



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av LED-display til Schous kulturbryggeri, "Popsenteret". Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1) ved ikke å sende tildelingsmeddelelsen til avviste leverandører, og ved at tildelingsmeddelelsen ikke inneholdt en klagefrist. Nemnda fant også at innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1) ved å inngå kontrakt i karensperioden, samt at innklagede har brutt forskriften § 11-14 (2) ved å unnlate, så snart som mulig, å meddele klager om at selskapets tilbud var avvist.

Klagenemndas avgjørelse 27. august 2012 i sak 2011/83

Klager: Nicator Services AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Siri Teigum og Andreas Wahl

Saken gjelder: Kravet til konkurranse. Avvisning av tilbud. Tildelingsmeddelelse. Klagefrist. Begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Oslo kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. desember 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av LED-display til Schous kulturbryggeri, "Popsenteret". Frist for å inngi tilbud var satt til 14. januar 2011. I kunngjøringen punkt II.2.1 var det opplyst at kontrakten hadde en estimert verdi på mellom 100 000 og 500 000 kroner. I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "Prosedyre" var det videre opplyst at konkurransen skulle gjennomføres i henhold til forskriften del I og del II.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 1 "OPPDRAGET" var det under punkt 1.1 "Oppdragsgiver" blant annet opplyst følgende:

"Schous kulturbryggeri er en stor kultursatsing i Oslo, der deler av tidligere Schous bryggeri skal omdannes til et levende kulturkvartal. Et av prosjektene er et opplevelsessenter for populærmusikk (Popsenteret). (...)

Popsenteret skal anskaffe et stort LED-display som skal fungere som skilting og informasjon i foajéen."

(3) I punkt 1.3 var det satt opp følgende "Fremdriftsplan for anskaffelsesprosessen":

"

Planlagt uke	Aktivitet
--------------	-----------

50	<i>Kunngjøring av konkurranse</i>
1	<i>Siste frist for innsendelse av spørsmål 06.01.2011</i>
2	<i>Tilbudsfrist 14.01.2011, kl 14.00</i>
2	<i>Tilbudsåpning</i>
2	<i>Utsendelse av tildelingsbrev</i>
4	<i>Klagefrist</i>
4	<i>Kontraktsinngåelse</i>

"

- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.4.1 "*Kontraktsperiode*" fremgikk det at:

"Leveringstidspunkt for leveransen er 15.02.2010."

- (5) Dette tidspunktet ble senere rettet til 15.02.2011.

- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra 7 leverandører. Dette var blant annet fra Nicator Services AS (tidligere Solution Partner Hospitality AS, heretter kalt klager) og LiveCom AS (heretter kalt valgte leverandør). Fem av leverandørene fikk sine tilbud avvist. Fire av tilbudene ble avvist på grunn av at leveringstidspunktet 15. februar 2011 ikke kunne overholdes, og ett tilbud ble avvist grunnet manglende signatur på tilbuds brevet.

- (7) Av valgte leverandørs tilbuds brev fremgikk følgende under overskriften "*BESTILLING OG LEVERING*":

"Leveringstid er normalt min 75 dager fra bestilling

Men vi kan levere denne til 15.02.2011 ved bruk av flyfrakt.

Disse skjermene er ikke lagervare og må produseres på vår fabrikk i Kina. Vi har satt av produksjonslinje til denne skjermen, og kan gi dere rask levering. Da er det mulighet å få dette levert i Norge til 15. februar (med fly)

Monteringstiden på vil være ca 3 dager."

- (8) 18. januar 2011 sendte innklagede følgende e-post til klager.

"Kulturetaten har nå hatt en gjennomgang av tilbydernes kvalifiseringsinformasjon. Vi er nå i gang med å vurdere tilbudene. Før vi går i gang med deres tilbud, ønsker vi nærmere informasjon om mulig levering: antall uker i bestilling, frakt, montering og innstilling m.v."

- (9) Klager svarte i e-post 19. januar 2011:

"Siden tidsfristene på denne installasjonen er korte så kan vi få til en prioritert levering/produksjon hos vår leverandør."

Produksjon av skjerm – 2 uker

Flytransport inkludert tollbehandling – 1 uke

Montering hos dere med testkjøring – 3 dager

Dette fordrer en rask avgjørelse da Kinesisk nyttår feires i begynnelsen av februar."

- (10) I brev av 24. januar 2011 ble klager opplyst om at firmaet var innstilt som vinner av konkurransen. Av brevet fremgikk blant annet følgende:

"Vi takker for tilbud på LED-display til Popsenteret, og meddeler herved at deres tilbud ble valgt for denne leveransen da det oppfylte kravet om kort leveringstid."

