



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for bygging av ny kai på steinfylling i sjøen ved Killingøy i Haugesund. Kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristens utløp. Klagenemnda fant at anskaffelsen verken kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse, idet verdien av anskaffelsen ikke oversteg kunngjøringsgrensen, eller i strid med loven § 5, ettersom forholdene i den konkrete saken tilsa at det ikke var nødvendig å gjennomføre en ny konkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 31. oktober 2011 i sak 2011/145

Klager: Kruse Smith Entreprenør AS

Innklaget: Karmsund Havnevesen IKS

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Morten Goller, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Manglende slutføring av konkurransen.

Bakgrunn:

- (1) Karmsund Havnevesen IKS ved Petter J. Rasmussen AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. februar 2010 en begrenset anbudskonkurranse for bygging av ny kai på steinfylling i sjøen ved Killingøy i Haugesund. Anskaffelsen skulle gjennomføres i to trinn med prekvalifisering. Tidsfrist for anmodning om deltakelse i konkurransen var satt til 8. mars 2010. Anskaffelsen hadde en estimert verdi på 13,4 millioner kroner. Av kunngjøringen punkt II.1.5 "*Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang*" fremgikk følgende:

"Nytt kaianlegg på sprengsteinsfylling i sjø. Anlegget planlegges med trinnvis utbygging. Denne forespørsel gjelder første byggetrinn med flere alternative utførelser. Totalt netto kaiareal utlyst i denne omgang er fra 200 m² til 700 m²."

- (2) I kunngjøringen punkt IV.1.2 var det opplyst at minimum 3 og maksimum 5 tilbydere ville bli invitert til å delta på bakgrunn av prekvalifiseringen.
- (3) Innen fristen mottok innklagede forespørsel om deltakelse i konkurransen fra fem leverandører. Av disse ble tre valgt ut til å inngi tilbud på kaiprojektet. Dette var Kruse Smith Entreprenør AS (heretter klager), Veidekke Entreprenør AS og AF Gruppen Norge AS v/ AF Anlegg Havn.
- (4) Tilbudsfristen var i konkurransegrunnlaget punkt 4 satt til 20. april 2010, men denne ble senere forlenget til 4. mai 2010.

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 4 "*Gjennomføring av konkurransen*" var det opplyst at:

"Vedståelsesfrist settes til 90 dager."

- (6) I e-post av 10. mai 2010 ble klager informert om at klager var rangert som nummer 2 i konkurransen. Fra e-posten hitsettes følgende utdrag:

- (7) *"Samtlige 3 finaleaktører har avgitt tilbud.*

Tilbudene med presiseringer/korrigeringer er blitt evaluert av en nedsatt arbeidsgruppe i havnevesenet med havnedirektøren som leder.

Kriterier som er lagt til grunn er følgende:

Pris vektes 55 %

Teknisk løsning vektes 30 %

Organisasjon og kompetanse vektes 10 %

Byggetid vektes 5 %

Det er foretatt prisjusteringer på enkeltposter fra anbyderne (volum/masse/lengdemeter), for å kunne sammenstille disse i en ens felles vurdering.

Deres utfall/avgjørelse i felles vurdering av tilbyderne: Rangering NR. 2.

I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser, har tilbyderne rett til å komme med begrunnet skriftlig klage på vår avgjørelse innen 25. mai 2010."

- (8) Vedlagt e-posten av 10. mai fikk klager oversendt en oversikt over hvordan de tre tilbyderne var evaluert, herunder hvor mange poeng de ulike tilbyderne var tildelt på hvert av tildelingskriteriene. I evalueringsrapporten var klager benevnt som "Tilbyder 2" og de to øvrige tilbyderne som "Tilbyder 1" og "Tilbyder 3". "Tilbyder 1" kom best ut av evalueringen og var totalt, etter vekting, tildelt 8,90 poeng. Klager var tildelt 8,55 poeng og "Tilbyder 3" 6,70 poeng.

- (9) Etter anmodning fra klager ble klagefristen utsatt til 28. mai 2010.

- (10) I brev av 28. mai 2010 med overskriften "*NY KAI PÅ FYLLING VED KILLINGØY – KLAGE OVER TILDELING*" fremsatte klager en rekke anførsler om at innklagede hadde gjennomført en uforsvarlig evaluering av tilbudene.

- (11) I innklagedes svar på klagen i brev av 10. juni 2010 fremgikk blant annet følgende:

"Først av alt; Tildeling overfor enkeltentreprenør er ikke skjedd i denne saken – men vi som innbyder har gitt en rangering av anbyderne ut fra anbudskonkurransen og den tilhørende evalueringen.

Som nevnt tidligere, spørsmål omkring evt. igangsetting og faktisk utbygging av det beskrevne prosjekt – er ikke endelig bestemt – og dermed beror prosjektet på vår hånd inntil videre."

- (12) Klager fremsatte ny klage i brev av 1. juli 2010, og ba om at det ble foretatt en ny evaluering. Innklagede avviste klagen i brev av 21. september 2010.
- (13) I brev av 20. oktober 2010 ble klager informert om at oppdraget var tildelt Veidekke Entreprenør AS. Av brevet fremgikk følgende:
- "I møte den 14.10.10 tok havnestyret endelig beslutning om etablering av ny kai på Killingøy i Haugesund kommune, jf. vedlagte særutskrift fra møteprotokollen.*
- Ut fra kriteriene (tilbudsunderlag punkt nr. 8 og senere beregninger) for tildeling av kontrakt har havnedirektøren tildelt oppdraget til Veidekke Entreprenør AS."*
- (14) Kontrakt med Veidekke Entreprenør AS ble inngått 19. november 2010.
- (15) I brev av 31. mars 2011 fremsatte klager krav om erstatning for negativ kontaktsinteresse. Erstatningskravet ble avvist av innklagede i brev av 8. april 2011.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 13. mai 2011.
- (17) Innklagede har opplyst i tilsvaret at det var ulike årsaker til at kontrakt ikke ble inngått før 19. november 2010. Det opplyses at det ble foretatt vurderinger av kost/nytte av kaianlegget sett i lys av en endret økonomisk driftssituasjon som følge av reduksjon i antall fartøyer i opplag. Videre opplyses det at havnestyrets vedtak om å tildele kontrakten til valgte leverandør ble gjort under forutsetning av at det ikke ble krevd prispåslag i forhold til det opprinnelige tilbudet.

Anførsler:

Klager har i det vesentligste anført:

Slutføring av konkurransen

- (18) Innklagede har brutt loven § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (19) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.

Erstatning

- (20) Vilåårene for negativ kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagede har i det vesentligste anført:

Slutføring av konkurransen

- (21) Innklagede har slutført konkurransen ettersom tildeling av kontrakt skjedde før anbudsfristens utløp.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (22) Innklagede erkjenner at vedståelsesfristen utløp 19. juli 2010, uten at det ble gjort forsøk på forlengelse, og at kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristens utløp. Det bestrides imidlertid at dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede viser til at

forsyningsforskriftens regler om kunngjøring ikke kommer til anvendelse på den angjeldende anskaffelsen.

Erstatning

- (23) Innklagede bestrider at det foreligger grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er på det rene at innklagede er et "*offentlig foretak*", jf. forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) § 1-2 (1) bokstav a, jf. 4-1 bokstav c, og utøver aktivitet omfattet av forskriften § 1-3 bokstav b nummer 2. På bakgrunn av kontraktens estimerte verdi følger anskaffelsen således lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften del I, jf. §§ 2-1 (2) og 2-3 (1) bokstav b.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (25) Klager har anført at innklagede, ved å tildele kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (26) I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b er en ulovlig direkte anskaffelse definert som "*en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven*".
- (27) I henhold til forsyningsforskriften § 8-1, jf. 2-1 (2) og 2-3 (1) bokstav b, skal oppdragsgiver i utgangspunktet kunngjøre bygge- og anleggsarbeider hvis anslåtte verdi overstiger 40,5 millioner kroner.
- (28) I foreliggende sak hadde kontrakten en estimert verdi på 13,4 millioner kroner. Den angjeldende anskaffelsen omfattes således ikke av kunngjøringsplikten. At kontrakten faktisk var kunngjort i tråd med forskriftens regler kan etter klagenemndas oppfatning ikke endre dette. En anskaffelse i etterkant av den kunngjorte konkurransen, vil heller ikke være omfattet av kunngjøringsplikten.
- (29) Ettersom innklagede ikke hadde plikt til å kunngjøre kontrakten foreligger det ingen ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b, jf. forskriften §§ 8-1, jf. 2-1 (2) og 2-3 (1) bokstav b. Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp fører således ikke frem.

Slutføring av konkurransen

- (30) Klager har videre anført at innklagede har brutt loven § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp.
- (31) Innklagede har i denne saken erkjent at vedståelsesfristen utløp 19. juli 2010, og at det ikke ble gjort noe forsøk på å forlenge denne. Kontrakt ble inngått 19. november 2010, det vil si fire måneder etter vedståelsesfristen var gått ut.
- (32) Det følger av langvarig klagenemndspraksis at innklagede i henhold til kravene til forutberegnelighet og konkurranse i loven § 5 har plikt til å slutføre konkurransen før vedståelsesfristens utløp, jf. blant annet sakene 2010/203, 2010/17, 2008/23, 2007/5,

2006/41 og 2004/48. 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. Dersom fristen først er gått ut, står oppdragsgiver igjen uten bindende tilbud i 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 igjen uten bindende tilbud, kan kontrakt ikke tildeles uten at det gjennomføres en ny konkurranse, jf. nemndas uttalelse i sakene 2010/17 og 2008/23 med videre henvisninger.

- (33) Sakene vist til over gjelder anskaffelser gjennomført etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del II og del III, men tilsvarende er også lagt til grunn for anskaffelser over terskelverdiene etter forsyningsforskriften, jf. sak 2007/108. I foreliggende tilfelle gjelder det imidlertid en anskaffelse under terskelverdiene og som følger forsyningsforskriften del I, hvor det er oppstilt mindre strenge krav til gjennomføringen av konkurransen.
- (34) Klagenemnda viser i denne forbindelse til at reglene om kunngjøringsplikt ikke gjelder for forsyningsforskriften del I. I henhold til loven § 5. jf. forskriften § 3-1 (1), skal imidlertid enhver anskaffelse *"så langt det er mulig være basert på konkurranse"*. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at oppdragsgiver som hovedregel bør kontakte minst tre leverandører, men at dette ikke gjelder absolutt. Avgjørende er en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, hvor blant annet arten, verdien og betydningen av anskaffelsen, samt eventuelle mothensyn mot å undergi anskaffelsen konkurranse, vil ha betydning, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2010/253 premiss (27) med videre henvisninger.
- (35) Denne konkurranse ble kunngjort på Doffin, hvorav fem leverandører innga forespørsel om deltakelse, og tre leverandører, heriblant klager, ble invitert til å inngi tilbud på prosjektet. Før vedståelsesfristen gikk ut 19. juli 2010 ble leverandørene som hadde inngitt tilbud informert om utfallet av konkurransen. Overfor klagenemnda har innklagede forklart at grunnen til at kontrakt ikke ble inngått innen vedståelsesfristens utløp var usikkerhet omkring den økonomiske driftssituasjonen. Etter at endelig beslutning ble fattet av havnevesenet 14. oktober 2010, ble kontrakt inngått med vinneren av konkurransen, Veidekke Entreprenør AS, 19. november 2010.
- (36) Klagenemnda viser til at kontraktsinngåelsen i dette tilfellet var basert på resultatet av den tidligere gjennomførte konkurransen som det er ubestridt oppfyller kravet til konkurranse, jf. utgangspunktet om at det kun er krav om å kontakte tre leverandører. Forutsetningen for å inngå kontrakt med vinneren av den tidligere konkurransen var også at prisbetingelsene forble uendret. Når det gjelder kravet til forutberegnelighet synes dette ivaretatt ved at tilbyderne fikk informasjon om utfallet av konkurransen innen vedståelsesfristens utløp. Det gjelder som nevnt i premiss (34) ingen kunngjøringsplikt etter forsyningsforskriften del I, og i lys av det overstående finner klagenemnda derfor at det i dette tilfellet blir svært strengt og formalistisk å kreve at innklagede skulle ha gjennomført en ny konkurranse. Klagenemnda er således kommet til at innklagede ikke har brutt loven § 5 ved å slutføre konkurransen etter vedståelsesfristens utløp. Klagers anførsel fører ikke frem.

Erstatning

(37) Klagenemnda finner ikke grunn for å uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt.

Konklusjon:

Karmsund Havnevesen IKS har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 31. oktober 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver