



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vedlikeholdsarbeider på Langset bru. Klagenemnda fant at klagers tilbud rettmessig var avvist av innklagede, da det ikke var gitt i "merket forsendelse", jf. § 11-2 (1). Klager fikk medhold i at innklagede hadde brutt forskriften § 11-13 (1) og § 11-14 (2) bokstav c, ved ikke å avvise klagers tilbud "snarest mulig". Klagenemnda la vekt på at var enkelt for innklagede å oppdage at merkingen av forsendelsen ikke var i tråd med konkurransegrunnlaget, og at avvisningsgrunnen kan ikke ha vært særlig krevende å fastslå, sammenholdt med at avvisningen var meddelt sent i anskaffelsesprosessen.

Klagenemndas avgjørelse 17. juni 2014 i sak 2012/179

Klager: Solid Vedlikehold AS

Innklaget: Akershus fylkeskommune v/ Statens vegvesen, Region øst

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Bakgrunn:

(1) Akershus fylkeskommune v/ Statens vegvesen Region øst (heretter innklagede) kunngjorde 28. mars 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vedlikeholdsarbeider på Langset bru. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst, men den er kunngjort med skjema for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 19. april 2012.

(2) Fra konkurransegrunnlaget kapittel B3 punkt 3 hitsettes:

"3 Levering av tilbud

[...] Tilbudet leveres i lukket konvolutt merket "Tilbud nr 2012/021879 Langset bru, Vedlikeholdsarbeider"

(3) Det ble avholdt tilbudskonferanse 11. april 2012. Referatet fra tilbudskonferansen ble tilsendt alle registrerte tilbydere på Doffin, samt deltakere på tilbudskonferansen. Av referatet fremgikk følgende om endring av tilbudsfrist og tilbudsåpning:

"2) Det var ønske om forlengelse av tilbudsfristen. Byggherren innvilger dette. Ny tilbudsfrist settes til 26.04.2012 kl 12:00, med tilbudsåpning 27.04.2012 kl 09:00."

(4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede ni tilbud, herunder fra Solid Vedlikehold AS (heretter klager).

(5) Klagers tilbud ble oversendt per post, og var merket med navn på saksbehandler hos innklagede, "Kundesenter 2 etg. – tilbudsdokumenter", samt nummeret "2012-001".

Klager sendte samtidig en bekreftelse til saksbehandler for anskaffelsen om at det var innsendt et tilbud fra klager.

- (6) Ved tilbudsåpning ble saksbehandler hos innklagede oppmerksom på at det ventede tilbudet til klager ikke var tilstede. Det ble derfor foretatt en henvendelse til mottakssenteret, som bekreftet at tilbudet som nevnt i premiss (5) var mottatt der.
- (7) Tilbudet fra klager ble medtatt i tilbudsåpningen, og ble registrert i protokoll fra tilbudsåpning av 27. april 2012.
- (8) Klager ble avvist ved brev av 25. mai 2012, med den begrunnelse at klagers tilbud ikke var merket med tilbudsnummeret til konkurransen, og dermed ikke var tilstrekkelig merket i henhold til konkurransegrunnlaget kapittel B3 punkt 3. Tilbudet ble avvist med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav b.
- (9) Avvisningsbeslutningen ble påklaget 7. juni 2012. Klagen ble ikke tatt til følge ved brev av 11. juni 2012. Herfra hitsettes:

"Den klagende part og Statens vegvesen Region øst er enige i at tilbudet til Solid Vedlikehold AS var mangelfullt merket sett i forhold til kravene satt i konkurransegrunnlaget kapittel B3-2, punkt 2. Tilbudet var merket med påskriften "Tilbudsdokumenter".

Statens vegvesen kan opplyse om at den feilaktige merkingen medførte at tilbudet ble liggende åpent i vår resepsjon. I resepsjonen er det stor gjennomgangstrafikk av ansatte, konsulenter, eksterne bidragsyttere og andre. Situasjonen som oppstod kan således ikke sammenlignes med avgjørelsene i KOFA 2009/103 og 2003/24.

Statens vegvesen bemerker at formålet med de strenge reglene i FOA § 11-11 (1) bokstav b, jf. § 11-2 (1), nettopp er å unngå situasjoner som den oppstår, der det oppstår risiko for at tilbudet kan åpnes før tilbudsåpningen med mere."

- (10) Kontrakt ble inngått med vinner av konkurransen 14. juni 2012.
- (11) Saken ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 29. juni 2012.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. juni 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede hadde ikke hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav b, jf. § 11-2 (1), til å avvise klagers tilbud. Klager erkjenner at forsendelsen ikke var merket på den måten som var påkrevd i konkurransegrunnlaget. Tilbudet var likevel tilstrekkelig merket til at det ikke skulle vært avvist. Tilbudet var merket "tilbudsdokumenter", og innklagede kunne dermed ikke behandle pakken som ordinær post. Det var derfor heller ingen risiko for at innklagede skulle åpne tilbudet ved en misforståelse før tilbudsåpningen. Dette bekreftes av at tilbudet kom frem til riktig person innen tilbudsåpning. Ved å medta tilbudet i tilbudsåpningen, er det også akseptert av innklagede som tilstrekkelig merket.

- (14) Ved svar på klage jf. premiss (9), erkjenner innklagede at tilbudet til klager lå åpent i deres resepsjon. Dersom dette betyr at tilbudet ble åpnet før tidspunktet for tilbudsåpningen som var angitt i konkurransegrunnlaget, har innklagede handlet i strid med forskriften § 11-7 (1).
- (15) Innklagede avviste klager først en måned etter tilbudsfristen, i strid med forskriftens krav om at oppdragsgiver "*snarest mulig*" skal ta stilling til spørsmålet om avvisning, og gi melding med kort begrunnelse, jf. § 11-13 (1) og § 11-14 (2).

Innklagedes anførsler:

- (16) Klagers tilbud ble rettmessig avvist fra konkurransen med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav b. Ettersom tilbudet ikke var merket med riktig nummer, ble det av mottakssenteret ikke behandlet som et tilbud i konkurransen. Tilbudet ble derfor liggende tilgjengelig i resepsjonen, i stedet for i et avlåst skap sammen med de øvrige tilbudene. Tilbudets manglende merking medførte således en risiko for at tilbudet ble åpnet før tilbudsåpningen. Det faktum at tilbudet faktisk ble åpnet ved tilbudsåpningen og protokollført, endrer ikke på den plikt innklagede hadde til å avvise klagers tilbud.
- (17) Det er ikke riktig at klagers tilbud ble åpnet før tilbudsåpning, og innklagede har ikke handlet i strid med forskriften § 11-7 (1). Ved innklagedes formulering om at "*den feilaktige merkingen medførte at tilbudet ble liggende åpent i vår resepsjon*", jf. svaret på klagen på avvisningsbeslutningen jf. premiss (9), ble det kun ment at klagers tilbud ikke lå i et avlåst skap sammen med de øvrige tilbudene, og ikke at tilbudets forsegling var brutt.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av vedlikeholdsarbeider på Langset bru, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen er kunngjort etter skjema for anskaffelser som følger forskriften del II. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det var riktig å avvise klagers tilbud

- (19) Klager anfører at innklagede ikke hadde hjemmel til å avvise klagers tilbud med henvisning til at tilbudet ikke var tilstrekkelig merket.
- (20) Av forskriften § 11-11 (1) bokstav b følger det at et tilbud skal avvises når det ikke tilfredsstiller kravene til tilbudets utforming i § 11-2 (1). Av forskriften § 11-2 (1) fremgår det at tilbudet skal være skriftlig, og avgis i "*lukket og merket forsendelse, enten direkte eller per post.*"
- (21) Forskriftens § 11-2 (1) oppstiller ikke nærmere krav til merkingen, og oppdragsgiver har selv adgang til å spesifisere innholdet i dette kravet, jf. også klagenemndas avgjørelse 2009/103 premiss (15) med henvisning til sak 2003/24 og FAD Veileder.
- (22) Ifølge konkurransegrunnlaget kapittel B3 punkt 3 skulle tilbudene leveres i lukket konvolutt merket "*Tilbud nr 2012/021879 Langset bru, Vedlikeholdsarbeider*". Klagers

tilbud ble oversendt per post, og var merket "*Kundesenter 2 etg. – tilbudsdokumenter*" og nummeret "*2012-001*", samt navn på saksbehandler hos innklagede.

- (23) Klager erkjenner at forsendelsen ikke var merket i henhold til konkurransegrunnlaget. Klager anfører at tilbudet likevel var tilstrekkelig merket til at det ikke skulle vært avvist etter § 11-11 (1) b, jf. § 11-2 (1), fordi det ikke forelå risiko for at innklagede skulle åpne tilbudet ved en misforståelse før tilbudsåpningen.
- (24) Hensynene bak bestemmelsen om at et tilbud skal være skriftlig og avgis i lukket og merket forsendelse, jf. § 11-2 (1), er å sikre notoritet og anonymitet. Det skal være mulig å skille tilbudene fra annen post og oppbevare dem på en trygg måte før tilbudsåpningen.
- (25) Selv om klagers forsendelse var merket "*tilbudsdokumenter*", slik at den kunne skilles fra annen generell post, kunne den ikke tilknyttes den aktuelle konkurransen. Den foreliggende saken skiller seg med dette fra klagenemndas sak 2009/103. Klagenemnda aksepterte i sak 2003/24 en umerket forsendelse som tilstrekkelig merket. Begrunnelsen var at risikoen for at tilbudet skulle bli åpnet ved en misforståelse var eliminert, fordi konvolutten med tilbudet ble overlevert til riktig kontaktperson med beskjed om hva konvolutten inneholdt. I foreliggende sak hadde klager sendt en bekreftelse til innklagede på at de hadde levert tilbud, og skrevet saksbehandlers navn på konvolutten. Saksbehandler fikk imidlertid ikke beskjed om at merkingen av klagers tilbud var mangelfull, eller andre forhold som kunne identifisere klagers tilbud, som ved klagenemndas sak 2003/24. Innklagede hadde dermed ikke foranledning til å legge forsendelsen på et trygt sted.
- (26) Klagenemnda finner at innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud jf. § 11-11 (1) bokstav b jf. § 11-2 (1), fordi tilbudet ikke var avgitt i "*merket forsendelse*". Klagers anførsel om at forsendelsen måtte anses akseptert av innklagede som tilstrekkelig merket ved å medta tilbudet i tilbudsåpningen, kan av denne grunn ikke føre frem. Klagers tilbud var rettmessig avvist fra konkurransen.
- (27) Når det gjelder klagers antydning om at innklagede har brutt regelverket ved å åpne klagers tilbud før tilbudsåpningen, finner klagenemnda det klart at det ikke er holdepunkter for å forstå innklagedes brev av 11. juni 2012 på denne måten.

Hvorvidt klager ble avvist for sent

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 11-13 (1) og § 11-14 (2) bokstav c, ved at klagers tilbud ikke ble avvist "*snarest mulig*". Det vises til at avvisningen av 25. mai 2012 fant sted en måned etter utløpet av tilbudsfristen.
- (29) Etter forskriften § 11-13 (1) skal oppdragsgiver "*snarest mulig [...] ta stilling til spørsmålet om avvisning*". Av forskriften § 11-14 (2) bokstav c følger det at oppdragsgiver "*skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist jf. § 11-11 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet)*".
- (30) Bakgrunnen for at oppdragsgiver snarest mulig har plikt til å ta stilling til avvisningsspørsmålet, er blant annet hensynet til forutsigbarhet. Et tilbud er bindende for tilbyderen ut vedståelsesfristen, noe som binder opp ressurser. Dersom tilbudet avvises vil leverandøren ikke lenger være bundet, og kan eksempelvis delta i nye konkurranser. Det er derfor viktig for leverandøren å få avklart raskt om tilbudet blir avvist, jf. også

Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser side 181.

- (31) Klagers tilbud ble imidlertid avvist grunnet mangelfull merking av tilbudsforsendelsen. Av hensyn til tilbydernes forutsigbarhet, er dette en type avvisningsgrunnlag som burde tas stilling til på et tidlig tidspunkt etter tilbudsfristens utløp, om ikke umiddelbart etter tilbudsåpningen. Det var enkelt for innklagede å oppdage at merkingen ikke var i tråd med konkurransegrunnlaget, og avvisningsgrunnen kan ikke ha vært særlig krevende å fastslå. Da klager derimot ble informert om avvisningen sent i anskaffelsesprosessen, en måned etter tilbudsfristen, finner klagenemnda at innklagede ikke har tatt stilling til avvisningsspørsmålet og gitt begrunnelse for avvisning "*snarest mulig*". Innklagede har dermed brutt forskriften § 11-13 (1) og § 11-14 (2) bokstav c.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region øst har brutt forskriften § 11-13 (1) og § 11-14 (2) bokstav c ved å unnlate å "*snarest mulig*" ta stilling til avvisningsspørsmålet, hva gjaldt klagers tilbud.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 17. juni 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger