



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av kalkleveranser og håndtering av filterstøv. Anskaffelsen var kunngjort ved bruk av kunngjøringsskjemaet for forskrift om offentlige anskaffelser, men var opplyst å følge forsyningsforskriften del II. Ut fra anskaffelsens anslåtte verdi, fulgte imidlertid anskaffelsen forsyningsforskriften del I. Innklagede gjennomførte konkurransen som en ett-trinns forhandlet konkurranse og klagenemnda viste til at dette var i strid med forsyningsforskriften del II. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist fordi valgte leverandør ikke hadde innlevert anmodning om deltakelse innen fristen. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 23. april 2012 i sak 2010/318

Klager: Franzefoss Miljøkalk AS

Innklaget: Returkraft AS

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør, frist for mottak av forespørsel om å delta

Bakgrunn:

- (1) Rambøll Norge AS kunngjorde 29. mars 2010 på vegne av Returkraft AS (heretter kalt innklagede) en konkurranse med forhandling for anskaffelse av kalkleveranser og håndtering av filterstøv. CPV-klassifisering for hoved-anskaffelsen var oppgitt til 44921200, og 42320000 for tilleggs-leveransen. Videre var det oppgitt i punkt II.1.8 at det skulle gis tilbud på en eller flere delleveranser. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at anskaffelsen fulgte forsyningsforskriften del II, og at avtalen hadde en varighet på to år med opsjon på ett år. Det fremgår av den udaterte anskaffelsesprotokollen at anslått verdi for anskaffelsen var kroner 3 millioner.
- (2) Konkurransen var kunngjort i skjemaet som gjelder anskaffelser som følger forskrift om offentlige anskaffelser del III. I kunngjøringen var det krysset av for at det skulle benyttes en faseoppdelt prosedyre for gradvis å redusere antall løsninger som skulle drøftes eller tilbud det skulle forhandles om. Videre var det oppgitt at planlagt antall tilbydere var tre. Av punkt IV.3.3. fremgikk det at forespørsel om utlevering/tilgang til konkurransegrunnlag eller andre dokument måtte være mottatt før 22. april 2010. Tidsfrist for "mottak av tilbud eller anmodning om deltakelse" var oppgitt til 23. april 2010. Frist for å sende ut invitasjon til å inngi tilbud eller deltakelse til utvalgte tilbydere var også oppgitt til 23. april 2011.
- (3) I kunngjøringens punkt III.2 "Kvalifikasjonskrav" var det oppgitt dokumentasjonskrav for krav til tilbyders "organisatoriske og juridiske stilling". Vedrørende

dokumentasjonskrav for tilbyders "økonomiske og finansielle kapasitet" og "tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner" var det henvist til konkurransegrunnlaget.

- (4) Vedlagt kunngjøringen var "Kvalifikasjons- og konkurransegrunnlag" (konkurransegrunnlaget). Under konkurransegrunnlagets punkt 2 "Krav til leverandørens kvalifikasjoner" var det oppstilt "Obligatoriske krav" under punkt 2.1, "Finansielle kvalifikasjoner" under punkt 2.2 og videre "Tekniske/faglige kvalifikasjoner" under punkt 2.3. Det fremgikk følgende innledningsvis:

"Tilbyder skal ha en organisasjon som er egnet til å sikre at kontraktsforpliktelsene oppfylles i hele kontraktperioden. Av denne grunn stilles krav til tekniske kvalifikasjoner og økonomisk og finansiell styrke.

Tilbyder skal i sitt tilbud beskrive og dokumentere sine kvalifikasjoner i den rekkefølge og på den måte som etterspørres nedenfor. De tilbydere som oppfyller de nevnte kvalifikasjonskrav, vil få sine tilbud vurdert."

- (5) På første side av konkurransegrunnlaget fremgikk det at frist for å melde om deltakelse var 23. april 2010, og tilbudsfrist var oppgitt til 4. mai 2010. Det fremgikk videre under konkurransegrunnlagets punkt 3.2 "Bekreftelse på mottak av forespørseldokumentene" at:

"Tilbyder skal bekrefte mottakelsen av forespørseldokumentene, og bekrefte at han har til hensikt å sende inn et tilbud (alternativt ikke vil gi tilbud). Tilbyders kontaktperson skal navngis ved å sende e-post til kontaktperson oppgitt i kap. 3.4 snarest etter mottagelsen av forespørseldokumentene."

- (6) I konkurransegrunnlaget fremgikk det av punkt 4 at tilbudet skulle bestå av:

"Oversendelsesbrev (signert)

Del I Kvalifikasjoner : Dokumentasjon på kvalifikasjoner

Del II Tilbudsbrev : Beskrivelse av leveransen

Del III Vederlag : Priser

Eventuelle vedlegg (brosjyrer o.l.)"

- (7) Videre fremgikk det følgende under punkt 5.4 "Planlagt fremdrift":

"Tidsplanen er kun ment som et utkast som informasjon til tilbyder og er ikke bindende for oppdragsgiver.

24.03.2010: Kunngjøring

22.03.2010: Eventuell befaring på anlegget kl 1000

23.04.2010: Frist for spørsmål

23.04.2010: Frist for melde fra om deltakelse

04.05.2010: Tilbudsfrist

Evaluering

06-07.05.2010: *Forhandlinger*

10.05.2010: *Tildeling*"

- (8) I henhold til konkurransegrunnlaget punkt 5.1, skulle kontrakt tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "*Pris*" og "*Leveringstid/sikkerhet*".

- (9) Franzefoss Miljøkalk (heretter kalt klager) sendte e-post til innklagede 14. april 2010 hvor det fremgikk følgende:

"Vi bekrefter å ha mottatt kvalifikasjons- og konkurransegrunnlagsdokumenter fra DOFFIN.no for følgende to anbudskonkurranser for prosjekter hos Returkraft:

A Kalkleveranser og Håndtering av filterstøv

B Aktivt Kull

Vi kommer til å besvare begge forespørsler"

- (10) I e-posten var det så vidt klagenemnda kan se ikke vedlagt dokumentasjon for klagers oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (11) I anskaffelsesprotokollen var det under "*Frister, jf. FOA del II kap 10*" oppgitt at frist for deltakelse var 23. april 2010, og at tilbudsfrist var 4. mai 2010. I anskaffelsesprotokollen fremgikk det videre at syv leverandører hadde blitt forespurt/bedt om kvalifikasjonsgrunnlag, og at tre hadde levert søknad, herunder klager og Faxe Kalk AS (heretter kalt valgte leverandør). I klagers tilbud av 29. april 2010 var dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene vedlagt. Ved opplisting av leverandører som hadde bedt om kvalifikasjonsgrunnlag var det notert at valgte leverandør var "*påmeldt 27/4*". Det fremgikk videre at det ble foretatt søknadsåpning 4. mai 2010, og videre at samtlige tre tilbydere deltok etter prekvalifisering. Tilbudsåpning var også oppgitt til å være 4. mai 2010. Videre fremgikk det at kun klager og valgte leverandør hadde levert tilbud på kalk, hvor valgte leverandør var rangert som nummer én og klager som nummer to. Klager var rangert som nummer én for filterstøv.
- (12) Innklagede har opplyst at kontrakt ble inngått med valgte leverandør 3. september 2010.
- (13) I brev fra innklagede datert 15. oktober 2010 ble det vist til brev fra klager datert 27. september 2010, hvor klager hadde anført at valgte leverandør skulle vært avvist. Innklagede fremhevet at det ikke var invitert til konkurranse med forutgående prekvalifisering, og at dette fremgikk av konkurransegrunnlaget. Videre fremgikk at samtlige tilbud først ble åpnet ved tilbudsfristens utløp 4. mai 2010, og at evalueringen av kvalifikasjonskriteriene og tildelingskriteriene skjedde samtidig. Videre hitsettes:

"Vi er ikke uenig i at en oppdragsgiver som utgangspunkt har plikt til å avvise en leverandør som inngir søknad om deltakelse etter fristens utløp. I vår sak ble det imidlertid ikke invitert til deltakelse til prekvalifisering. KOFA-sak 2008-201 er således ikke sammenlignbar med vår sak, da denne saken gjaldt spørsmål om en prekvalifiseringssøknad var for sent innkommet.

Det forhold at Faxe AS har meldt sin deltakelse 4 dager for sent har således ikke hatt noen betydning for konkurransen. Det vises i den forbindelse til at tilbudene ikke ble åpnet før tilbudsfristen var utløpt 4. mai 2010. Til dette kommer at det i konkurransegrunnlaget var tatt uttrykkelig forbehold om at planlagt fremdrift, herunder fristen for å melde fra om deltakelse, kun var ment som et utkast."

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 17. november 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise valgte leverandør. Det vises til at verken anmodning om å få utlevert konkurransegrunnlaget eller anmodning om å få delta i konkurransen ble gitt innen fristen. Det anføres at innklagede skulle avvist valgte leverandørs forespørsel om å delta, og under enhver omstendighet avvist valgte leverandørs tilbud.
- (16) Ved konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften må oppdragsgiver følge en prosedyre i to trinn, hvor det først skal foretas en utvelgelse av leverandører, og det er kun disse som får levere tilbud. Innklagede har imidlertid gjennomført konkurransen i ett trinn, hvor alle som anmodet om å delta fikk utlevert kvalifikasjons- og konkurransegrunnlaget og fikk anledning til å levere tilbud. Det ble ikke gjennomført en forutgående vurdering av leverandørens kvalifikasjoner. Innklagede satt imidlertid en frist for anmodning om å delta, i samsvar med forsyningsforskriftens krav, og innklagede var bundet av denne fristen.
- (17) Det fremgår av forsyningsforskriften § 9-2 at det skal settes frist for mottak av forespørsel om å delta, og fristen som fastsettes er bindende. Dette er uttrykkelig presisert i forskriften § 20-12 (1) bokstav d, men selv uten denne bestemmelsen ville det samme fulgt av likebehandlingsprinsippet, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/201 premiss (27) og praksis fra den danske Konkurrencestyrelsen i sak av 29. mai 2007. Plikten til å avvise er ubetinget og beror ikke på skjønnsmessige eller vanskelige vurderinger. Dersom innklagede hadde behov for å endre fristen skulle dette vært gjort ved en endring i kunngjøringen, slik at også andre potensielle tilbydere hadde fått denne informasjonen.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede bestrider å ha brutt lovens krav til likebehandling og forutberegnelighet.
- (19) En forutsetning for avvisningsplikt er at innklagede hadde satt en frist for å delta i en forutgående prekvalifisering, noe som ikke var tilfellet i den foreliggende sak. Heller ikke klager har oppfattet konkurransegrunnlaget slik. Fristen var satt av informativ art fordi innklagede ønsket å vite hvor stor interessen ville bli. Det var kun klager som meldte sin interesse om deltakelse innen fristen 23. april 2010. Det var fremhevet i konkurransegrunnlaget at tidsplanen hvor fristen fremkom var ment som et utkast og ikke var bindende for oppdragsgiver. Alle leverandører har også fått like lang tid til å forberede seg og legge frem tilbud.

- (20) Det bestrides under enhver omstendighet at en eventuell feil er å anse som et vesentlig brudd på anskaffelsesregelverket. Uansett ville konkurransen blitt avlyst på grunn av manglende reell konkurranse dersom innklagede hadde avvist valgte leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kalkleveranser og håndtering av filterstøv, og er kunngjort som en vareanskaffelse. Anskaffelsens anslåtte verdi er i anskaffelsesprotokollen angitt til kroner 3 millioner, hvilket i utgangspunktet skulle innebære at anskaffelsen i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) 7. april 2006 del I, jf. §§ 1-2, 1-3, 2-1 (2) og 2-3 (1) bokstav a.
- (22) I konkurransegrunnlagets punkt 1.2 fremgikk det imidlertid at anskaffelsesverdiene ble ansett for å ligge over terskelverdiene, og at forsyningsforskriftens del II dermed kom til anvendelse. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at anskaffelsen som utgangspunkt reguleres av forsyningsforskriften del II, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/130 premiss (14) hvor nemnda fant at innklagede i konkurransegrunnlaget hadde bundet seg overfor tilbyderne til å følge forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (forskriften) del III, selv om anskaffelsen i utgangspunktet fulgte forskriftens del II. Det tilføyes også at konkurransen ble kunngjort i kunngjøringskjemaet som gjelder forskrift om offentlige anskaffelser del III.
- (23) I det foreliggende tilfellet var det i både kunngjøring og konkurransegrunnlag oppgitt at frist for å melde om deltakelse var 23. april 2010. I kunngjøringen var det også satt frist til 22. april 2010 for anmodning om å få utlevert konkurransedokumentene. Valgte leverandør ba ikke om å få utlevert konkurransedokumentene før 27. april 2010, fem dager etter den angitte fristen, men dette kan ikke gi grunnlag for avvisningsplikt slik klager hevder.
- (24) Valgte leverandør innleverte heller ikke anmodning om deltakelse i konkurransen før 27. april 2010, fire dager etter de oppstilte fristene. Problemstillingen er hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at anmodning om deltakelse ble levert fire dager for sent.
- (25) Forsyningsforskriften § 9-2 (1) forutsetter at det skal settes en tidsfrist for forespørsel om å delta ved gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften del II. I forsyningsforskriften § 10-2 forutsettes det videre at det ved konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften del II først skal foretas en utvelgelse av hvilke leverandører som skal få delta i konkurransen, og at disse deretter inviteres til å inngi tilbud. Frist for anmodning om deltakelse etter forsyningsforskriften § 9-2 (1) relaterer seg til den forutgående prekvalifiseringen. I denne forbindelse er det grunn til å nevne at slik klagenemnda forstår faktum, så leverte heller ikke klager inn dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene innen denne fristen. Slik dokumentasjon ble innlevert senere, i klagers tilbud av 29. april 2010.
- (26) Konkurranse med forhandling uten forutgående prekvalifisering er ikke en konkurranseform etter forsyningsforskriften del II. Innklagede har imidlertid gjennomført konkurransen uten forutgående prekvalifisering. Konkurransegrunnlaget inneholdt også informasjon som er mest nærliggende å forstå på den måten at

innklagede ville gjennomføre konkurransen uten forutgående prekvalifisering. Disse forhold er påpekt av klager, men ikke anført som et selvstendig brudd på regelverket. Klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å ta stilling til konsekvensene av dette.

- (27) I det foreliggende tilfellet var det både i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget oppstilt en frist for anmodning om å delta. Ut fra sammenhengen synes det imidlertid som at innklagede har ment, og at partene har forstått, at denne fristen skulle ses i sammenheng med konkurransegrunnlaget punkt 3.2; *"Bekreftelse på mottak av forespørseldokumentene."* Her var tilbyderne bedt om å *"bekrefte mottakelsen av forespørseldokumentene, og bekrefte at han har til hensikt å sende inn et tilbud (alternativt ikke vil gi tilbud)."*
- (28) I det foreliggende tilfellet må konkurransegrunnlaget forstås på den måten at innklagede ville gjennomføre en konkurranse med forhandling i ett-trinn, og dermed ikke skulle gjennomføre en forutgående prekvalifisering av tilbyderne.
- (29) I EU-direktiv 17/2004 (forsyningsdirektivet) artikkel 45 (3) og EU-direktiv 18/2004 (anskaffelsesdirektivet) artikkel 38 (3) er det oppstilt krav til tidsfrister ved forhandlet konkurranse.
- (30) Av anskaffelsesdirektivet fremgår det i artikkel 44 (3) at tilbydere som ikke har bedt om å delta ikke kan inkluderes i forhandlingene, som tilsier at bare tilbydere som har levert forespørsler som mottas innen fristen kan anses som kvalifisert og kan delta i konkurransen, jf. Steinicke/Groesmeier *"EU's Udbudsdirektiver"* side 1013 og Arrowsmith *"The Law of Public and Utilities Procurement"* side 460. Arrowsmith argumenterer imidlertid på side 460-461 for at et slikt synspunkt kan kritiseres, og at en bedre forståelse er at anmodninger mottatt etter fristen kan aksepteres fordi fristene kun er satt for innklagedes egen bekvemmelighet. Arrowsmith fremholder videre at hensynet til konkurranse ikke kan tas til inntekt for en streng frist, og at oppdragsgiver uansett må kunne tillate for sent innkomne anmodninger i spesielle tilfeller, som hvor oppdragsgiver selv er skyld i feilen.
- (31) Forsyningsdirektivet inneholder ikke regler tilsvarende anskaffelsesdirektivets artikkel 44 (3), om at tilbydere som ikke har bedt om å delta ikke kan inkluderes i forhandlingene. Slike regler er heller ikke gitt i forsyningsforskriften. Dette kan tilsi at forsyningsdirektivet ikke inneholder en absolutt regel om at anmodninger om å delta i konkurransen som fremmes for sent, skal føre til avvisning, men at spørsmålet i stedet må avgjøres ut ifra de grunnleggende prinsippene.
- (32) Ettersom klager ikke vedla dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene innenfor fristen, har heller ikke klager levert anmodning om deltakelse innen fristen i relasjon til forsyningsforskriften § 9-2. Dersom regelverket skal forstås slik klager mener, vil konsekvensen av dette være at også klager skulle vært avvist.
- (33) Likebehandlingsprinsippet kan i relasjon til klager da ikke tas til inntekt for at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, utelukkende fordi valgte leverandør ikke gav innklagede beskjed om at selskapet ville levere tilbud. Det var også kun klager og valgte leverandør som leverte tilbud på kalk.
- (34) Ut fra anskaffelsens anslåtte verdi i anskaffelsesprotokollen var ikke kunngjøringsgrensen i forsyningsforskriften del II overskredet. For det tilfelle at

innklagede hadde avvist både klager og valgte leverandør, ville ikke innklagede hatt plikt til å kunngjøre konkurransen på nytt, men kunne gjennomført konkurransen i henhold til forsyningsforskriften del I, og inngått kontrakt med valgte leverandør uten en ny kunngjøring. Når dette er tilfelle så kan det ikke anses som et brudd på regelverket at innklagede i stedet inngikk kontrakt med den leverandøren som innklagede vurderte til å ha det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det er på denne bakgrunn ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt for sent innkomne anmodninger må avvises etter forsyningsforskriften del II.

Konklusjon:

Returkraft AS har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør.

Bergen, 23. april 2012.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver