



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en konkurranse for anskaffelse av detaljprosjektering av en barnehage. Anskaffelsen var av en slik verdi at kun loven og forskriften del I kom til anvendelse for gjennomføring av den. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å utforme et konkurransegrunnlag som ga et konkurransefortrinn til valgte tilbyder. Det forelå plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 12. august 2014 i sak 2012/194

Klager: Iversen Petch AS

Innklaget: Aure kommune

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Magni Elsheim og Jakob Wahl

Saken gjelder: Kravet om likebehandling, avlysningsplikt

Bakgrunn:

- (1) Aure kommune (heretter innklagede) inviterte 1. februar 2012 fem tilbydere til å inngi tilbud på detaljprosjektering av Steinhaugen barnehage. Anskaffelsens verdi er i anbudsprotokollen angitt til å være kroner 100 000,-. Tilbudsfristen var angitt til 15. februar 2012. Sammen med konkurransegrunnlaget oversendte innklagede tilbyderne tegninger av barnehagen i PDF-format.
- (2) I konkurransegrunnlaget hadde innklagede oppstilt følgende krav til oppdraget for detaljprosjektering av barnehagen:

"Alt tegningsmateriale skal utføres digital utgave og i kompatibel form."
- (3) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen, det ene var fra Iversen Petch AS (heretter kalt klager) og det andre var fra Solem Arkitektur (heretter valgte leverandør).
- (4) I brev av 16. februar 2012 meddelte innklagede at klagers tilbud var avvist som følge av at det inneholdt et forbehold, og at kommunen hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (5) Klager sendte en klage på tildelingsbeslutningen 20. februar 2012. Det ble her påpekt at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling ved at valgte leverandør tidligere hadde utarbeidet et skisseprosjekt for barnehagen og dermed allerede hadde tilgjengelig tegninger i DAK-format¹. Som en følge av dette ville valgte leverandør oppnå en

¹ Med DAK-format menes digitale tegninger, dvs tegninger som er redigerbare elektronisk. Dette til forskjell fra tegninger i PDF-format. Når tegningene er i DAK-format, er det enkelt å gå inn å for eksempel flytte vegger osv.

konkurransfordel. Innklagede svarte i brev av 21. februar 2012, og tok ikke klagen til følge. Kontrakt med valgte leverandør ble signert 8. mars 2012.

(6) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. august 2012.

(7) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Brudd på kravet til likebehandling

(8) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1, ved ikke å sørge for at tilbyderne var i en likeverdig konkurransesituasjon. Valgte leverandør hadde utarbeidet DAK-tegninger ved et forprosjekt til barnehagen. Konkurransfordelen ved å kunne benytte disse tegningene i sitt tilbud, mens klager selv måtte utarbeide DAK-tegninger ga en kostnadsbesparelse på 20 % for valgte leverandør.

Avvisning av tilbud

(9) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud, under henvisning til klagers forbehold om å få utlevert tegninger i DAK-format. Det vises til at valgte leverandør hadde et konkurransefortrinn gjennom besittelse av tegningene i DAK-format, og at det bryter med likebehandlingsprinsippet å avvise tilbudet som en følge av dette forbeholdet.

Innklagedes anførsler:

Brudd på likebehandlingsprinsippet

(10) Det bestrides at likebehandlingsprinsippet er brutt. Innklagede er enig i at valgte leverandør har fått et konkurransefortrinn ved tidligere å ha utarbeidet et skisseprosjektet for barnehagen, og ved å inneha egenprodusert tegningsmateriale (DAK-tegninger). Konkurransen er tross dette gjennomført i henhold til regelverket sett i lys av anskaffelsens begrensede verdi.

Avvisning av tilbud

(11) Innklagede bestrider at avvisningen var feil. Tilbudet fra klager inneholdt et forbehold som måtte anses som vesentlig og måtte dermed avvises.

Klagenemndas vurdering:

(12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder detaljprosjektering av en barnehage, som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 12. Det fremgår av sakens dokumenter at innklagede vurderte anskaffelsens verdi til 100 000 kr. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I, jf. forskriften §§ 2-1.

Brudd på likebehandlingsprinsippet

(13) Klager har anført at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved å ikke gi alle tilbyderne lik tilgang til tegninger i DAK-format.

- (14) Kravet til likebehandling i loven § 5 innebærer at oppdragsgiver i noen tilfeller har aktivitetsplikt med sikte på å utjevne en konkurransefordel, jf. blant annet EU-domstolens sak T-345/03 og klagenemndas sak 2010/160 premiss (80).
- (15) Valgte leverandør hadde tidligere utarbeidet et skisseprosjekt for barnehagen anskaffelsen gjaldt. Dette medførte at selskapet hadde egenproduserte tegninger i DAK-format, som kunne benyttes i den videre detaljprosjekteringen. Det fulgte av innklagedes konkurransegrunnlag at tegningsmaterialet skulle utføres i digital utgave, og for andre tilbydere var det derfor nødvendig å omgjøre pdf-filer til DAK-format ved en eventuell tildeling av oppdraget.
- (16) Innklagede har ikke bestridt at valgte leverandør med dette fikk et konkurransefortrinn. Ifølge klager medførte dette en besparelse på 20 %. Innklagede har opplyst at kommunen ikke hadde tenkt igjennom problemstillingen før tilbudene ble levert inn, og at det senere ble forsøkt å få tilgang til DAK-tegningene fra valgte leverandør. Kommunen fikk til svar at dette ikke var en del av avtalen, og svaret ble tatt til følge uten videre undersøkelser. I ettertid har innklagede erkjent at klager kanskje har rett i at kommunen selv hadde rettighetene til DAK-filene gjennom å ha betalt for skisseprosjektet.
- (17) Slik konkurransen var lagt opp, medførte det en konkurransefordel for valgte leverandør at denne, til forskjell fra de øvrige, ikke måtte omgjøre de utleverte pdf-tegningene til DAK-tegninger. Innklagede kunne sikret likebehandling av tilbyderne ved å gi samtlige tilgang til tegningene i DAK-format. Når innklagede ikke sørget for å gi tilgang til DAK-tegningene, innebærer dette at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5.
- (18) For å kunne ta stilling til om klager har saklig interesse i å få avgjort sin anførsel knyttet til avvisning av sitt tilbud, tar klagenemnda først stilling til om den feil innklagede her har begått innebar en plikt for innklagede til å avlyse konkurransen. Hvis så er tilfelle mangler klager saklig interesse i å få avgjort om avvisningen av selskapets tilbud er et brudd på anskaffelsesregelverket, jf. klagenemndforskriften § 6 (2).
- (19) Basert på Rettens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61):
- "Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltagelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."*
- (20) Et brudd på likebehandlingsprinsippet, som her, er en feil som kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen. Konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. Det kan heller ikke utelukkes at feilen kan ha avholdt andre leverandører fra å delta i konkurransen. Innklagede hadde etter dette en plikt til å avlyse konkurransen. Klager mangler således saklig interesse i å få avgjort sin anførsel knyttet til avvisningen av selskapets tilbud, jf. klagenemndforskriften § 6 (2).

Konklusjon:

Aure kommune har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å sørge for at alle tilbyderne hadde tilgang til like grunnlagstegninger og dermed stille dem i en lik konkurransesituasjon.

Klagers øvrige anførsel er ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl