



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Deres referanse

Vår referanse
2008/

Dato

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 30. april, samt Deres presisering av klagegrunnen i brev av 14. mai 2009. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder senest tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Sandefjord kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. januar 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en rekke entrepriser i tilknytning til bygging av Kamfjord sykehus, herunder blant annet entreprise på ventilasjonstekniske arbeider og rørtekniske arbeider. Denne saken gjelder klage over avvisning på inngitt tilbud på den ventilasjonstekniske entreprisen.
- (2) Fra kunngjøringens punkt II.1.5 hitsettes følgende:

"Det ønskes SEPARATE ANBUD for bygningsmessige arbeider inkludert landskap, ventilasjonstekniske arbeider, rørtekniske arbeider (varme og sanitær), heisanlegg, og elektro- og tele/data arbeider fra entreprenører med dokumentert kapasitet og kvalifikasjoner. "
- (3) I kunngjøringens punkt II.1.9. (og konkurransegrunnlagets punkt 2.5) fremgikk det at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning.
- (4) I kunngjøringens punkt IV.2 fremgikk det at kontrakt ville bli tildelt basert på lavest pris.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

- (5) I konkurransegrunnlaget for de ventilasjonstekniske arbeidene punkt 2.11 fremgikk det følgende generelle krav til tilbudets utforming:

*"Tilbudet **skal** leveres inn på tilbudsmappa (vedlegg 1).
Tilbud som ikke leveres inn på tilbudsmappa blir forkastet."*

- (6) I konkurransegrunnlagets punkt 3.1 var det opplyst at aktuelle anskaffelse fulgte forskriftens Del II, i tillegg til lovens bestemmelser.
- (7) I tilbudsskjemaet ("tilbudsmappa") som leverandørene skulle benytte ved inngivelsen av sine tilbud var det blant annet etterspurt diverse erklæringer fra leverandørene, samt etterspurt opplysninger tilknyttet leverandørenes kvalifikasjoner, opplysninger av betydning for tildelingsevalueringen, spørsmål om leverandørene tok forbehold, opplysninger om eventuelle underentreprenører, samt at det var vedlagt et prisskjema som tilbyderne skulle fylle ut for fast tilbudspris, priser for regningsarbeider og opplysninger om hvordan prisstigning skulle beregnes (fast prisstigning og pristigning i en alternativ bestemt angitt prosentsats av kontraktssummen).
- (8) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 5 tilbud på ventilasjonsentreprisen, deriblant fra VITO teknisk entreprenør AS (heretter kalt klager) og Bryn Ventilasjon AS. Klager innleverte også et separat tilbud på rørentreprisen.
- (9) Klagers tilbud besto av et tilbudsbrev, samt en kopi av klagers tilbudsmappe på rørentreprisen.
- (10) I brev av 24. mars 2009 ble klager meddelt at tilbudet på ventilasjonsentreprisen var blitt avvist. Det fremgikk følgende begrunnelse:

"Vito teknisk entreprenør AS har ikke levert tilbudsmappe for entreprise K-360 – ventilasjonstekniske arbeider, kun kopi av tilbudsmappe for K-300 [entreprisen for rørtekniske arbeider]."

På grunn av manglende utfyllt "tilbudsmappe", er tilbudet fra Vito teknisk entreprenør AS avvist. "

- (11) I brev av 25. mars 2009 påklagede klager avvisningsbeslutningen. Fra brevet hitsettes følgende:

"Grunnlaget for avvisning er " manglende tilbudsmappe". Vi meddeler herved å protestere på avgjørelsen da vi mener å være avvist på feilaktig grunnlag. Vi hevder at tilbudsmappe er levert, noe som også fremkommer av deres brev, dog med feil i overskriften på første side. Det står K 300 i stedet for K 360. For øvrig er de opplysninger man etterspør fullt ut ivaretatt i den mappen dere har mottatt. Den såkalte mangelen i anbudsdokumentene gir ikke konkurransefortrinn."

Dere har selv gjort samme type feil i ovennevnte brev der dere skriver at Oras Telemark AS er inntilt på ventilasjonsentreprisen. De er som kjent innstilt på K 300 rørentreprise. Dette fremkommer som et åpenbart arbeidsuhell, da man ved å se på vedleggene forstår at det skulle stått Bryn Ventilasjon. På samme måte som i vårt tilfelle gir svaret seg selv i lys av de bakenforliggende opplysninger."

Ved en normal gjennomgang av anbudsgrunnlaget slik vi er vant til fra andre anbud, vil man kunne justere slik formalitet under avklaringsmøte, og det gir ikke grunnlag for å avvise anbud (man bytter ut forsiden). Vi stiller også spørsmål om det er lovlig å avvise på slikt grunnlag når det ikke fremkommer anmerkning i anbudsprotokoll. Den er underskrevet av flere vitner.

Vi håper at VITO teknisk entreprenør AS igjen medtas i anbudsvurderingen, og at vi blir invitert til et avklaringsmøte."

- (12) I brev av 2. april 2009 fastholdt innklagede avvisningen av klagers tilbud. Brevet var også vedlagt et notat fra advokatfirmaet Grette, hvor det var konkludert med at det var riktig å avvise klagers tilbud basert på konkurransegrunnlagets egne bestemmelser om avvisning, samt basert på forskriftens § 20-13 (1) bokstav f. Fra innklagedes brev hitsettes følgende:

"Det er leverandøren som bærer risikoen for å innlevere den dokumentasjonen oppdragsgiver forespør, og for at innholdet er korrekt og klart utformet.

I konkurransegrunnlaget er det gjort særskilt oppmerksom på viktigheten av korrekt utfylt tilbudsmappe, og at dette vil være særskilt avvisningsgrunn.

Vito hadde i dette tilfelle ikke vedlagt utfylt tilbudsmappe, og tilbudet må anses som ukomplett. Det er stilt en rekke spørsmål som må bekreftes eller avkreftes av tilbyder i tilbudsmappen, som dermed ikke er utfylt."

- (13) I brev av 6. april 2009 fra klager ble klagen på avvisningsbeslutningen fastholdt. Fra brevet hitsettes følgende:

"Vi opprettholder vår protest på avgjørelsen da vi mener å være avvist på feilaktig grunnlag.

Innlevert mappe må godkjennes. De opplysninger man etterspør er fullt ut ivaretatt i den mappen som er innlevert. Ved sammenligning av mappene for rør- og ventilasjonsentreprise finnes ingen avvik bortsett fra forsiden der man har byttet ut ordet rørentreprise med ventilasjonsentreprise. På forsiden skal det ikke svares eller signeres på noen opplysninger. Samme ord er byttet 2 steder inne i mappen på identiske punkt for de to fag. Original mappe ventilasjon er for øvrig "blåkopi" av mappe fra rørentreprisen. Det stilles derfor spørsmål om vårt avvik overhode har praktisk, pris, eller konkurranseregulerende betydning dersom man ser bort i fra ordet rørentreprise.

Vi forutsetter overordnet at det ikke foreligger noen feil eller avvik blant noen av de øvrige anbydere som er godkjent medtatt i konkurransen. Og at dette likhetsprinsippet er fulgt også for øvrige fag.

Viser til notat fra advokatfirma Grette dat. 31.03. 2009 til oppdragsgiver COWI AS: Omfatter en juridisk utredning som tar utgangspunkt i det tilfellet der man avviser tilbud p.g.a. "ufullstendig innlevert tilbud" uten å komme inn på vår saks kjerne. Advokatfirma Grette har i fig. notat ikke vurdert eller sett på vår "tilbudsmappe". Ei heller sammenlignet de to utgavene av tilbudsmappa det her strides om.

Da vi har levert tilbudsmappe, men er avvist p.g.a. "manglende tilbudsmappe" er det jo dette som er sakens kjerne. Derfor ser vi ikke at Deres konklusjon er rett. Konklusjonen i notatet fra advokatfirma Grette til oppdragsgiver COWI AS leses grunnet ovennevnte, som om man har mer til hensikt å forsvare en avgjørelse man allerede har tatt, enn å vurdere saken objektivt. Vi ber derfor på nytt om at VITO teknisk entreprenør AS medtas i anbudsvurderingen, og at vi blir invitert til et avklaringsmøte."

- (14) I brev av 22. april 2009 opprettholdt innklagede avvisningen og uttalte for øvrig følgende:

"Det må bemerkes at det foreligger to avvisningsgrunner. Vito teknisk entreprenør AS har vel strengt tatt bare kommentert den ene, nemlig "feil format". Tilbudet avviker også fra tilbudsgrunnlaget i strid med forutsetningene, "ulovlig alternativt tilbud".

Det gjentas at vi ikke har anledning til å legge til grunn hva dere har svart i forhold til rørentreprise. I tillegg til allerede påpekte forhold, vises det til i deres brev at det i dette tilfelle ikke bare foreligger en forveksling av selve skjemaene, men at det innleverte skjema også er utfyllt med rørentreprise for øye. Dette oppfatter vi å være feil.

Det er stilt en rekke konkrete spørsmål i skjemaet for ventilasjonsentreprisen, og vi har ikke anledning til å forskuttere hva Vito teknisk entreprenør AS vill ha svart dersom selskapet hadde besvart dette skjemaet.

[...]

Imidlertid påpekte Advokatfirmaet Grette i sin oversendelse til oss, at VITO tekniske entreprenør AS, lavest oppgitte pris, var basert på et alternativt tilbud."

- (15) I brev av 29. april 2009 kommenterte klager dette slik:

"Vi opprettholder vår protest på avgjørelsen da vi mener å være avvist på feilaktig grunnlag. Innlevert tilbudsmappe må godkjennes. De opplysninger man etterspør er fullt ut ivaretatt i den mappen som er innlevert.

Deres påstand om "ulovelig alternativt tilbud".

Vi stiller oss uforstående til at man benytter begrepet "ulovelig" og samtidig gjør dette til et argument for å avvise oss i konkurransen (les hindre at vårt anbud tas i betraktning sammen med de øvrige). Vi går ut i fra at man sikter til oppstilling om valg og sammenligning av ventilasjonsaggregater. Følgende oppstilling står å lese i vårt anbuds brev a 25.02.09:

"Vi har tilbudt ventilasjonsaggregater fra Novema i henhold til vedlagt spesifikasjon. Løsningen fraviker beskrivelse ved at varmepumpe sitter på varm side av luftstrøm. Beskrevet fabrikat er også vedlagt og denne løsning medfører pristillegg i ovennevnte sum eks mva kr 360.000,-. (Alternativ uten varmepumpeløsning: Type Swegon Gold i henhold til vedlagt spesifikasjon. Fradrag i tilbudssum eks mva kr 600.000,-)."

Forskjellen på priset alternativ og det beskrevne fabrikat er teknisk sett liten. For mange situasjoner så liten at man velger å se bort fra forskjellen som vi her har trukket

frem og behandlet løsningene som likeverdig. Vi valgte likevel å gjøre oppmerksom på forskjellen, slik at byggherre kunne få være med å avgjøre valg av fabrikat. Andre kunne valgt å hevde at aggregat var tilsvarende/ likeverdige. Det beskrevne fabrikat er det eneste alternativet vi kjenner til som leverer slik varmepumpe på kald side. Derfor var det naturlig å trekke frem dette i brevet også, slik at man hadde en reell konkurransesituasjon i hht. lov om offentlige anskaffelser.

Ovennevnte oppstilling sammenligner spesifikt 3 alternative leverandører, som løser oppgaven på 3 individuelle måter. Det er inngitt så eksakte opplysninger som mulig vedr. de forskjellige løsninger, samt vedlagt fullstendige leverandørdata for alternativene. Priset alternativ kommer tydelig frem, og prisdifferanse i forhold til priset utstyr kommer tydelig frem. Hvordan dette kan diskvalifisere vårt anbud er for oss uforståelig. Dette er ingen avvisningsgrunn.

Dere skriver videre at vårt dyreste alternativ vil bli lagt til grunn dersom saken skulle vinne frem. Vi har ingen opplysninger vedr de andre anbydere, men forutsetter at disse også vurderes i henhold til samme fabrikat for ventilasjonsaggregat. Noe som etter normal oppfatning nå er valgt ligger fast som føringer for byggesaken videre uansett utfall av vår sak. Oppstilling i Deres anbudsinnstilling viser at vårt anbud er lavest. Men sier ikke noe om øvrige anbyderes valg av utstyr i forbindelse med summene.”

- (16) Saken ble etter dette brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 30. april 2009. I brev av 14. mai 2009 ble klagegrunnen presisert.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Det bestrides at det var adgang til å avvise klagers tilbud. Dette utdypes nærmere i det følgende:
- (18) Det er ikke riktig at tilbudsmappe manglet, jf. innklagedes begrunnelse for avvisningen i tildelingsmeddelelsen av 24. mars 2009. Etter klagers oppfatning måtte innklagede legge til grunn den tilbudsmappen som forelå. De formelle uklarheter som denne måtte medføre, kan ikke gi grunnlag for avvisning idet disse må anses for å ”gi seg selv”, og de har heller ikke gitt klager noe konkurransefortrinn eller på annen måte påvirket konkurranseforutsetningene. Skjemaene i tilbudsmappene for rør- og ventilasjonstekniske arbeider er identiske, bortsett fra ordene ”rør entreprenør” og ”ventilasjonsemprenør”.
- (19) Etter klagen har innklagede også uttalt at tilbudet må avvises som et ”ulovlig alternativt tilbud”. Da denne avvisningsgrunnen ikke er nevnt tidligere, har klager vanskelig for å tro at dette forhold ble tatt med i den opprinnelige vurderingen av om selskapets tilbud skulle avvises. Det strider derfor mot kravet til likebehandling å ta hensyn til dette nå. Etter klagers oppfatning er klagers alternativ også i høyeste grad lovlig, da alternativet er ettertrykkelig omtalt i klagers tilbudsbrief, samt at det er veldokumentert teknisk og økonomisk. Klager har også fått opplysninger om at valgte leverandør har tilbudt det samme alternativ som klager.

Innklagedes anførsler:

- (20) Etter innklagedes oppfatning var det riktig å avvise klagers tilbud med hjemmel i forskriftens §§ 20-12 og 20-13 (1) bokstav f. Klagers innleverte tilbudsmappe for ventilasjonsemprensen var en kopi av klagers tilbudsmappe for rørentrepreisen. Tilbudet

oppfylte således ikke de krav som var stilt til tilbudets utforming. Viktigheten av å innlevere tilbudsmappe er også uttrykkelig fremhevet i konkurransegrunnlagets punkt 4.

- (21) Tilbud kan til tross for manglende dokumentasjon/utfylling i visse tilfeller likevel godtas dersom tilbudet reelt sett inneholder alle etterspurte forhold. Det er ikke tilfellet i denne saken, da alle opplysningene som er gitt i tilbudsmappen gjelder rørentreprise. En rekke forhold kan ikke innfortolkes. Dette gjelder blant annet prisene angitt i prisskjemaet, indeksreguleringen, erklæringene, eventuelle forbehold og opplysninger om underentreprenører. Det er mao ikke gitt en eneste opplysning med korrekt konkurranse for øyet. Når kommunen forstår at det er sendt inn feil dokument, er det også avtalerettslig høyst tvilsomt om kommunen uten videre kunne hevde at de opplyste forhold skulle gjelde ventilasjonsentreprisen.
- (22) Klagers innsending av tilbudsmappen for rørentreprise må anses som en åpenbar feil, men det var ikke klart hvordan feilen skulle rettes, jf § 21-1 (3). Tilbudet måtte således bedømmes med de feil som forelå. Det var ikke adgang til å avklare forholdet, jf. forhandlingsforbudet i § 21-1 (1) og prinsippet om likebehandling. Hadde innklagede akseptert kopien av rørentreprise tilbudet, ville klager blitt gitt en mulighet til å endre sitt tilbud etter tilbudsfristens utløp og etter at øvrige tilbyderes priser var blitt kjent. Det var ikke mulig å sammenligne klagers tilbud med de øvrige tilbudene, og det forelå således en plikt til å avvise tilbudet.

Sekretariatets vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Basert på opplysningen i konkurransegrunnlagets punkt 3.1. legges det til grunn at anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2, i tillegg til bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69.

Hvorvidt det var riktig å avvise klagers tilbud på ventilasjonsentreprisen

- (24) Slik sekretariatet oppfatter det, er det på det rene at klagers tilbud på ventilasjonsentreprisen besto av et tilbuds brev (som inneholdt opplysninger tilknyttet ventilasjonsentreprisen) og en kopi av tilbudsmappen som gjaldt rørentreprise (som klager også hadde innlevert tilbud på). Tilbudsmappene tilknyttet begge kontraktene var altså identiske.
- (25) Av forskriftens § 11-11 (1) bokstav f fremgår det at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.
- (26) Etter å ha gjennomgått tilbudsmappene som innklagede hadde utarbeidet til bruk for h.h.v. rørentreprise og ventilasjonsentreprisen ser sekretariatet at disse er identiske bortsett fra at mappene har forskjellig overskrift på forsiden (h.h.v. "K-300 Rørtekniske arbeider" og "K-360 Ventilasjonstekniske arbeider"), og at det på side 6 i hver av mappene under reguleringen av tekniske bestemmelser står h.h.v. "rørtekniske arbeider" og "ventilasjonstekniske arbeider". Det kan derfor reises spørsmål ved om innklagede ville hatt plikt til å avvise klagers tilbud dersom det var slik at klager kun hadde fylt ut/benyttet feil tilbudsmappe ved inngivelsen av selskapets tilbud. Dette er imidlertid ikke tilfellet i denne saken. Det som er tilfellet her er at klager har vedlagt tilbudet på

ventilasjonsentreprisen en kopi av tilbudsmappen som gjaldt rørentreprisen. Denne mappen inneholder altså blant annet klagers priser for rørentreprisen, opplysninger om forbehold, underentreprenører osv. Dette er opplysninger som det ikke uten videre kan legges til grunn at er identiske for to ulike kontrakter. I tillegg er det også på det rene at i alle fall den totalprisen som klager oppga i tilbudsmappen ikke er riktig, idet denne avviker fra den totalprisen som klager anga i tilbudsbrevet for ventilasjonsentreprisen. Videre er det etter sekretariatets syn også tvilsomt at de øvrige prisene (for regningsarbeider og prisstigning) kan være riktige. Dette innebærer at klagers tilbud må anses ufullstendig hva gjelder disse opplysningene. Når aktuelle opplysninger ikke er gitt, innebærer dette videre at innklagede ikke hadde mulighet til å bedømme klagers tilbud i forhold til de øvrige tilbudene, hvilket igjen innebærer at innklagede hadde en plikt til å avvise klagers tilbud etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav f. Innklagedes avvisning av klagers tilbud må derfor anses fullt ut i samsvar med regelverket.

- (27) Når det foreligger plikt til avvisning, er oppdragsgiver videre avskåret fra å avklare forholdet, jf. forskriftens § 12-1 (2) bokstav a, hvor det heter at: *”Avklaring skal unnlates dersom uklarhetene eller ufullstendighetene er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 11-11 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet).”* Etter sekretariatet syn, forelå det heller ikke anledning for innklagede til å rette forholdet, jf. tredje ledd i § 12-1, hvor det heter at: *”Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes. Andre åpenbare feil vurderes etter regelen i § 11-11 avvisning på grunn av forhold ved tilbudet).”*
- (28) Basert på dette finner sekretariatet at klagen ikke kan føre frem, og den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Videre innebærer dette også at det ikke er nødvendig å ta stilling til om klagers tilbud også skulle vært avvist som følge av at det måtte anses som et ulovlig alternativt tilbud.

Med vennlig hilsen

Erlend Pedersen
Rådgiver

Kopi: Innklagede