberegnelighet.
- (11) Klager anfører videre at innklagede ikke hadde anledning til å vektlegge en tilbyders lokale tilhørighet ved vurdering av tilbudene. Klager anfører at innklagede på denne bakgrunn har brutt kravet om likebehandling.
- (12) Klager anfører at når klager hadde den laveste prisen, var innklagede forpliktet å tildele kontrakten til ham. Klager ber klagenemnda uttale seg om vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse er til stede.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede anfører at den reelle grunnen til at klager ikke ble valgt, på tross av at denne leverandør hadde laveste pris, var avviket i dette tilbud vedrørende type fyllmasse. Innklagede erkjenner at det i tildelingsbrevet 7. juli 2009 ikke har vært angitt tilstrekkelig presist hvilke momenter som er vektlagt ved valg av leverandør og beklager dette.
- (14) Innklagede anfører at når klagers tilbud ikke var i samsvar med de krav som var stilt til type fyllmasse, måtte dette vektlegges ved evalueringen av tilbudene. Innklagede viser

til at det kun var liten prisdifferanse, under 3000,- kroner, mellom tilbudene fra klager og valgte leverandør.

- (15) Innklagede anfører at alle tilbydere er likebehandlet ved at de har fått samme informasjon, herunder produsentens veileder for montering av ballbingen. Innklagede anfører at dersom ikke avviket i klagers tilbud hadde blitt vektlagt, ville dette innebære en forskjellsbehandling.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen har en verdi under 500 000 kroner, og følger da lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I, jf. loven § 3 og forskriften §§ 2-1 første, jf. annet ledd.
- (17) Klager anfører at når ingen tildelingskriterier var oppgitt, var innklagede forpliktet til å velge tilbudet med laveste pris, og at unnlatelse av dette utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet.
- (18) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at når tildelingskriterier ikke er angitt, kan det kun legges vekt på tilbudenes pris. Det vises til klagenemndas sak 2003/270 premiss (28):

"Når det ikke er oppgitt utfyllende tildelingskriterier, plikter oppdragsgiver å velge det tilbudet som har lavest pris, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/11, 2003/21 og 2003/190."

- (19) I denne sak hadde innklagede ikke oppgitt andre tildelingskriterier enn pris, som synes å være det eneste kriterium innklagede ville legge vekt på ved tildeling av kontrakten. Det vises til e-post 20. mai 2009 til alle tre tilbyderne, der det er pris på arbeidet som etterspørres, og det angis frist for å inngi pris. Innklagede hadde da ikke anledning til å vektlegge andre kriterier, og hadde plikt til å anta det tilbudet som hadde laveste pris. Ved å vektlegge andre tildelingskriterier enn pris, har innklagede brutt kravet om forutberegnelighet, jf. loven § 5.
- (20) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å vektlegge lokal tilhørighet ved valg av leverandør. Det følger alt av klagenemndas vurdering over at innklagede ikke hadde anledning til å vektlegge andre kriterier enn pris ved valg av leverandører. Klagenemnda finner likevel grunn til å behandle klagers anførsel om forskjellsbehandling.
- (21) At det er forbudt å vektlegge lokal tilhørighet følger direkte av forskriften § 3-1 andre ledd, som lyder: *"Oppdragsgiver skal ikke diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet."* Bestemmelsen er en presisering av det generelle forbudet mot forskjellsbehandling, jf. loven § 5.
- (22) Innklagede anfører at det i realiteten ble lagt vekt på at klagers tilbud avvek fra de kravspesifikasjoner som var stilt, og at tilbagemeldingen til klager ikke var tydelige nok. Klagenemnda tar ikke stilling til hvorvidt innklagede hadde anledning til å vektlegge at klagers tilbud avvek fra kravspesifikasjonen, fordi klagenemnda må legge til grunn det som fremkommer av innklagedes tildelingsmeddelelse, og ikke hva innklagede i ettertid anfører.
- (23) Av innklagedes tildelingsmeddelelse datert 7. juli 2009 kommer det uttrykkelig frem at innklagede har *"...vektlagt at firmaet [valgte leverandør] har sitt tilhold i*

kommunen...". Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede ved valg av leverandør har vektlagt lokal tilhørighet, og dette utgjør et brudd på forskriften § 3-1 annet ledd..

- (24) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for erstatning, jf. klagenemndsforordningen § 12.

Konklusjon:

Flakstad kommune har brutt kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5, ved å vektlegge andre tildelingskriterier enn pris, når slike ikke var oppgitt på forhånd.

Flakstad kommune har brutt forskriften § 3-1 annet ledd ved å vektlegge lokal tilhørighet ved valg av leverandør.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

15. mars 2010

Per Christiansen
Per Christiansen