



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Tiger Consulting AS

Postboks 61 Lambertseter
1101 OSLO

Deres referanse
Geir Tore Gaukerud

Vår referanse
2009/277

Dato
08.02.2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 17. desember 2009. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsvedtak kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at det er gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/Kulturetaten (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. november 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale med leverandør av anskaffelsesfaglig bistand.
- (2) Fra konkurransegrunnlaget punkt 3.2 "Obligatoriske og ufravikelige krav" hitsettes følgende:

"Krav	Dokumentasjonskrav
Leverandøren skal ha ordnede forhold med hensyn til skatte- og merverdiavgiftsinnbetaling.	Skatteattest for henholdsvis skatt og merverdiavgift som ikke er eldre enn 6 måneder gamle. Attestene fås ved henvendelse til det lokale skatteoppkreverkontor eller til skattekontoret.
Leverandøren skal levere HMS-egenerklæring	Signert HMS-egenerklæring.

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

Dersom en eller flere leverandører ikke har levert HMS-egenerklæring og/eller skatte-/merverdiavgiftsattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon innen fristens utløp, kan oppdragsgiver fastsette en kort tilleggsfrist for ettersendelse. Det samme gjelder dersom leverandøren har sendt inn skatte-/merverdiavgiftsattest som er eldre enn 6 måneder regnet fra utløp av frist for forespørsel om deltakelse. Leverandøren har ikke krav på at oppdragsgiver benytter denne retten.”

- (3) Innen fristen kom det inn 12 tilbud, herunder tilbud fra Tiger Consulting AS (heretter kalt klager).
- (4) Etter å ha levert tilbudet ble klager oppmerksom på at det var lagt ved attester for skatt og merverdiavgift som var eldre enn seks måneder. Fra klagers e-post av 14. desember 2009 hitsettes følgende:

”Vi har blitt oppmerksom på at vi ved en inkurie har kommet i skade for å vedlegge tilbudet utdaterte attester for skatt, mva og HMS. Vi tillater oss med dette å ettersende de korrekt daterte dokumenter idet vi anmoder om at disse legges til grunn ved vurdering av våre kvalifikasjoner.”

- (5) Innklagede gav følgende svar til klager i e-post av 15. desember 2009:

”Vi har dessverre allerede foretatt en avvisning av dere grunnet de utdaterte attestene, se vedlegg.”

- (6) Fra vedlegget hitsettes følgende:

”Dessverre var både attest for skatt og merverdiavgift eldre enn 6 måneder (datert 20.04.09). Deres tilbud avvises derfor i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 3.2 og forskrift om offentlige anskaffelser § 8-7 tredje ledd, jf. § 11-10 første ledd bokstav b.”

- (7) Klager påklaget avvisningen i e-post av 15. desember 2009.
- (8) I brev fra innklagede av 16. desember 2009 ble klage på avvisning ikke tatt til følge.
- (9) Saken ble deretter brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 17. desember 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved uklar utforming av konkurransegrunnlaget punkt 3.2. Ved å gjengi og utdype forskriftens § 12-3 i konkurransegrunnlaget har innklagede skapt en berettiget forventning om at tilleggsfrist for ettersending av dokumenter vil bli gitt. Det fremgår videre avslutningsvis at leverandøren, til tross for opplysningen om at det kan fastsettes en tilleggsfrist, ikke kan gjøre krav på at en slik adgang vil bli benyttet. Det fremstår derfor som helt åpent hva som menes i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget gir dermed ikke tilstrekkelig veiledning på dette punkt.

- (11) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 12-1 (3) ved ikke å ha forsøkt å rette en åpenbar feil som det er utvilsomt hvordan skulle rettes. Feilen i dette tilfellet var åpenbar ved at det var inngitt for gamle attester. Feilen ble oppdaget av klager og kommunisert til innklagede før avvisningsbeslutning ble meddelt. Like åpenbart er det hvordan feilen skal rettes ved at leverandøren burde gitt en kort tilleggsfrist i samsvar med forskriftens § 12-3 for innlevering av korrekt daterte attester.
- (12) Klager anfører endelig at innklagede har foretatt en avvisning i strid med kravet til god forretningsskikk i loven § 5, jf. forskriften § 3-1 (6). Uklarheter som er skapt av oppdragsgiver selv medfører en plikt til å gi tilleggsfrist for innlevering av dokumentasjon. Innklagede brøt kravet til god forretningsskikk ved ikke å gi slik tilleggsfrist.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede kan ikke se at konkurransegrunnlaget punkt 3.2 fremstår som uklart. Utdypningen av forskriften § 12-3 gir veiledning om hvordan regelverket er å forstå. Samtidig går det klart frem samme sted at leverandørene ikke kan ha en berettiget forventning om at tilleggsfrist vil bli gitt. Det var dermed ikke grunnlag for å gi tilleggsfrist ved at konkurransegrunnlaget ikke var uklart.
- (14) Når det gjelder klagers anførsel vedrørende retting av åpenbare feil i henhold til § 12-1 (3), finner innklagede at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse i foreliggende sak all den tid den gjelder ved *"åpenbare feil i tilbudet"*. Klagers tilbud ble avvist som følge av *"forhold ved leverandøren"*, ikke ved tilbudet.
- (15) Innklagede er videre av den oppfatning at å gi en tilleggsfrist er en rett, men ingen plikt som oppdragsgiver har. Innklagede kan derfor ikke se at dette utgjør brudd på god forretningsskikk. En leverandør kan ikke på eget initiativ gi seg selv en tilleggsfrist. Innklagede har foretatt en likebehandling av alle leverandørene som har levert tilbud. Det vises også her til at anskaffelsen henvender seg til et marked som skal være eksperter på regelverket for offentlige anskaffelser.

Sekretariatets vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (17) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å avvise klagers tilbud med henvisning til at attester for skatt og merverdiavgift var eldre enn seks måneder. Klager viser til at innklagede har skapt en berettiget forventning i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 om at det ville bli gitt tilleggsfrist for ettersending dokumentasjon.
- (18) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstavene b at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"har unnlatt å levere skatteattest i samsvar med § 8-7 (skatteattest) med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (19) Av forskriften § 12-3 første punktum fremgår det at dersom en eller flere leverandører ikke har levert HMS-egenerklæring eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon på at krav

til leverandøren er oppfylt, kan oppdragsgiver fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av disse dokumentene. Forskriften § 12-3 er således en "*kan-bestemmelse*" som gir oppdragsgiver en rett, men ikke en plikt til å gi tilleggsfrist. Imidlertid kan det foreligge slik plikt dersom det er uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. 2004/81 (premiss 21).

- (20) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2 "*Obligatoriske og ufravigelige krav*" er det stilt som dokumentasjonskrav at tilbyderne skal fremlegge attester for skatt og merverdiavgift ikke eldre enn seks måneder. Det er videre opplyst om oppdragsgivers rett til å fastsette en tilleggsfrist for ettersending av slik dokumentasjon, men at leverandøren ikke har krav på at oppdragsgiver benytter denne retten. Innklagede har således gjengitt forskriften § 12-3 første punktum om tilleggsfrist. Sekretariatet kan dermed ikke se at punkt 3.2 gav tilbyderne en berettiget forventning om at en tilleggsfrist ville bli gitt. Innklagede har følgelig ikke brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (21) Klager har så anført at utgåtte attester for skatt og merverdiavgift ved klagers tilbud var en åpenbar feil som innklagede hadde plikt til å rette etter forskriften 12-1 (3).
- (22) Av forskriften § 12-1 (3) følger det at oppdragsgiver skal rette åpenbare feil i tilbudet dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes. Bestemmelsen omhandler således forhold ved tilbudet, mens denne saken gjelder avvisning som følge av forhold ved leverandøren. Forskriften § 12-1 (3) kommer dermed ikke til anvendelse. Klagers anførsel kan heller ikke føre frem på dette punkt.
- (23) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 ved at det i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 forelå slik uklarhet at innklagede hadde plikt til å sette tilleggsfrist for ettersending av attest for skatt og merverdiavgift. På bakgrunn av at sekretariatet har kommet til at det ikke forelå slik uklarhet, har innklagede ikke en plikt til å sette tilleggsfrist og har heller ikke brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 ved avvisningen av klagers tilbud.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i nemnda.

Med vennlig hilsen

Lene Kristin Hennø
rådgiver

Mottakere:
Tiger Consulting AS