- (11) I e-post datert 27. januar opplyste klager om følgende vedrørende produksjon og leveringstid:

"Som jeg skrev i min mail av 19.01 så feires kinesisk nyttår i begynnelsen av februar. Hadde vi fått en avgjørelse innen 21/1 så hadde vi klart å få det produsert før de stenger fabrikken. Alle fabrikker stenger de to første ukene av februar og åpner igjen 14. februar. Vi har fått bekreftet prioritert produksjon og kan derfor sette din foreslåtte leveranse gjeldende fra 14. februar."

- (12) Innklagede svarte i e-post av samme dag:

"Det jeg leser av ditt svar under, er at deres faktiske leveringstid er 5 – 6 uker."

Til orientering har leverandører som har oppgitt reell leveringstid: tid fra kontraktsinngåelse til levering på 5-6 uker fått sine tilbud avvist. Disse leverandørene har lagt til grunn vår fremdriftsplan oppgitt i konkurransegrunnlaget pkt 1.3 av denne fremgår det at kontrakt er planlagt inngått uke 4.

Jeg beklager om det er en misforståelse som ligger til grunn for tolkningen av mulig leveringstidspunkt, grunnen til at dette ble avklart nærmere med dere, var kravet i konkurransegrunnlaget pkt 1.4.1 Kontraktsperiode at "Leveringstidspunkt for leveransen er 15.02.2010". Svaret fra dere gav grunnlag for å tolke at dere kunne levere tett opp mot dette tidspunktet - ikke at bestillingen initieres denne datoen. (...)

Ut fra dine tilbakemeldinger må jeg dessverre foreta en ny evaluering, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 "Grunnleggende krav" der det bl.a stilles krav om likebehandling. Deres tilbud vil selvfølgelig bli inkludert i en ny evaluering, men som nevnt over er det kravet om levering i rett tid avgjørende for valget. (...)"

- (13) Etter ytterligere e-post utveksling mellom partene vedrørende leveringstidspunkt, informerte innklagede endelig i e-post datert 31. januar 2011 om at kontrakt vil bli inngått med valgte leverandør:

"Til orientering vil Kulturetaten inngå avtale om denne leveringen med LiveCom Europe AS som var innstilt som nr. 2 i denne konkurransen (høyere pris enn deres tilbud). De kan levere i henhold til stilte krav i konkurransen, og kan starte montering allerede mellom 4 – 7. februar."

- (14) Innklagede sendte også brev til klager datert 31. januar 2011 hvor det innledningsvis ble gitt en redegjørelse for e-post korrespondansen mellom partene. Videre fremgikk følgende:

"Vi ser dessverre ikke mulighet for å omgjøre kontraktsinnstillingen på ny i Deres favør, da det, til orientering, er 3 andre leverandører som har besvart med reell leveringstid etter kontraktsinngåelse lik eller kortere den leveringstid dere i realiteten har. Disse leverandørene har blitt avvist fordi leveringstid følger etter kravet vi har stilt til levering. Alle leverandører tilbyr god kvalitet på varene, men ligger i hovedsak lavere i pris, deres tilbud har nest høyest pris.

Det følger dermed av likebehandlingsprinsippet, lov om offentlige anskaffelser § 5, at evalueringen må foretas på nytt på grunn av bristende forutsetninger, da en opprettholdelse av tildelingen til Deres firma ville gitt de andre tilbyderne reelt klagegrunnlag.

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 en karenstid før inngåelse av kontrakt. Dette innebærer at tilbyder kontrakt er inngått før kontrakt er signert av begge parter. Det er beklagelig at omgjøring av kontraktstildeling skaper problemer for deres firma, men omgjøring av leverandørvalg opprettholdes og kontrakt tildeles LiveCom AS som har ferdigprodusert vare og kan levere innen fristen som følger av konkurransedokumentene."

- (15) I e-post datert 31. januar 2011 fremsatte klager en rekke spørsmål til innklagede vedrørende gjennomføringen av konkurransen. Innklagede svarte i e-post av 3. februar 2011, hvor spørsmålene fra klager var klippet inn i e-posten og besvart fortløpende. Fra e-posten hitsettes følgende utdrag av spørsmål og svar:

"-Hva er klagefristen for den nye tildelingsbeslutningen?

>Deres henvendelse anses som klage innkommet i rimelig tid, klagefrist er 10 dager fra tilbyder mottok orientering om omgjøring av tildelingen.

-Hva er status hva gjelder SPH sin posisjon. Er SPH avvist eller SPH funnet for svak under evalueringen?

>SPH har besvart med leveringstid på 3 uker. Ved diskusjon av kontraktsutkast viser det seg at leveringstid ikke er regnet fra planlagt kontraktsinngåelse i uke 4, ref. vårt konkurransegrunnlag, men noe utradisjonelt fra den dato vi har satt som leveringsdato. SPH er følgelig avvist.

(...)

-Hvor mange av de tilbyderne kunne levere til 15.02.11?

>En annen tilbyder kan levere innen fristen.

-Anses leveringsfristen som et absolutt minstekrav? Hvis ikke – hvor stort avvik fra denne fristen kunne aksepteres før man anså tilbudet som et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget?

>Dersom ingen tilbydere kunne levert innen fristen ville vi hatt en mislykket konkurranse og måtte ha vurdert avlysning.

-Sett i lys av at Oslo kommunes egen plan for anskaffelsen ble over en uke forsinket hva gjelder tildeling - ble det aldri vurdert å forskyve leveringstidspunktet tilsvarende?

>Det vises til vår fremdriftsplan i konkurransegrunnlaget pkt. 1.3. Leveringstidspunktet er satt fordi denne leveringen går til et prosjekt bemannet med eksterne prosjektmedarbeidere med ulik kompetanse. Målet er ferdigstilling av det inventarmessig medio februar. Deretter går prosjektet inn i en ny fase noe som gir andre ressurs- og kompetansebehov."

- (16) Klager sendte etter dette flere e-poster med spørsmål til innklagede. I e-post av 7. februar ble det stilt spørsmål om antall deltakere i konkurransen, og det ble bedt *"om en tilbagemelding på når Oslo kommune vil oversende tilbudet til vinneren."*

- (17) Til dette svarte innklagede i e-post 8. februar 2011:

"Kulturetaten mottok totalt 7 tilbud.

Avtale inngått, og varen har ankommet lager i Oslo."

- (18) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 11. mars 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Kravet til konkurranse

- (19) Innklagede har brutt kravet til konkurranse i loven § 5 ved å sette en kort leveringsfrist, samtidig som den oppsatte fremdriftsplanen ble forskjøvet. Innklagede har ikke foretatt undersøkelser av hvordan markedet leverer de etterspurte skjermene. Skjermer som skal leveres i henhold til spesifikke krav fra oppdragsgiver, er ikke lagervare for leverandørene. Slike skjermer må bestilles, produseres og endelig monteres. Den fastsatte leveringsfristen var svært kort, og når innklagede i tillegg ikke overholdt sin egen fremdriftsplan, medførte dette at klager ikke kunne levere innen fristen. Klager innga tilbud basert på tidsplanen som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Etter denne planen skulle tildeling av kontrakt skje i løpet av uke 2, år 2011. Kontrakt ble først tildelt klager 24. januar 2011, dvs. over en uke etter tidsplanen. I lys av at leveransen ikke var standard, var det ikke naturlig å bestille skjermen før tildelingsbeslutningen forelå. Når klager i første omgang ble tildelt oppdraget, ble varene bestilt, men da leveringstiden fra Kina ble strukket på grunn av kinesisk nyttår, klarte ikke klager å overholde leveringstiden. Øvrige tilbydere klarte heller ikke å overholde den stramme leveringsfristen, og fem av syv tilbydere fikk tilbudene sine avvist på dette grunnlag.
- (20) Oppdragsgiver kan ikke gjennomføre konkurransen på en slik måte at leverandørene er tvunget til å bestille varene før tildelingsbeslutningen foreligger. Dette vil i stor grad føre til konkurransebegrensninger i en konkurranse som denne, hvor skjermene skal leveres i henhold til angitte mål. Innklagede har i dette tilfellet ikke gjennomført en anskaffelsesprosess som ivaretar hensynet til konkurranse.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (21) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke oppfyller kravet til leveringstid, og alle øvrige leverandører som ikke oppfylte dette kravet er avvist.

- (22) Leveringstidspunktet for skjermen var 15. februar 2011. Avslutningsvis i kravspesifikasjonen het det at «*Leveransen skal være fritt levert og montert inkl. tilpasning*». Etter klagers oppfatning må dette forstås slik at skjermene må være levert og ferdig montert 15. februar 2011.
- (23) Av valgte leverandørs tilbudsbrev fremgår det imidlertid at skjermene kan leveres i Norge den 15. februar 2011, og at det etter dette gjelder tre dagers monterings tid. Dette oppfyller ikke kravet om at skjermene skal være levert og ferdig montert til 15. februar 2011.

Mangler ved tildelingsmeddelelsen - klagefrist

- (24) Innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1) ved at tildelingsmeddelelsen av 31. januar 2011 ikke ble meddelt alle tilbyderne samtidig, og ved at den ikke inneholdt en klagefrist. Klagefristen blir først meddelt klager i e-post fra innklagede 3. februar 2011.
- (25) Klagefristen er kortere enn 10 dager, og må derfor anses som urimelig kort.

Kontrakt inngått i karenperioden

- (26) Innklagede har videre brutt regelverket ved å inngå kontrakt i karenperioden. Klagefristen ble av oppdragsgiver satt til 10 dager fra tidspunktet for tildelingsmeddelelsen datert 31. januar 2011. I henhold til forskriften § 3-10 skal frister beregnes etter forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter. Av denne følger det at man ved fristberegning ikke skal legge til grunn den dagen meddelelsen ble gitt. Det betyr at fristen i dette tilfellet skal regnes fra 1. februar 2011 og at den løper ut 10. februar 2011. Klager ble imidlertid i e-post av 8. februar informert om at kontrakt allerede var inngått.

Begrunnelse

- (27) Innklagede har brutt forskriften § 11-14 (2), da klager ikke ble opplyst om at selskapets tilbud var avvist fra konkurransen. Informasjonen ble først gitt etter forespørsel 3. februar 2011.

Innklagedes anførsler

Kravet til konkurranse

- (28) Det bestrides at kravet til konkurranse er brutt. Innklagede viser for det første til at det ikke var nødvendig å kunngjøre anskaffelsen i henhold til forskriften del II. Ettersom verdien av kontrakten var under 500 000 kroner eks mva. ville det vært tilstrekkelig for innklagede å følge forskriften del I, og kun sende ut tilbudsinnbydelse til minst tre aktuelle leverandører. Innklagede foretok imidlertid en markedsundersøkelse i forkant av anskaffelsen, hvor det kom frem at det var få kjente leverandører av denne type skjermer. På denne bakgrunn ble det besluttet å kunngjøre konkurransen nasjonalt på Doffin, slik at man nådde flest mulig leverandører.
- (29) Anskaffelsen gjelder kjøp av LED-display og må anses som en relativt enkel og ukomplisert anskaffelse. Etter innklagedes oppfatning hadde leverandørene god tid til å innhente de nødvendige opplysninger, og til å utarbeide tilbud. Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 1.4 at kontraktsinngåelse var planlagt i uke 4. Leverandørene kunne derfor gå ut i fra at de hadde minst 15 dager fra kontraktsinngåelse, til tidspunkt for levering. Innklagede anfører at et krav om levering

av et LED-display innen 15 dager ikke er til hinder for reell konkurranse. Innklagede kan ikke se at dette skal være for kort tid for leverandør til å bestille varen fra en eventuell underleverandør, og eventuelt frakte varen til Norge. Dersom leverandøren ikke kunne tilby ett stort LED-display var det mulig å tilby flere mindre LED-display satt sammen.

- (30) Innklagede påpeker at valgte leverandør rent faktisk leverte skjermen 11. februar 2011, dvs. før leveringsfristens utløp, og før angitt leveringstid i selskapets tilbudsbrev.

Avvisning av tilbud

- (31) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. I henhold til konkurransegrunnlaget skulle LED-displayet være levert innen 15. februar 2011. Av valgte leverandørs tilbudsbrev fremgår det at LED-displayet kan leveres i Norge 15. februar 2011, og at monteringstiden er ca. 3 dager. Det foreligger således et avvik på noen dager fra den oppstilte leveringstiden. Det er imidlertid tale om så få dager at avviket uansett ikke kan anses vesentlig. Her skiller valgte leverandørs tilbud seg i vesentlig grad fra øvrige tilbud som ble avvist på grunn av manglende overholdelse av leveringstidspunkt. Leverandørene som ble avvist kunne tilby en leveringstid fra 5-10 uker, noe som innebar en leveringstid som var fra ca. 3 til 8 uker lenger enn det valgte leverandør kunne tilby. Innklagede vurderte det slik at disse tilbudene tidsmessig inneholdt vesentlige avvik fra kravet til leveringstidspunkt.
- (32) Innklagede avviser også at leveringstidspunktet var å anse som et absolutt minstekrav. Leveringstidspunktet var viktig på grunn av åpningen av Popsenteret, men dette tilsier ikke at kravet var absolutt. På tidspunktet for kunngjøringen var sluttdatoen for Popsenteret satt til 11. februar 2011, og det hastet dermed med å få skjermen på plass. Innklagede hadde imidlertid ikke satt en spesifikk frist for åpningen av Popsenteret, eller på noen måte fremhevet i konkurransegrunnlaget at det var nødvendig at LED-displayet var på plass til denne datoen. Selv om det hastet med å få varen på plass, var ikke LED-displayet en essensiell del av Pop-senteret, og det var ikke absolutt nødvendig at denne var levert og montert til åpningen.

Mangler ved tildelingsmeddelelsen - klagefrist

- (33) Det ble ikke sendt ut tildelingsmeddelelse til leverandørene som var avvist. Meddelelse om ny kontraktstildeling ble imidlertid sendt ut samtidig til både klager og valgte leverandør.
- (34) I tildelingsmeddelelsen til klager datert 31. januar 2011 ble det opplyst at det i henhold til forskriften § 13-3 foreligger en karenstid før inngåelse av kontrakt. Videre ble det opplyst at kontrakt ikke er inngått før den er signert av begge parter. Innklagede bekreftet videre i e-post av 3. februar 2011 at klagefristen var 10 dager.

Kontrakt inngått i karensperioden

- (35) Kontrakt med valgte leverandør ble først inngått 14. februar 2011, og er således inngått etter karensperiodens utløp. Klager fikk i e-post datert 8. februar ved en inkurie opplyst at avtale var inngått, selv om dette ikke var tilfelle.

Begrunnelse

- (36) Innklagede bestrider at kravet til begrunnelse i forskriften § 11-14 (2) er brutt. I e-post og brev datert 31. januar 2011 ble klager informert om at klagers tilbud ikke oppfylte minimumskravet til leveringstid. Avvisningen av klagers tilbud ble videre bekreftet i e-post av 3. februar 2011 til klagers advokat.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kjøp av LED-display til «Popsenteret», som er en vareanskaffelse. Det er opplyst at anskaffelsen har en verdi under 500 000 kroner hvilket i utgangspunktet skulle innebære at anskaffelsen i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger reglene i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I, jf. forskriften §§ 2-1 (1) og 2-1 (2).
- (38) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at konkurransen skulle gjennomføres etter forskriften del I og del II. Innklagede har med dette forpliktet seg overfor tilbyderne til å følge forskriften 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 forskriften del III, selv om anskaffelsen i utgangspunktet fulgte forskriften del II. Klagenemnda vil etter dette behandle foreliggende sak med utgangspunkt i forskriften del II.

Hvorvidt leveringsfristen er i strid med kravet til konkurranse

- (39) Hvilke krav som stilles til leveransen, faller inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Oppdragsgiver plikter imidlertid så langt som mulig å sørge for at anskaffelsen baserer seg på konkurranse, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1. Det kan være i strid med kravet til konkurranse å oppstille krav som bare en leverandør har mulighet til å oppfylle, sml. klagenemndas uttalelser i sak 2010/11 premiss (37). Når det gjelder tekniske spesifikasjoner, følger det av forskriften § 8-3 (2) at disse skal utformes slik at leverandørene gis like muligheter og ikke inneholder krav som er unødvendig til hinder for konkurranse. Det samme må gjelde også for kontraktskrav som leveringstid. Spørsmålet er om kravet til leveringstid var til hinder for konkurranse.
- (40) Tilbudsfristen var satt til 14. januar 2011, dvs. at interesserte leverandører hadde 29 dager til å innhente relevante opplysninger, foreta avklaringer med eventuelle underleverandører, og vurdere om selskapet kunne levere i henhold til leveringsfristen 15. februar 2011. Fra det planlagte kontraktsinngåelsestidspunktet i uke 4, jf. innklagedes fremdriftsplan, hadde leverandørene omtrentlig 15 dager til å effektivere leveransen. Det er på det rene at fem leverandører, inkludert klager, ble avvist fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av leveringsfristen. Dette kan tale for at fristen var vanskelig å overholde, men er i seg selv ikke tilstrekkelig til å konstatere brudd på kravet til konkurranse. Så vidt klagenemnda forstår, klarte ikke klager å levere innen fristen fordi fabrikken i Kina stengte produksjonen i to uker, grunnet feiring av kinesisk nyttår. At kinesisk nyttår medfører produksjonsstans i Kina, er normalt ikke et forhold oppdragsgivere kan forventes å hensynta ved utarbeidelsen av kontraktskrav. For øvrig har klager opplyst at selskapet ville klart å overholde fristen dersom tildelingen hadde blitt gjennomført i samsvar med innklagedes fremdriftsplan, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.3, slik at klager hadde fått effektivert bestillingen tidligere.

- (41) Kravet til leveringstidspunkt var tydelig angitt i konkurransegrunnlaget, og ga leverandørene mulighet til å konkurrere på like vilkår. Det faktum at ikke alle leverandørene kunne levere innen det fastsatte tidspunktet, gir ikke alene grunnlag for å konstatere brudd på kravet til konkurranse. Til dette kommer at valgte leverandør faktisk leverte LED-skjermen før leveringsfristen 15. februar 2011. Slik saken er opplyst finner nemnda det ikke sannsynliggjort at kravet til leveringstid var til hinder for reell konkurranse. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist

- (42) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling, jf. loven § 5 ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør. Det vises til at klager, og fire andre leverandører, fikk sine tilbud avvist grunnet manglende overholdelse av leveringsfristen, og etter klagers oppfatning skulle også valgte leverandørs tilbud ha vært avvist på dette grunnlag.
- (43) Kravet til likebehandling i loven § 5, jf. forskriften § 3-1 (4) innebærer en plikt for oppdragsgiver til å sikre at alle leverandørene konkurrerer på like vilkår gjennom hele anskaffelsesprosessen. I henhold til forskriften § 11-11 (1) bokstav d har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud som *"inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*
- (44) I konkurransegrunnlaget var det angitt at *"Leveringstidspunkt for leveransen er 15.02.2011"*. Det er naturlig å forstå dette slik at *"leveransen"* innbefatter både levering og montering, og at LED-displayet skulle være levert og montert til 15. februar 2011. Det er på det rene at valgte leverandør faktisk leverte og monterte skjermen innen leveringsfristen. Avgjørende for avvisningsspørsmålet er imidlertid hva som fremgikk av valgte leverandørs tilbud på tilbudstidspunktet.
- (45) Av valgte leverandørs tilbudsbrief fremgikk det at LED-displayet kunne leveres i Norge 15. februar 2011, og at monteringstiden etter dette var ca. 3 dager. Avviket på ca. 3 dager utgjorde således et forbehold med hensyn til fristen for levering. Hvorvidt et forbehold er vesentlig beror på en konkret vurdering, hvor et sentralt element er hvorvidt forbeholdet gir tilbydereren en konkurransemessig fordel. Et forbehold vil som hovedregel være vesentlig dersom det gjelder grunnleggende elementer i kontrakten (eller kontraktsvilkår som må forstås på den måten at forbehold mot dem ikke kan aksepteres), jf. EU domstolens avgjørelse i sak C-243/89 (Storebælt) og klagenemndas avgjørelse i sak 2008/105.
- (46) Klagenemnda vil først ta stilling til hvorvidt kravet til leveringstidspunkt måtte forstås som et absolutt krav.
- (47) På bakgrunn av at LED-displayet skulle brukes i Popsenteret, som etter det opplyste hadde sluttdato 11. februar 2011, er det nærliggende å forstå det slik at det oppsatte leveringstidspunktet var viktig. Det samme tilsier innklagedes svar i e-post til klager 3. februar 2011 hvor det fremgår at *"[d]ersom ingen tilbydere kunne levert innen fristen ville vi hatt en mislykket konkurranse og måtte ha vurdert avlysning."* Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det er noen opplysninger i konkurransegrunnlaget som tilsier at *enhver* overskridelse av leveringsfristen ville medføre avvisning, og finner at kravet dermed ikke kunne anses som et absolutt krav.
- (48) Ut fra det som er opplyst forstår klagenemnda det slik at det var relativt stor forskjell mellom valgte leverandørs overskridelse av leveringsfristen, og øvrige leverandører

som var avvist på dette grunnlag. For valgte leverandør var det tale om ca. 3 dagers overskridelse, mens det for øvrige leverandører, i følge innklagede, var tale om uker. En overskridelse på 3 dager kan etter klagenemndas oppfatning isolert sett ikke betraktes som vesentlig. På bakgrunn av de relativt store forskjellene i overskridelse av fristen, kan klagenemnda heller ikke se at det var i strid med kravet til likebehandling, ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Mangler ved tildelingsmeddelelsen - klagefrist

(49) Under dette punktet har klager for det første anført at innklagede har brutt forskriften § 13-3 (1) ved at tildelingsmeddelelsen av 31. januar 2011 ikke ble meddelt alle tilbyderne samtidig, og ved at det ikke var oppgitt en klagefrist.

(50) På tidspunktet for gjennomføringen av konkurransen lød forskriften § 13-3 (1) som følger:

"Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller som er valgt som leverandør til rammeavtalen skal meddeles til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale inngås. Med kontrakt eller rammeavtale inngås menes tidspunktet for signering av kontrakt eller rammeavtale av begge parter. Meddelelsen skal være skriftlig og gis samtidig til alle deltakerne. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget, i samsvar med § 11-14 første ledd, og skal angi frist for leverandører til å klage over beslutningen."

(51) Innklagede har opplyst at tildelingsmeddelelsen av 31. januar 2011 ble sendt ut til klager og valgte leverandør samtidig, og klagenemnda legger derfor dette til grunn. I klagenemndspraksis er det imidlertid slått fast at "*deltakerne*" i forskriften § 13-3 (1), jf. § 22-3 (1) skal forstås å omfatte alle leverandører som har deltatt i konkurransen, og at også avviste leverandører har krav på å motta melding om kontraktstildeling, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2010/11 som senere er fulgt opp i en rekke saker. Innklagedes unnlatelse av å meddele avviste tilbydere om kontraktstildelingen utgjør dermed et brudd på forskriften § 13-3 (1).

(52) Det er videre på det rene at tildelingsmeddelelsen av 31. januar 2011 ikke inneholdt en klagefrist. Dette innebærer at denne er i strid med de krav som stilles i forskriften § 13-3 (1) om at meddelelsen skal angi en frist for leverandørene til å klage over beslutningen. Innklagede har dermed brutt forskriften § 13-3 (1) ved ikke å oppgi en klagefrist.

(53) Klager har videre anført at klagefristen var urimelig kort, da denne reelt sett ble kortere enn 10 dager.

(54) I henhold til forskriften § 13-3 (1) skal tilbyderne innrømmes en klagefrist i forbindelse med meddelelsen om valg av leverandør. I dette ligger at leverandørene må få tilstrekkelig tid ut fra de konkrete forhold, til å vurdere om de skal klage over beslutningen, og til å utforme en slik klage. Klagefristen begynner først å løpe fra det tidspunktet det er gitt en tildelingsmeddelelse som innholdsmessig er i samsvar med forskriftens krav. Fristen må sees i sammenheng med kravet om at det skal være mulig å få satt til side avgjørelsen, og at oppdragsgiveren skal kunne annullere tildelingsbeslutningen, jf. § 13-3 (2).

- (55) Klager ble i e-post 3. februar 2011, opplyst om at klagefristen var 10 dager fra klager mottok orientering om tildelingsomgjøringen 31. januar 2011, dvs. at klagefristen utløp 10. februar 2011.
- (56) I klagenemndas avgjørelse i sak 2010/308 tok klagenemnda stilling til hvorvidt etterfølgende opplysninger om klagefrist kan reparere feilen som ble begått i tildelingsmeddelelsen, ved at klagefrist ikke var oppgitt. Klagenemnda la til grunn at reparasjon med tilbakevirkende kraft ikke er mulig, men at det fra tidspunktet klagefristen ble gitt, må anses å foreligge en ny tildelingsbeslutning. Som nevnt starter klagefristen å løpe fra det tidspunktet det foreligger en tildelingsmeddelelse som oppfyller forskriftens krav, noe som vil si at klagefristen i dette tilfellet startet å løpe 3. februar 2011, og at fristen for å klage reelt var syv dager.
- (57) Spørsmålet for nemnda er hvorvidt syv dagers klagefrist er i samsvar med forskriften § 13-3 (1) om at det skal gå "*rimelig tid*" fra meddelelsen om tildeling til kontraktsinngåelse. Klagefristens lengde reguleres ikke direkte i forskriften, men må etter klagenemndas praksis settes ut fra saksomstendigheter og rimelighetshensyn. Det er i tidligere saker lagt til grunn at en frist på ti dager normalt vil være tilstrekkelig lang, jf. klagenemndas saker 2008/98 premiss (103) og 2008/187 premiss (64).
- (58) Et sentralt moment er at fristen må ses i lys av hva anskaffelsen gjelder, jf. klagenemndas saker 2009/57 og 2008/170. I sak 2009/57, som gjaldt inngåelse av kontrakt om entreprise på stål- og montasjearbeider på Hardangerbrua, ble en klagefrist på seks dager, i lys av kontraktens omfang og kompleksitet, ansett å være åpenbart for kort. I sak 2008/12 ble en klagefrist på syv dager ansett å være for kort ved en begrenset anbudskonkurranse i forbindelse med prosjektering av nye kontorlokaler til den norske ambassaden i Paris. I foreliggende sak er det tale om anskaffelse av et LED-display, som i motsetning til nevnte saker, må anses som en relativt enkel og ukomplisert anskaffelse. Det er også en anskaffelse av forholdsmessig lav økonomisk verdi. Hensett til anskaffelsens relativt enkle beskaffenhet finner nemnda at fristen på syv dager ga tilbyderne rimelig tid til å reise søksmål for å stanse kontraktsinngåelsen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Hvorvidt kontrakt ble inngått i karensperioden

- (59) Som nevnt skal oppdragsgivers tildelingsmeddelelse i henhold til forskriften § 13-3 (1) inneholde en frist til å klage over beslutningen. Forutsetningsvis kan oppdragsgiver ikke inngå kontrakt så lenge klagefristen løper.
- (60) Over er det lagt til grunn at klagefristen i dette tilfellet utløp 10. februar 2011.
- (61) I følge forskriften § 13-3 (1) andre punktum er kontrakt først inngått når den er signert av begge parter. Dette gjelder imidlertid bare som et utgangspunkt, da regelen kan fravikes av partene. Klagenemnda viser i denne forbindelse til Rt. 1994 s. 1222 (Sjøen) der omforent iverksettelse av massekontroll ble ansett som ensbetydende med at bindende avtale var inngått, sml. også klagenemndas uttalelser angående denne dommen i sak 2009/93.
- (62) Av kontrakten som er framlagt av innklagede, fremgår det at avtalen ble signert av valgte leverandør 8. februar 2011, og av innklagede 14. februar 2011. I henhold til utgangspunktet som følger av forskriften § 13-3 (1) andre punktum skulle kontrakt etter dette anses inngått 14. februar 2011. Det foreligger imidlertid klare holdepunkter for at

bindende avtale må anses inngått på et tidligere tidspunkt. I tilsvaret til klagenemnda fremholder innklagede at valgte leverandør *faktisk* leverte LED-displayet før leveringsfristen og før angitt leveringstid i selskapets tilbuds-brev. I følge innklagede ble skjermen levert allerede 11. februar 2011. Det har formodningen mot seg at bindende avtale ikke var inngått på dette tidspunktet. Det vises til at det i dette tilfellet var tale om en bestillingsvare som skulle tilvirkes etter innklagedes spesifikasjoner, og at det derfor er naturlig å anta at valgte leverandør ikke ville effektivt bestillingen, som etter alle forhold må ha skjedd på et tidligere tidspunkt enn 11. februar 2011, uten at det forelå en bindende avtale. Til dette kommer at klager i e-post av 8. februar 2011 ble opplyst om at "*Avtale inngått, og varen har ankommet lager i Oslo*". Bindende avtale må derfor anses for å være inngått på et tidspunkt forut for utløpet av klagefristen 10. februar 2011. Innklagede har dermed brutt regelverket ved å inngå kontrakt i karensperioden.

Begrunnelse

- (63) I henhold til forskriften § 11-14 (2) bokstav c skal oppdragsgiver snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist.
- (64) I e-post 27. januar 2011 ble klager meddelt at det på grunn av de nye opplysningene fra klager vedrørende leveringstid, ville bli gjennomført en ny evaluering, og at klagers tilbud ville bli inkludert i denne. Fire dager senere, 31. januar 2011, ble klager informert om at kontrakten etter omgjøringen var tildelt valgte leverandør. Det ble ikke gitt opplysninger om at klagers tilbud var avvist fra konkurransen. I brev av samme dato, hvor det ble gitt en nærmere begrunnelse for omgjøringen av tildelingsbeslutningen, fremgikk det imidlertid at leverandører med lik eller lenger leveringstid enn klager hadde fått sine tilbud avvist.
- (65) Det kan argumenteres for at klager ut fra at dette burde forstått at selskapets tilbud var avvist. I henhold til forskriften § 11-14 (2) bokstav c skal tilbyderne imidlertid uttrykkelig underrettes om dette, samt gis en kort begrunnelse. Det er ikke tvilsomt at innklagede hadde mulighet til å meddele klager om at selskapets tilbud var avvist på et tidligere tidspunkt enn i e-post 3. februar 2011, hvor innklagede på forespørsel bekreftet at klagers tilbud var avvist, og at forskriften § 11-14 (2) bokstav c derfor må anses brutt.

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt forskriften § 13-3 (1) ved ikke å sende tildelingsmeddelelsen til avviste leverandører, og ved at tildelingsmeddelelsen ikke inneholdt en klagefrist.

Oslo kommune har brutt forskriften § 13-3 (1) ved å inngå kontrakt før klagefristens utløp.

Oslo kommune har brutt forskriften § 11-14 (2) ved å unnlate, så snart som mulig, å meddele klager om at selskapets tilbud var avvist.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 27. august 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl