



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggskontrakt i forbindelse med etablering av ny industripark sør for Aksdal sentrum. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp. Nemnda kom videre til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 28. mars 2011 i sak 2010/203

Klager: Flage Maskin AS

Innklaget: Tysvær kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Bjørg Ven

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

(1) Tysvær kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. november 2008 en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av bygge- og anleggskontrakt i forbindelse med etablering av ny industripark sør for Aksdal sentrum.

(2) Fra konkurransegrunnlaget punkt 1.6 "Vedståelsesfrist" hitsettes:

"Leverandøren er bundet av anbudet til tirsdag 26. mai 2009 kl. 24.00 (4 måneder etter anbudsfristen). Dersom anbudsfristen skulle bli utsatt, forskyves vedståelsesfristen tilsvarende."

(3) Innen fristen 26. januar 2009 kl 13.00 kom det inn ni tilbud, herunder tilbud fra Flage Maskin AS (heretter kalt klager) og Risa AS (heretter kalt valgte leverandør).

(4) Innklagede anmodet tre av tilbyderne, herunder klager og valgte leverandør, om å forlenge vedståelsesfristen ved brev 22. september 2009. Fra brevet refereres:

"Tysvær kommune har vært nødt til å ta en grundig økonomisk gjennomgang av prosjektet i forhold til interessenter og fremtidsplaner for området. Tysvær kommune beklager at dette har tatt lengre tid enn planlagt. Men det er nå blitt gjort et vedtak i formannskapet sak 3655/2009 om å gå videre med prosessen i å få realisert utbyggingen av Aksdal Industripark.

Tysvær kommune ønsker i denne forbindelse å få vite om de 3 beste rangerte anbyderne vil kunne stå ved den anbudsprisen som ble levert inn ved fristens utløp den 26. januar 2009. Dette vil da bli grunnlaget for den videre tildelingen/kontraktsforhandlingen med Tysvær kommune."

- (5) Fra saksframlegg til formannskapet og kommunestyret 9. november 2009 hitsettes:

”Rådmannen framlå i april 2009 sak om opplegg for vidare arbeid med Aksdal Industripark.

[...]

Det vart i saka tilrådd å avbryte anbodskonkurransen for parken, grunngjeve med at det er altfor stor økonomisk risiko for kommunen å gjennomføre utbygginga før det er dokumentert tilstrekkeleg kjøparinteresse for areala i parken.

Det vart likevel tilrådd å vidareføre arbeidet med å få opna parken for utbygging så raskt som muleg, då det er lite slike næringsareal for sal i ytre deler av Haugalandet og registrert betydeleg interesse frå lokalt og regionalt næringsliv for å etablere seg i parken. [...]

Som eit resultat av vedtaket i formannskap sak 110/09 har rådmannen innhenta skriftleg erklæring frå dei 3 entreprenørane som har gitt inn dei lågaste prisane for opparbeiding av entrepriser 1, 2 og 3. Dei aktuelle entreprenørar har sagt seg villig til å stå fast med sine priser fram til 01.01.10. Vidare har rådmannen bedt om ein konkret framdriftsplan frå den enkelte tilbydar.

[...]

Som ein kan sjå av tabellen er det kun Risa AS som er blant dei tre rimeligaste i alle tre entreprisane. Med unntak av entrepriser 1 og 2 har Risa AS også lågast anbudspris. Men då lågaste anbudspris i entrepriser 1 og 2 er en korrigert og levert etter anbudsfristen, bør ein sjå bort frå denne.

Administrativt kan der vere ein fordel at alle entreprisane vert tildelt ein entreprenør. Norconsult AS anbefaler derfor at Aksdal Industripark entrepriser 1, 2 og 3 tildeles Risa AS.”

- (6) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 18. januar 2010.

- (7) Fra meddelelse om tildeling ved brev 18. mars 2010 hitsettes:

”Norconsult har på vegne av Tysvær kommune evaluert innkomne anbud. Prosjektet ble noe forsinket i forhold til tiltenkt oppstart. Etter en total gjennomgang av tilbudene med kriterier for valg av tilbud, er Risa AS valgt til opparbeidelse av grunnarbeider for Aksdal Industripark entrepriser 1, 2 og 3.

- (8) Klager anmodet om begrunnelse for valg av leverandør ved brev 31. mars 2010. Fra brevet hitsettes:

”Det er i brev av 18. mars 2010 varslet valg av entreprenør i konkurransen. Begrunnelsen som er gitt fyller imidlertid ikke vilkårene i forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3, jf § 11-14 (1). [...] Begrunnelsen skal videre inneholde en klagefrist. Innen klagefristens utløp skal kontrakt ikke inngås.”

- (9) Fra innklagedes svar ved brev 21. juli 2010 refereres:

"I konkurransegrunnlaget er det angitt at anbudet skal splittes i avgiftspliktige (materialer) og avgiftsfrie (arbeider) poster, slik at kommunen direkte kan trekke fra mva. iht. regelverket fra skattekontoret. Dette gjelder spesielt vegarbeider og grøftarbeider i veg/drenering av vegarealer. Entreprenørene konkurrerer da på å ha lavest materialkostnader i postene.

Som eneste entreprenør av totalt 9 anbydere valgte Flage Maskin AS å ikke prise poster som var avgiftsfrie. Flage Maskin har derfor ikke besvart ca. 85 poster i anbudsgrunnlaget. Dette medfører at anbudet ble ufullstendig og ikke mulig å sammenligne med de øvrige anbud. Flage Maskin så selv feilen etter anbudsåpningen og ettersendte en korrigert anbudsfil til Norconsult. Denne filen inneholdt imidlertid feil, da sum eks. mva. var redusert i forhold til mottatt anbud.

I henhold til Forskrift om offentlige anskaffelser § 12-1 er det i en åpen anbudskonkurranse ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. [...]

Som følge av dette anbefalte Norconsult i brev til Tysvær kommune datert 3. februar 2009 å avvise Flage Maskin på dette grunnlag. Tysvær kommune unnlot imidlertid å informere Flage Maskin om dette, noe som medførte at firmaet ble medtatt i de videre evalueringer. Siden det ikke var anledning til å forhandle/avklare pris, ble det lagt merverdiavgift på samtlige poster.

[...]

Valget av tildeling av entreprise 3 til Risa AS framfor Flage Maskin AS, er begrunnet ut fra laveste pris og leveringssikkerhet."

(10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 1. juli 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede har tildelt kontrakt til valgte leverandør etter vedståelsesfristens utløp og med dette foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. På det tidspunktet tilbyderne ble bedt om å stå ved sine tilbudspriser, var de inngitte tilbud ikke lenger bindende. Etter klagers oppfatning er det ikke anledning til å forlenge vedståelsesfristen på denne måten. Det er heller ikke tilstrekkelig at de tre beste tilbyderne forlenget vedståelsesfristen. En eventuell forlengelse må være tydelig og konkret.
- (12) Klager ber om at klagenemnda behandler og vurderer de anførsler som fremsettes, selv om nemnda skulle komme til at konkurransen skulle vært avlyst. Det har betydning både for klager og innklagede å få avklart hvorvidt gjennomføringen av anskaffelsen, som er fortatt av et konsulentfirma, er i strid med forskriftens krav. Kontrakt er dessuten inngått, og avlysing er ikke lenger et relevant alternativ.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede anfører at inngåelse av kontrakt etter utløp av vedståelsesfristen ikke kan anses som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (14) Ut fra den betraktning at det her er tale om en åpen anbudskonkurranse der alle tilbyderne i forbindelse med tilbudsåpninger var blitt kjent med hverandres priser, samt det forhold at innklagede ikke hadde tid til å avvente ny anbudsrunde, anså innklagede det som forsvarlig å fortsette den opprinnelige anbudskonkurranse, forutsatt at tilbyderne aksepterte forlenget vedståelsesfrist. Anmodning om forlenget vedståelsesfrist ble sendt til de tre tilbyderne med lavest pris. Samtlige av disse aksepterte forlenget vedståelsesfrist, herunder klager. Klager har ved å akseptere forlenget vedståelsesfrist fraskrevet seg retten til å påberope seg dette forhold.
- (15) Innklagede mener at det ikke er gitt at klagenemndas praksis er i samsvar med EØS-regelverket. Det vises til at selv om en konkurranse sluttføres etter vedståelsesfristens utløp, er hensynet til konkurranse ivaretatt ettersom konkurransen er kunngjort. Anskaffelsesdirektivene gir ikke direkte svar på hvorvidt inngåelse av en kontrakt etter at vedståelsesfristen er løpt ut skal anses som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (16) Innklagede viser videre til at forskriften § 14-4 gir adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene og alle leverandørene som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta. I disse tilfellene får leverandørene altså adgang til å levere nye, endrede tilbud.
- (17) Innklagede mener derfor at det på bestemte vilkår må være adgang til å slutføre en kunngjort konkurranse, til tross for at vedståelsesfristen er løpt ut. I likhet med tilfellene beskrevet i § 14-4, er den opprinnelige konkurransen kunngjort. Til forskjell fra disse tilfellene, vil ikke prosedyreformen endres fra anbudskonkurranse til forhandlet prosedyre etter at vedståelsesfristen er løpt ut. Det er heller ikke nødvendig å levere nye, endrede tilbud. Oppdragsgiver fortsetter derimot den opprinnelige konkurransen. Det er derfor Tysvær kommunes oppfatning at EU/EØS-retten ikke er til hinder for at det i gitte situasjoner åpnes for å akseptere forlenget vedståelsesfrist selv om opprinnelig vedståelsesfrist er utløpt. I foreliggende sak var dette påkrevd på grunn av den åpne anbudskonkurranse.

- (18) På bakgrunn av det resultat nemnda er kommet til, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 (2). Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt og følger etter sin verdi forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (20) Klager har anført at inngåelsen av kontrakt med valgte leverandør etter at vedståelsesfristen var løpt ut, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

- (21) Nemnda har i flere saker lagt til grunn at oppdragsgiver har en plikt til å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, jf. sakene 2010/17, 2008/23 og 2007/5. Denne plikten er nærmere konkretisert i nemndas sak 2007/153. Her fremgår det at oppdragsgiver, innen fristen, enten må inngå kontrakt, avslutte konkurransen ved avlysning eller totalforkastelse, eller oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen.
- (22) Nemnda har tidligere uttalt at en tilbyder gyldig kan forlenge sin vedståelsesfrist muntlig, skriftlig eller ved konkludent atferd, jf. sak 2008/13 (premiss 30) med videre henvisninger, og sak 2008/217 (premiss 79). Forlengelsen må skje mens tilbudet ennå er bindende, jf. premiss over. Vedståelsesfristen er en ensidig bindende disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2005/267 og 2005/64.
- (23) Dersom fristen først er gått ut, står oppdragsgiver uten bindende tilbud i den kunngjorte konkurransen, og dette kan ikke repareres ved at oppdragsgiver etter vedståelsesfristens utløp, oppfordrer tilbyderne til å forlenge fristen. Når konkurransen er avsluttet ved at oppdragsgiver står tilbake uten bindende tilbud, kan kontrakt ikke tildeles uten at det gjennomføres en ny konkurranse, jf. nemndas uttalelse i sak 2010/17 og sak 2008/23 med videre henvisninger.
- (24) I foreliggende sak skulle tilbyderne vedstå seg tilbudet til 26. mai 2009, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.6 "*Vedståelsesfrist*".
- (25) Innklagede anmodet tre av tilbyderne med lavest pris om å forlenge vedståelsesfristen ved brev 22. september 2009 uten å angi tidspunkt for forlengelsens utløp. Av saksframlegg 9. november 2009 til formannskapet og kommunestyret framgår at vedståelsesfristen skal ha blitt forlenget til 1. januar 2010.
- (26) Tilbydernes aksept av forlenget vedståelsesfrist i etterkant av innklagedes brev 22. september 2009, som må ha blitt avgitt cirka fem måneder etter at fristen løp ut 26. mai 2009, kan ikke få den virkning at tilbudet igjen kan anses bindende i den kunngjorte konkurransen, jf. sakene 2010/17 (premiss 33) og 2008/23 (premiss 15). Når innklagede ikke ba om forlengelse av vedståelsesfristen før denne gikk ut, er det, dermed et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Innklagedes feil kan i dette tilfellet ikke repareres på annen måte enn at konkurransen lyses ut på ny, jf. sakene 2010/17 og 2008/23.
- (27) Innklagedes unnlatelse av å oppfordre samtlige tilbydere til å forlenge vedståelsesfristen, innebærer også et brudd på kravet til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5, jf. sakene 2010/17 og 2009/245.
- (28) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 18. januar 2010, altså etter at den nye vedståelsesfristen også var utløpt. Nemnda må så ta stilling til hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelsen av kontrakten med valgte leverandør, idet tilbudet ikke var bindende.
- (29) I slike saker er fristen for å klage to år fra avtaleinngåelse, jf. klagenemndforskriften § 13a andre ledd, jf. anskaffelsesloven § 7b tredje ledd. Avtale ble inngått 18. januar 2010 og klagefristen er overholdt.

- (30) Etter loven § 7b kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring, jf. loven § 7b, forskriften § 9-1, jf. § 2-1.
- (31) Nemnda har tidligere lagt til grunn at en kontrakt som inngås etter at vedståelsesfristen er utløpt, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/17 (premiss 40) og 2007/108 (premiss 33-43) med videre henvisninger.
- (32) I foreliggende sak utløp vedståelsesfristen 26. mai 2009, og kontrakt ble inngått 18. januar 2010. Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått etter vedståelsesfristens utløp, og det foreligger dermed en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b.
- (33) Nemnda må deretter vurdere hvorvidt skyldkravet i loven § 7 er oppfylt.
- (34) Skyldkravet ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b beskrevet som at oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.
- (35) I Ot. prp. nr 62 (2005-2006) er dette kommentert på følgende måte:
- "Det er et vilkår for å illegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsomt eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse rettsuvitenhet som grovt uaktsomt. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og innsikt."*
- (36) Spørsmålet blir om innklagede, ved at kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristen utløp, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.
- (37) I foreliggende sak utløp vedståelsesfristen 26. mai 2009. Innklagede anmodet tre av tilbyderne om å forlenge vedståelsesfristen ved brev 22. september 2009, altså om lag fem måneder etter at vedståelsesfristen var løpt ut. Det kan ikke anses tvilsomt at innklagede, på dette tidspunktet, var oppmerksom på at vedståelsesfristen var løpt ut. Innklagede inngikk deretter kontrakt med valgte leverandør 18. januar 2010, omlagt åtte måneder etter vedståelsesfristens utløp, og til tross for at også den *"forlengede"* vedståelsesfristen 1. januar 2010 var løpt ut på dette tidspunktet. Etter nemndas syn forelå det ikke tvil om at konkurransen skulle vært lyst ut på ny. Innklagedes handlemåte må etter dette i det minste anses som grov uaktsom. Skyldkravet i loven §7b første ledd er dermed oppfylt.
- (38) Av loven § 7b første ledd følger det at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, *"forsettlig eller grovt uaktsomt"* foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren*

har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning. ”.

- (39) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *”for å sikre større etterlevelse av regelverket”*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker 2009/8 (premiss 8) og 2008/221 (premiss 38).

- (40) I sak 2007/90 (premiss 52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelse:

”[...] Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser. [...] ”

- (41) Klagenemnda har i flere saker om ulovlige direkte anskaffelser kommet til at det ikke skal ilegges gebyr. I sak 2007/108 var det kunngjort en konkurranse med forhandling for prekvalifiserte leverandører, men kontrakt ble først inngått etter utløpet av vedståelsesfristen. Kontraktsinngåelsen ble på denne bakgrunn ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Fra begrunnelsen for ikke å ilegge gebyr hitsettes:

”Bakgrunnen for innføringen av overtredelsesgebyr var at det ble avdekket at mange kontrakter ikke ble kunngjort. Manglende kunngjøring av anskaffelser fører til at det ikke blir konkurranse om oppdragene, og dermed mindre kostnadseffektive innkjøp. I dette tilfellet var kvalifikasjonsordningen kunngjort i overensstemmelse med reglene for dette i forsyningsforskriften. Alle aktuelle leverandører oppført i TransQ systemet har derfor allerede hatt anledning til å inngi sine tilbud. Hensynet til konkurranse er dermed ivaretatt. Virkningen av at vedståelsesfristen utløp begrenser seg til at innklagede skulle gjort en ny vurdering etter allerede fastsatte tildelingskriterier overfor dem som allerede hadde deltatt i konkurransen, mest trolig uten andre eller nye momenter for tildelingen. At innklagede ikke gjennomfører ny konkurranse vil dermed ha liten - om noen betydning overhodet - i forhold til de hensyn som ligger til grunn for kravet om kunngjøring og konkurranse.”

- (42) Ettersom anskaffelsen av bygge- og anleggskontrakt om entreprise 3 i forbindelse med etablering av ny industripark sør for Aksdal sentrum ble kunngjort, er hensynet til konkurranse ivaretatt. Det har vært reell konkurranse om oppdraget og prosessen har foregått i åpenhet. Feilen består i at kontrakten ble inngått nesten åtte måneder etter at vedståelsesfristen løp ut. Når konkurransen er kunngjort, er ikke overtredelsen av den type som i første rekke tilsier en sanksjon med overtredelsesgebyr, jf. klagenemndas sak 2007/108 sitert ovenfor. Klagenemnda har derfor i tidligere saker, der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse utelukkende på grunnlag av at vedståelsesfristen er utløpt, vært tilbakeholdne med å ilegge overtredelsesgebyr, jf. blant andre sakene 2010/17, 2009/210 og 2008/107.

- (43) På denne bakgrunn er klagenemnda, etter en helhetsvurdering, kommet til at det ikke bør ilegges gebyr i denne saken.
- (44) Avslutningsvis bemerkes at når nemnda er kommet til at konkurransen skulle vært avlyst, anses det som hovedregel ikke hensiktsmessig å ta stilling til klagers øvrige anførsler. Nemnda finner i foreliggende sak heller ikke grunn til å fravike denne hovedregel, selv om klager har anmodet om det.

Konklusjon:

Tysvær kommune har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp.

Tysvær kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser,
28. mars 2011

Björg Ven