



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av diverse maskintjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i loven § 5, samt forskriften §§ 3-1 (7) og 3-2, ved at det ikke er skrevet referat fra møter som er gjennomført med to av leverandørene i konkurransen. Klagenemnda fant også at innklagede hadde brutt forskriften § 13-3 (1), ved at det ikke ble sendt en endelig tildelingsmeddelelse til de av leverandørene som ble avvist/fikk sitt tilbud avvist i konkurransen. Klagenemnda fant videre at innklagede hadde brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5, samt forskriften § 11-14 (2) bokstav c, ved å ikke opplyse om klagerett i avvisningsmeddelelsen til klager. Klagenemnda fant endelig at innklagede hadde brutt forskriften § 11-13 (1), ved å ikke "snarest mulig" ta stilling til avvisningsspørsmålet, hva gjaldt klagers tilbud. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. juli 2012 i sak 2012/132

Klager: Rolf Arne Johnsen

Innklaget: Sørreisa kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Opplysning om klagerett og klagefrist i avvisningsmeddelelse. Manglende realitetsbehandling av klage over tildelingsbeslutning. Unnlatt angivelse av vektning av ulike prisposter i tildelingskriteriet pris. Unnlattelse av å varsle avviste leverandører om endelig tildelingsbeslutning. Manglende referatføring fra møter. Kravet til likebehandling og ikke-diskriminering. Manglende forholdsmessighet. Ikke inngått skriftlig kontrakt.

Bakgrunn:

- (1) Sørreisa kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. oktober 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av diverse maskintjenester. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) angitt til å være 800 000 kroner over fire år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 28. november 2011.
- (2) Av kunngjøringen punkt II.1.5) fremgikk at anskaffelsen gjaldt følgende:
"Maskinarbeid ved behov. Oppgraving og rep. av vann og kloakkledninger, grøfterens vegger mv."
- (3) Videre fremgikk det følgende av kunngjøringen punkt IV.2) *"Tildelingskriterier"*:
"Laveste pris: Ja"

Økonomisk mest fordelaktig tilbud vurdert på grunnlag av:

Kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget: Nei

- (4) I kunngjøringen punkt IV.3.7) ble det opplyst at vedståelsesfristen var to måneder.
- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt A "Kontraktsarbeidet" fremgikk følgende:

1. "Oppdrag

Maskiner med fører skal være disponibel for oppdrag på kort varsel (for akuttsituasjoner 2 timer). Med uttrykket "på kort varsel" forstås den tilriggingstid som byggherren gir ved inngivelse av arbeidsordren.

2. Kvalifikasjonskrav

Godkjenningssområder for oppdraget er:

UTF 150.2, UTF 844.2, UTF 846.2, KUT 150.2, KUT 844.2, KUT 846.2

3. Utstyr/Utrustning

Anbyderen må minimum disponere følgende utrustning:

- a) *Lettere gravemaskin, inntil 10 tonn.*
- b) *Tyngre gravemaskin. Inntil 25 tonn. Maskintype må oppgis.*
- c) *Minigraver.*
- d) *Boreutstyr.*
- e) *Utstyr til løfting av kummer, rør m.v.*
- f) *Utrustning for transport av ovennevnte utstyr.*
- g) *Godkjent kranbil for transport av kummer mm.*

Maskinholderen skal til enhver tid kunne skaffe de maskiner og utstyr som inngår i avtalen. Dersom maskiner og utstyr ikke kan skaffes på det tidspunkt arbeidsordren blir inngitt, står kommunen fritt til å engasjere annen maskinholder. Merutgifter som kommunen får med dette skal da betales av kontraktholderen.

Maskinene skal være sertifiserte og ha årlige kontroller av fagkyndig person som er godkjent av Arbeidstilsynet.

4. Dokumentasjon

Anbyderen må dokumentere godkjent ADK og maskinførerbevis. I tillegg må føreren av maskin ha maskinførerbevis."

- (6) Videre ble det i konkurransegrunnlaget punkt F. "Valg av anbud" opplyst følgende:

"Sørreisa kommune påberoper seg retten til å godta det tilbudet som er gunstigst for kommunen."

- (7) Vedlagt konkurransegrunnlaget var det et anbudsskjema *"Utskifting/Reparasjon av avløpsledning Skøelv"* som tilbyderne skulle fylle ut. Innklagede har per telefon opplyst Klagenemndas sekretariat om at dette skjemaet var benyttet som et eksempel for oppdrag under avtalen. Det hitsettes fra dokumentet:

"[...] Det må påregnes en del masseutskifting. Den nye ledningen skal legges i forskriftsmessige omfyllingsmasser. Anbyderen skal selv oppgi antall timer som brukes til dette arbeidet, samt timepris og total pris for arbeidet. Antall timer skal være realistisk. Det vil bli sammenlignet med lignende arbeider. Urealistiske tilbud vil bli forkastet.

Arbeidsbeskrivelse	Timer	Timepris	Total sum for posten
<i>Transport av maskin. Totalt for hele tilbudet</i>			
<i>Graving av 50 meter jordgrøft</i>			
<i>Frakobling av abonnent</i>			
<i>Fjerning av gamle rør og overskuddsmasse. Transport til Øyjordsnes.</i>			
<i>Henting av omfyllingsmasse. Nødvendig omfyllingsmasse må beregnes.</i>			
<i>Henting av 160 mmrør fra Øyjordsnes.</i>			
<i>Legging av rør, 160 mmPVC</i>			
<i>Tilkobling av abonnent.</i>			
<i>Omfylling av rør.</i>			
<i>Fylling resten av grøfta</i>			
SUM ANBUD"			

- (8) Videre var konkurransedokumentene også vedlagt et skjema for utfylling av timepriser, *"Tilbudsskjema maskintjenester"*, hvor det skulle angis timepriser for de ulike postene under konkurransegrunnlaget punkt 3. *"Utstyr/Utrustning"*. Skjemaet hadde følgende overskrifter:

<i>"Utstyr/Utrustning</i>	<i>Spesifikasjon</i>	<i>Timepris</i>
---------------------------	----------------------	-----------------

- (9) Av protokoll fra anbudsåpningen 28. november 2011 fremgikk at innklagede mottok fire tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra Rolf Arne Johnsen (heretter kalt klager) og Nordhaug Maskin AS (heretter kalt valgte leverandør). Følgende oversikt over tilbyderens priser ble gjengitt i protokollen:

	<i>"1</i> <i>Rolf</i> <i>Johnsen</i>	<i>2</i> <i>A.</i> <i>Anlegg</i> <i>&</i> <i>Maskin</i>	<i>3</i> <i>Bakkland</i>	<i>4</i> <i>Nordhaug</i>
<i>Anbudssum</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>Lett gravemaskin</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>Tyngre gravemaskin</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>Minigraver</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>Boreutstyr</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>Transport utstyr</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>Godkjent kranbil</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>Utstyr for løfting av utstyr</i>	[...]	[...]	[...]	[...]"

- (10) Klager innga tilbud med blant annet utfylt anbudsskjema og timeprisskjema. Det vises til en tilføyd setning i klagers anbudsskjema:

"Det er beregnet 16 timer på 2 maskiner og 1 mann og summen er med omfyllingsmasse 8-22 punkt."

- (11) Videre hitsettes følgende punkt i klagers timeprisskjema:

<i>"Utstyr/Utrustning</i>	<i>Spesifikasjon</i>	<i>Timepris</i>
<i>Godkjent kranbil for transport av kummer m.m.</i>	<i>Traktor m/henger</i> <i>Laster</i>	[...]"

- (12) Valgte leverandør innga tilbuds brev, samt utfylt prisskjema og et anbudsskjema som tilbyderen selv hadde utformet i egen mal. Det hitsettes to punkt i førstnevnte skjema:

<i>"Utstyr/Utrustning</i>	<i>Spesifikasjon</i>	<i>Timepris</i>
<i>Utstyr til løfting av kummer, rør mv.</i>	<i>Kran, graver og lignende</i>	---
<i>Godkjent kranbil for transport av kummer m.m.</i>	<i>Scania 500</i>	[...]"

(13) Videre fremgikk følgende av valgte leverandørs anbudsskjema satt i egen mal:

"Eksempel rep/skifting av avløpsrør Skøelv.

Det antas at det ikke stiller arbeidere fra teknisk, og at alle deler og grus holdes av kommunen. = det prises bare arbeid.

<i>Postnr.</i>	<i>Mengde</i>	<i>Enhet</i>	<i>Beskrivelse</i>	<i>Enhetspris</i>	<i>Sum pris</i>
[...]					
80.05	17,50	m3	<i>Transp. av omfyllingsmasse</i> <i>Prisen gjelder bare transporten. (6 km fra Sørreisa)</i> <i>Det beregnes 0,35 m3 pr. lm.</i>	(...) ¹	(...)"

(14) Tildelingsmeddelelse ble sendt til alle tilbyderne i konkurransen ved brev 30. desember 2011, og det hitsettes følgende fra denne:

"Viser til anbud på maskintjenester i Sørreisa kommune 2012 – 2015.

Sørreisa kommune vil inngå kontrakt med firmaet Bakkland Maskin og Transport AS.

Eventuelle merknader på dette må være kommet til Sørreisa kommune innen 16. januar 2012."

(15) Klager påklaget innklagedes tildelingsbeslutning ved brev 10. januar 2012, hvor det blant annet fremgikk følgende merknad:

"Kvalifikasjonskrav?

Eneste anbyder som ikke er kvalifisert etter kravet gitt i anbudet i anbudet er innstilt til jobben".

¹ Innklagede har oppgitt priser i disse kolonnene, men opplysningene er sladdet som forretningshemmeligheter, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr.2

(16) Innklagede avviste Bakkland Maskin og Transport AS fra konkurransen ved brev 17. januar 2012.

(17) Klager ble avvist fra konkurransen ved brev 18. januar 2012, hvor det fremgikk følgende:

"Det vises til brev av 10.01.12 der det klages på tildeling av kontrakt på maskintjenester.

Vi har hatt avklarende møter med Bakkland Maskin og Transport AS. På dette møtet kom det fram ting som gjør at kommunen ikke vil inngå kontrakt med dette firmaet.

Vi ser derfor ikke hensikten med å grunngi i detalj de momenter som du anførte i brev av 10.01.

Det som imidlertid er viktig er at det som det faktisk spørres om i anbudet er det som må bli lagt vekt på. Om kommunen ikke har benyttet tjenesten før betyr ikke at kommunen kan hoppe over dette i vurderingen.

Ved gjennomgang av anbudspapirene framgår det at du har gitt pris på traktor der kommunen ba om pris på kranbil. Dette er ikke i henhold til forespørsel og tilbudet avvises derfor."

(18) Anlegg og Maskin AS, ble avvist fra konkurransen ved brev 24. januar 2012.

(19) Av anskaffelsesprotokoll 25. januar 2012 fremgikk det at tre av fire tilbydere/tilbud ble avvist, samt at det var gitt ulik begrunnelse for avvisningene.

(20) Klager påklaget avvisningen/kom med merknader til saksbehandlingen, ved brev til innklagede datert 28. februar 2012.

(21) Det har i etterkant av ovennevnte vært ytterligere korrespondanse mellom innklagede og klager, uten at partene er kommet til enighet.

(22) Av faktura 3972 datert 1. mars 2012 fra Nordhaug Maskin AS til innklagede fremgår det at kommunen ved fire anledninger har kjøpt maskintjenester fra selskapet for et samlet beløp på kroner 17 563 inklusiv merverdiavgift. Etter opplysning fra innklagede gjelder dette perioden 1. februar – 28. februar 2012.

(23) Klage ble fremmet til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev 17. mai 2012.

(24) Innklagede meddelte klagenemndas sekretariat 31. mai 2012 at det ikke vil bli inngått kontrakt før saken er ferdig behandlet i klagenemnda.

(25) Foranlediget av henvendelse fra klagenemndas sekretariat, presiserte klager sine anførsler i brev 10. juni 2012.

(26) Klagenemndas sekretariat fikk per e-post fra innklagede 25. og 26. juni 2012 opplyst at det var gjennomført møter mellom innklagede og valgte leverandør. Det hitsettes fra e-post 26. juni 2012:

"Det ble ikke laget noe spesielt referat fra møtet med Nordhaug Maskin. Det har vært vanlig å skrive direkte i et kontraktsformular (også konsulentfirma gjør dette). Det som ble diskutert var innholdet i en eventuell kontrakt, jfr vedlegget. Møtet fant sted 25.01. Meningen var å signere kontrakten når tiden var moden. Vi visste på dette tidspunktet at saken skulle klages."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Forhold knyttet til avvisningen av klagers tilbud

- (27) Det anføres at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i anskaffelsesregelverket og forskriften § 11-13, ved ikke å avvise klager snarest mulig. Dette skjedde først 18. januar 2012 etter at klager hadde inngitt merknader til tildelingsbeslutningen.
- (28) Videre anføres det at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i anskaffelsesregelverket og forskriften § 11-13, ved at det i avvisningsbrevet til klager ikke ble opplyst om klagerett over avvisningen.

Manglende realitetsbehandling av klagers klage på den første tildelingsmeddelelsen

- (29) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk, ved at klagers klage på tildelingsmeddelelsen av 30. desember 2012 ikke ble realitetsbehandlet.

Unnlatt angivelse av hvordan de ulike prisene skulle vektlegges i tildelingskriteriet pris

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesregelverket, ved at det ikke er spesifisert i konkurransegrunnlaget hvordan de ulike prispostene under tildelingskriteriet "*Lavest pris*" skal vektlegges, foruten at kommunen påberoper seg retten til å godta det tilbud som er gunstigst for kommunen. Det vises til at klager er billigst på den tjenesten, liten gravemaskin, som erfaringsmessig blir mest brukt av kommunen og som tidligere ble tillagt mest vekt i tildelingsevalueringen. Nå vektlegges derimot alt likt, og timeprisene blir lagt sammen for å finne det rimeligste tilbudet.

Unnlatelse av å varsle de avviste tilbyderne om endelig tildelingsbeslutning

- (31) Det anføres at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, ved at klager og de øvrige avviste tilbyderne ikke er varslet om innklagedes endelige tildelingsbeslutning.

Manglende referatføring fra forhandlinger

- (32) Videre anfører klager at kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5 er brutt, ved at det ikke er skrevet referat fra de forhandlingene som er gjort. Det vises til at både Bakkland Maskin og Transport AS og valgte leverandør har vært i møter med innklagede, jf. blant annet innklagedes brev 18. januar 2012.

Likebehandling og ikke-diskriminering ved avvisning av tilbudene

- (33) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til likebehandling og ikke-diskriminering i regelverket ved ikke å avvise alle tilbudene når alle disse inneholdt feil. Klager bestrider at valgte leverandør har levert et komplett tilbud. Valgte leverandør har i sitt tilbud ikke beregnet nødvendig omfyllingsmasse i anbudsskjemaet for Skøelv, og heller ikke oppgitt antall timer, timepriser og totalpris på denne posten. Videre har leverandøren ikke gitt pris på utstyr til løfting av kommer og rør i tilbudsskjemaet. Endelig har valgte leverandør oppgitt "Scania 500" som kranbil for transport av kummer med mer, men klager fremholder at dette ikke er en kranbil.

Manglende forholdsmessighet når det bes om pris på tjenester som ikke etterspørres

- (34) Det anføres at innklagede har brutt kravet til forholdsmessighet, ved at det er krevd pris på boreutstyr og godkjent kranbil selv om dette ikke er etterspurt.

Ikke inngått skriftlig kontrakt

- (35) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at anskaffelser av kunngjøringens maskintjenester som er foretatt i perioden fra utløp av klagers kontrakt og frem til dags dato, er tildelt valgte leverandør uten at det er skrevet kontrakt.

Innklagedes anførsler:

Forhold knyttet til avvisningen av klager

- (36) Innklagede gjør for det første gjeldende at klager er rettidig avvist ved brev 18. januar 2012, og at det dermed ikke foreligger et brudd på kravet til god forretningsskikk på dette grunnlag. Det vises til at kommunen hadde frem til 28. januar 2012 å behandle tilbudene, idet vedståelsesfristen på to måneder utløp på dette tidspunkt. Det vises videre til at tilbudene ikke ble avvist med en gang, idet kommunen måtte undersøke hvorvidt kommunen hadde en plikt eller rett til avvisning. Det bemerkes at det ville vært ønskelig å gjøre dette tidligere, men at den mellomliggende jule- og nyttårshelgen gjorde dette vanskelig.
- (37) Hva gjelder selve avvisningsmeddelelsen, erkjennes at klagefristen ikke er inntatt i brevet til klager. Innklagede anfører imidlertid at klager har fått tilstrekkelig tid til å klage, og at dette er i tråd med prinsippet om god forretningsskikk i anskaffelsesregelverket. Innklagede har lagt forvaltningslovens treukers frist til grunn for klagen. Klager har imidlertid brukt seks uker på å klage, og klagen ble ikke avvist som for sent innkommet.

Manglende realitetsbehandling av klagers klage på den første tildelingsmeddelelsen

- (38) Innklagede mener at kommunen har gitt klager den begrunnelse som klager har krav på. Det fremholdes også at klager etter regelverket om offentlige anskaffelser ikke har krav på begrunnelse hva gjelder avvisning av øvrige tilbydere i konkurransen. Det bemerkes også at klager har fått tilsendt alle de papirene det til enhver tid er bedt om.

Unnlatt angivelse av hvordan de ulike prisene skulle vektlegges i tildelingskriteriet pris

- (39) Innklagede har ikke kommentert denne anførselen.

Unnlatelse av å varsle de avviste tilbyderne om endelig tildelingsbeslutning

- (40) Innklagede erkjenner at klager ikke har blitt meddelt den endelige tildelingsbeslutningen i konkurransen, idet kommunen har praktisert regelverket slik at avviste leverandører ikke skriftlig blir meddelt dette. Det vises imidlertid til at innklagede ble gjort kjent med at klager hadde fått informasjon om tildelingen til valgte leverandør.

Manglende referatføring fra forhandlinger

- (41) Hva gjelder valgte leverandør har innklagede opplyst at det ikke ble skrevet referat fra møte med denne leverandøren den 25. januar 2012. Møtet gjaldt innholdet i en eventuell kontrakt, og det fremholdes at det har vært vanlig å skrive dette direkte i et kontraktsformular. Innklagede har ikke kommentert hvorvidt det ble ført referat fra møtet med Bakkland Maskin og Transport AS i sine prosesskriv til klagenemndas sekretariat.

Likebehandling og ikke-diskriminering ved avvising av tilbudene

- (42) Innklagede bestrider at kommunen har brutt likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesregelverket ved å tildele kontrakten til valgte leverandør, idet valgte leverandør er det eneste selskapet som har inngitt et komplett tilbud i tråd med konkurransedokumentene. Det vises til at det i "*Anbudsskjema utskifting/reparasjon av avløpsledning Skøelv*", kun er pris på arbeid som etterspørres. Det blir ikke bedt om pris på omfyllingsmasse, men på henting av omfyllingsmasse og rør. Tilbyderne skulle således kun beregne hvor mye omfyllingsmasse som skal transporteres. Det er bare valgte leverandør som har gitt pris på dette arbeidet eksklusiv pris på omfyllingsmasse. De tilbyderne som inkluderte masse i tilbudet ble dog ikke avvist. Det var kun den ene tilbyderen som ikke innga pris i det hele tatt på dette arbeidet som ble avvist. Ettersom ingen av leverandørene de facto ble avvist kan ikke innklagede se at prinsippet om forskjellsbehandling er brutt.
- (43) Videre bemerkes at hva gjelder pris på utstyr til løfting av kummer og rør, har valgte leverandør i sitt tilbud oppgitt at dette utstyret inngår i prisen på det øvrige utstyret og at selskapet således ikke tar noe tillegg for dette. Når det gjelder hvorvidt Scania 500 er en kranbil, har innklagede allerede benyttet seg av denne, og det vises til at dette er en kranbil som er godkjent av typen Scania 500 HMF 16 tm.

Manglende forholdsmessighet når det bes om pris på tjenester som ikke etterspørres

- (44) Det bestrides at innklagede har brutt kravet til forholdsmessighet i anskaffelsesregelverket, idet innklagede i tråd med konkurransegrunnlagets ordlyd har vektlagt hvorvidt leverandørene har tilbudt kranbil i sin evaluering. Forholdsmessighet må vurderes i forhold til nærværende anskaffelse, og ikke ut fra hvilke maskintjenester som erfaringsmessig har blitt mest brukt av innklagede tidligere. Oppdragsgiver kan få endrede behov, og det ville ikke være forutsigbart i tråd med konkurransegrunnlagets ordlyd, hvor det etterspørres kranbil, å akseptere tilbud på traktor. Det vises videre til at dersom en tilbyder faktisk har tilbudt det som etterspørres, må tilbyderen gå foran selskap som ikke har gitt et slikt tilbud.
- (45) Innklagede anfører at klager er rettmessig avvist, idet klager tilbyr traktor i stedet for kranbil, som er etterspurt i konkurransegrunnlaget med tilhørende anbudsskjema. Det fremgår av kunngjøringen at alternative tilbud ikke aksepteres. Det vises til at

behovene endrer seg med årene, og at det er etterspurt kranbil fordi kommunen mener det er behov for dette. Selv om klager har hatt en forholdsvis rimelig timepris på det utstyr som ble mest brukt tidligere, må klager forholde seg til kommunens endrede behov. Innklagede har ikke kommentert den delen av klagers anførsel som knytter seg til boreutstyr.

Ikke inngått skriftlig kontrakt

- (46) Innklagede uttaler at det ikke er inngått skriftlig kontrakt for konkurransen, ettersom det ble opplyst fra klager at saken ville bli innklaget for klagenemnda. Det er hittil i år anskaffet noe småarbeid som enkeltkjøp fra valgte leverandør, herunder blant annet isgraving av veigrøfter for kroner 1875 og kroner 7125, samt bruk av kranbil for kroner 4560.

Klagenemndas vurdering:

- (47) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en anbudskonkurranse for anskaffelse av maskintjenester i Sørreisa kommune, herunder oppgraving og reparasjon av vann- og kloakkledninger, grøfterensking av veier med mer. Ut fra de opplysningene klagenemnda har om hva anskaffelsen gjelder, legger nemnda til grunn at det her er tale om "*Generelt anleggsarbeid*", som er en bygge- og anleggsanskaffelse, jf. forskriften vedlegg 1. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til å være 800 000 kroner over fire år. 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 del II, jf. forskriften §§ 2-1 (2) og 2-2 (1).

Forhold knyttet til avvisningen av klagers tilbud

- (48) Klager anfører for det første at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk og forskriften § 11-13, ved at klagers tilbud ikke ble avvist snarest mulig.
- (49) Av forskriften § 11-13 (1) følger det at oppdragsgiver "*snarest mulig*" skal ta stilling til spørsmålet om avvisning. Videre fremgår det følgende av Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser side 167:

"Oppdragsgivaren pliktar å ta stilling til avvisningsspørsmålet snarast råd, jf. § 11-13 første ledd og § 20-15 første ledd. Bakgrunnen er mellom anna omsynet til føreseielegheit. Eit tilbod er bindande for leverandøren ut vedståingsfristen, noko som bind opp ressursar hos leverandøren. Dersom tilbodet blir avvist, er leverandøren ikkje lenger bunden av tilbodet og kan eventuelt levere inn tilbod i nye konkurransar. Derfor er det viktig at leverandøren fort får avklare om tilbodet blir avvist.

Oppdragsgivaren må bruken den tida han treng for å sikre ei forsvarleg saksbehandling, til dømes for å vurdere juridisk om han har plikt eller rett til å avvise. Når oppdragsgivaren har gått gjennom den nødvendige informasjonen, må han ta stilling til avvisningsspørsmålet. Kor lang tid oppdragsgivaren kan bruke, er mellom anna avhengig av kor mange tilbod som er komne inn, kva slags anskaffing det gjeld og kor kompleks ho er."

- (50) I foreliggende sak ble klager avvist i brev 18. januar 2012 med den begrunnelse at selskapet ikke innga tilbud på den etterspurte tjeneste, idet klager hadde tilbudt en traktor der kommunen hadde etterspurt en *"godkjent kranbil for transport av kummer med mer"*. Tildelingsmeddelelsen i konkurransen er datert 30. desember 2012, og klager påklaget denne ved brev 10. januar 2012 uten å være avvist. Vurderingen av om klagers tilbud skulle avvises ble først gjort etter at klager hadde påklaget den opprinnelige tildelingsbeslutningen, og om lag 1,5 måned etter tilbudsåpningen 28. november 2011 – for øvrig omtrent samtidig for tre av de registrerte tilbyderne utenom valgte leverandør. Forskriften forutsetter at avvisning må vurderes før tilbudsevalueringen og tildeling av kontrakt. I foreliggende sak var avvisningsforholdet for klagers vedkommende basert på maskintilbudet synbart, og det kan ikke ha vært krevende for oppdragsgiver å fastslå denne avvisningsgrunnen før evalueringen av tilbudene. Når dette sees i sammenheng med at nærværende anskaffelse var begrenset og at det bare kom inn fire tilbud, skulle innklagede tatt stilling til avvisningsspørsmålet og foretatt en beslutning vedrørende dette tidligere, i alle fall senest forut for den opprinnelige tildelingsbeslutningen 30. desember 2011. Basert på dette kan ikke innklagede sies å ha tatt stilling til avvisningsspørsmålet *"snarest mulig"*, og det foreligger dermed et brudd på forskriften § 11-13 (1).
- (51) Videre har klager også anført at det foreligger brudd på kravet til god forretningsskikk og forskriften § 11-13, ved at avvisningsmeddelelsen til klager ikke inneholdt opplysning om klagerett.
- (52) Av forskriften § 11-13 (2) følger det at leverandører som blir avvist skal informeres i samsvar med § 11-14. I § 11-14 (2) bokstav c heter det at oppdragsgiver snarest mulig skal gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist. Det fremgår ikke eksplisitt av ordlyden at det skal gis opplysning om klagerett. Dette taler altså isolert sett for at det ikke er nødvendig å innta opplysning om dette i en avvisningsmeddelelse. I klagenemndas tidligere praksis, blant annet sakene 2009/126 premiss (63), 2008/105 premiss (33) og sak 2008/32 premiss (43) er det imidlertid lagt til grunn at en leverandør som er avvist har klagerett. Det er i sak 2008/32 premiss (43) gitt følgende begrunnelse for dette:
- "At det foreligger en klagerett for leverandører som har fått sitt tilbud avvist, er ikke eksplisitt angitt i forskriften, men følger naturlig av den rett leverandørene er gitt til å få en begrunnelse for avvisningen, jf. forskriftens § 20-16 (2) bokstav c. Hensynet bak regelen om begrunnelsesplikt er jo nettopp at leverandøren skal kunne vurdere om avvisningen er i samsvar med regelverket, og da forutsetningsvis også kunne påklage denne hvis leverandøren mener avvisningen ikke er i samsvar med regelverket."*
- (53) I samme sak premiss (44) er det videre uttalt at kontrakt med valgte leverandør ikke må inngås før eventuelle klager fra de øvrige leverandørene er ferdigbehandlet hos oppdragsgiver. Dette er nødvendig for at klageretten skal være reell, og ikke bli illusorisk, jf. EF domstolens sak C-81/98 (Alcatel). Av dette kan det utledes at det må opplyses om en klagerett, eventuelt en klagefrist i avvisningsmeddelelsen både for forkastede og avviste tilbydere. Dette for å sikre at klageretten blir reell, og at eventuell klage over en avvisning kan behandles før kontrakt med valgte leverandør inngås.
- (54) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede i avvisningsmeddelelsen til klager 18. januar 2012 skulle oppgitt at det forelå en klagerett, og hvilken frist som

gjaldt for denne. Innklagede har imidlertid verken opplyst om en klagerett eller en klagefrist i avvisningsmeddelelsen, og klagenemnda finner at dette utgjør et brudd på kravet til god forretningsskikk og forskriften § 11-14 (2) bokstav c.

Manglende realitetsbehandling av klagers klage på den første tildelingsmeddelelsen

- (55) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet, ved at klagers klage på den første tildelingsmeddelelsen ikke ble realitetsbehandlet.
- (56) Av forskriften § 13-3, som fastslår at tildelingsmeddelelsen skal inneholde en klagefrist, følger det forutsetningsvis at innklagede må foreta en realitetsbehandling av de klagenes oppdragsgiver eventuelt mottar på tildelingsbeslutningen. Dette må gjelde for at klagefristen ikke skal bli illusorisk, og følger også av kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (57) I foreliggende sak følger det av innklagedes brev til klager av 18. januar 2012 og de øvrige opplysningene som er gitt i saken, at innklagede etter mottak av klagers brev av 10. januar 2012, hvor klager uttalte at: *"Eneste anbyder som ikke er kvalifisert etter kravet gitt i anbudet er innstilt til jobben"*, foretok en helt ny vurdering av alle tilbudene i konkurransen. Klager avviste deretter tre av de fire tilbyderne/tilbudene, og tildelte til slutt kontrakten til en ny tilbyder, den eneste som ikke ble avvist. Dette innebærer etter klagenemndas syn at klagers klage er blitt realitetsbehandlet hos innklagede. Når den nye vurderingen videre medførte at opprinnelig innstilt leverandør ble avvist, må det være fullt tilfredsstillende at innklagede i tilbakemeldingen på klagen til klager nøyde seg med å uttale at kontrakt ikke ville bli tildelt dette selskapet, og at: *"Vi ser derfor ikke hensikten med å grunngi i detalj de momenter som du anførte i brev av 10.01."* Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Unnlatt angivelse av hvordan de ulike prisene skulle vektlegges i tildelingskriteriet pris

- (58) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesregelverket, ved at det ikke er spesifisert i konkurransegrunnlaget hvordan de ulike prispostene under tildelingskriteriet *"Lavest pris"* skal vektlegges, foruten at kommunen påberoper seg retten til å godta det tilbud som er gunstigst for kommunen. Videre er det uttalt at alle prispostene er blitt vektlagt likt, selv om klager er rimeligst på den posten som benyttes mest av innklagede og som tidligere er blitt tillagt mest vekt i tildelingsevalueringen.
- (59) Av forskriften § 13-2 følger det at kontrakt enten skal tildeles på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen, og at alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (60) Av kunngjøringen punkt IV.2) fremgår det at kontrakt i foreliggende sak skal tildeles på basis av *"Lavest pris"*. Innklagede har således overholdt kravet til å oppgi kriterier for valg av tilbud. Det er dog uheldig at innklagede i konkurransegrunnlaget punkt F. *"Valg av anbud"* istedenfor å gjenta *"Lavest pris"*, uttalte følgende: *"Sørreisa kommune påberoper seg retten til å godta det tilbudet som er gunstigst for kommunen."* Når kontrakt skal tildeles på basis av lavest pris er det imidlertid tilstrekkelig at dette er oppgitt, og innklagede skal etter dette tildele på basis av lavest totalpris. Såfremt innklagede ikke i ettertid vil vekte de ulike prispostene på en måte

som vil være upåregnelig uten at de aktuelle vektene oppgis på forhånd, er det ikke nødvendig at det i tillegg opplyses hvor mye vekt som vil bli tildelt hver enkelt prispost. Den vektfordelingen som innklagede har benyttet i foreliggende sak, lik vekt på hver prispost, kan ikke anses for å være upåregnelig. Dette selv om innklagede tidligere skal ha vektet ulike prisposter ulikt, eller om klager er rimeligst på den posten innklagede etter klagers oppfatning har mest behov for. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Unnlatelse av å varsle de avviste tilbyderne om endelig tildelingsbeslutning

- (61) Det anføres at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, ved at klager og de øvrige avviste tilbyderne ikke er varslet om innklagedes endelige tildelingsbeslutning.
- (62) Av forskriften § 13-3 (1) følger det at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skal meddeles skriftlig og samtidig til alle "*deltakerne*" i konkurransen. I klagenemndas saker 2009/85 premiss (52), og 2009/83 (premiss 22) samt en rekke saker som gjelder tilsvarende bestemmelse i forskriften del III, § 22-3 2011/34, 2010/11 og 2009/85 premiss (52) er det fastslått at også avviste leverandører må regnes som deltakere i denne bestemmelsens forstand, slik at også disse har krav på å få tildelingsmeddelelsen. Konkret uttalte klagenemnda i sak 2010/11 at "*deltakerne*" i forskriften § 22-3 (1) også må anses å omfatte avviste leverandører, og da slik at avviste leverandører også har krav på å bli meddelt oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller er valgt som leverandør til rammeavtalen.
- (63) Det er erkjent av innklagede at det ikke ble sendt en endelig tildelingsmeddelelse til de av leverandørene som ble avvist/fikk sitt tilbud avvist i konkurransen. Innklagede har med dette brutt forskriften § 13-3 (1).

Manglende referatføring fra forhandlinger

- (64) Videre anfører klager at kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5 er brutt, ved at det ikke er skrevet referat fra de forhandlingene som er gjort. Det vises til at Bakkland Maskin og Transport AS og valgte leverandør har vært i møter med innklagede.
- (65) Av brev 18. januar 2012 fra innklagede fremgår at det er avholdt avklarende møte med Bakkland Maskin og Transport AS, og at innklagede på basis av det som kom frem i møtet besluttet at leverandørens tilbud skulle avvises. Hva gjelder valgte leverandør er det i e-post av 26. juni 2012 fra innklagede til klagenemndas sekretariat opplyst at det er avholdt møte også med denne leverandøren. På dette møtet ble det drøftet innholdet i en eventuell kontrakt. Klagenemnda legger således til grunn at det i nærværende sak ikke er ført forhandlinger, men gjennomført avklarende møter med de aktuelle leverandørene, jf. forhandlingsforbudet ved gjennomføringen av åpne anbudskonkurranse i forskriften § 12-1 (1).
- (66) For så vidt gjelder forhandlingsmøter har klagenemnda i flere saker lagt til grunn at det følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet at oppdragsgiver har plikt til å føre referat fra møtene, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sakene 2010/41, 2009/254 og 2007/134. Verken lov eller forskrift om offentlige anskaffelser

oppstiller nærmere formkrav til hvordan referat skal utformes. Kravene til etterprøvbarehet og gjennomsihtighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, samt forskriften § 3-1 (7), og § 3-2 må imidlertid innebære at oppdragsgiver skal føre skriftlig og utfyllende referat fra forhandlingsmøtene, jf. klagenemndas sak 2007/134. Ut fra kravet til gjennomsihtighet og etterprøvbarehet, må tilsvarende gjelde også for andre møter innklagede avholder med leverandørene i anskaffelsesprosessen. Det er også for disse møter sentralt at det ikke i ettertid skal være tvil om hvilken kontakt det har vært mellom innklagede og de ulike leverandørene.

- (67) I foreliggende sak er på det rene at det ikke er ført referat fra møtene innklagede hadde med Bakkland Maskin og Transport AS og valgte leverandør. Dette utgjør et brudd på kravene til gjennomsihtighet og etterprøvbarehet i loven § 5, samt forskriften §§ 3-1 (7) og 3-2 og klagers anførsel fører således frem.

Likebehandling og ikke-diskriminering ved avvisning av tilbudene

- (68) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til likebehandling og ikke-diskriminering i regelverket, ved ikke å avvise alle tilbudene når alle disse inneholdt feil. Klager bestrider at valgte leverandør har levert et komplett tilbud. Valgte leverandør har i sitt tilbud ikke beregnet nødvendig omfyllingsmasse i anbudsskjemaet for Skøelv, og heller ikke oppgitt antall timer, timepriser og totalpris på denne posten. Videre har leverandøren ikke gitt pris på utstyr til løfting av kommer og rør i tilbudsskjemaet. Endelig har valgte leverandør oppgitt "Scania 500" som kranbil for transport av kummer med mer. Dette er ifølge klager ikke en kranbil.
- (69) Ved evalueringen av tilbudene, herunder hvorvidt minstekrav er oppfylt, har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen har vært saklig og forsvarlig, bygd på riktig faktum og for øvrig i samsvar med de grunnleggende kravene i regelverket.
- (70) I innklagedes anbudsskjema i tilknytning til omfyllingsmasse skulle følgende tre poster fylles inn:

<i>Timer</i>	<i>Timepris</i>	<i>Total sum for posten</i>
--------------	-----------------	-----------------------------

- (71) I tillegg var det angitt at "*Nødvendig omfyllingsmasse må beregnes*", men det var altså ikke noe felt for å fylle dette inn. Leverandørene kan dermed ikke anses forpliktet til å oppgi dette. Når det gjelder de øvrige tre postene, er det kun totalpris som kan anses utfylt i valgte leverandørs selvutformede anbudsskjema, da den enhetsprisen valgte leverandør her har angitt refererer seg til m3 og ikke timer. Det er altså slik klagenemnda forstår det, ikke fylt inn antall timer og timepris.
- (72) Idet klagenemnda ikke har fått opplysninger som tyder på at andre leverandører er avvist som følge av manglende angivelse av antall timer og timepris på posten for transport av omfyllingsmasse, kan det ikke anses i strid med kravene til likebehandling og ikke-diskriminering å ikke avvise valgte leverandørs tilbud på dette grunnlag. I og med at leverandøren hadde oppgitt totalpris, og at tildelingskriteriet i foreliggende sak var lavest pris, kunne innklagede sammenligne leverandørens tilbud med de øvrige på denne posten. Avviket kan heller ikke kan anses som vesentlig, og nemnda kan ikke se

at det skulle foreligge en pliktig avvisningsgrunn på dette grunnlag, jf. forskriften § 11-11.

- (73) Når det gjelder posten for løfting av kommer og rør i timeprisskjemaet, har valgte leverandør kun satt en strek i prisfeltet og fylt inn "*kværn, graver og lignende*" i spesifikasjonsfeltet. Selv om innklagede har hevdet at leverandøren i tilbudet hadde angitt at denne posten var innkalkulert i andre poster, kan klagenemnda etter å ha gjennomgått tilbudet ikke se at dette er tilfellet. Siden dette imidlertid er en bygge- og anleggsanskaffelse, følger det av forskriften § 12-2 at "*ved bygge- og anleggsarbeid skal poster som ikke er priset anses innkalkulert i andre poster, med mindre annet er angitt i tilbuds brevet eller den manglende utfyllingen skyldes en åpenbar feil.*" Valgte leverandør har ikke angitt noe i tilbuds brevet som skulle tilsa at den manglende utfyllingen ikke skulle anses innkalkulert i andre poster, og den manglende utfyllingen kan heller ikke anses som en åpenbar feil. Innklagede kunne dermed anse denne posten innkalkulert i de øvrige.
- (74) Videre når det gjelder spørsmålet om valgte leverandør har tilbudt en "*godkjent kranbil for transport av kummer med mer*", er det på det rene at valgte leverandør kun oppgav "*Scania 500*" i feltet for kranbil. "*Scania 500*" er kun en typebetegnelse på en bil, og kan for eksempel både være en dumper, en krokbil, en trekkbil eller en kranbil. For å avgjøre konkret hvilken type bil dette er, trengs det altså en ytterligere spesifisering. Dette taler altså for at innklagede ikke kunne legge til grunn at det var tilbudt en kranbil. På den andre siden, var "*Scania 500*" angitt i feltet for kranbil, og dette kan i tillegg også være en kranbil. Basert på dette er klagenemnda kommet til at det var forsvarlig at innklagede la til grunn at det var tilbudt en kranbil, og dermed ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud på dette grunnlag, verken ut fra kravene til likebehandling og ikke-diskriminering, da ingen øvrige tilbud er blitt avvist av nøyaktig samme grunn og heller ikke ut fra bestemmelsene i forskriften § 11-11. Klagers anførsler under dette punkt fører derfor ikke frem.

Manglende forholdsmessighet når det bes om pris på tjenester som ikke etterspørres

- (75) Det anføres at innklagede har brutt kravet til forholdsmessighet, ved at det er krevd pris på boreutstyr og godkjent kranbil selv om dette ikke er etterspurt.
- (76) I konkurransegrunnlaget punkt 3 er det angitt at tilbyderer minimum må disponere d) boreutstyr og g) godkjent kranbil for transport av kummer med mer. Dette må forstås slik at dette er utstyr innklagede etterspør og derfor har behov for at det inngis priser på. I tilbudsskjemaet innklagede hadde utformet, var det således angitt plass til å gi pris på begge disse typene utstyr. Klagenemnda kan derfor ikke se at det er riktig at dette ikke var etterspurt, og at det skulle foreligge noe brudd på kravet til forholdsmessighet når det ble bedt om pris på dette. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Ikke inngått skriftlig kontrakt

- (77) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at anskaffelser av kunngjøringens maskintjenester som er foretatt i perioden fra utløp av klagers kontrakt og frem til dags dato, er tildelt valgte leverandør uten at det er skrevet kontrakt.

(78) Til dette har innklagede forklart at det her er tale om noen midlertidige småanskaffelser som er foretatt fra og med klagers kontrakt gikk ut og i påvente av at ny kontrakt i foreliggende konkurranse kan inngås, og at totalsummen for disse småkjøpene er i følge faktura 3972 til Sørreisa kommune, kroner 17 563 inklusiv merverdiavgift. For denne typen småkjøp, oppstiller ikke anskaffelsesregelverket noen plikt til å inngå skriftlig kontrakt. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Sørreisa kommune har brutt forskriften § 11-13 (1), ved å ikke "*snarest mulig*" ta stilling til avvisningsspørsmålet, hva gjaldt klagers tilbud.

Sørreisa kommune har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5, samt forskriften § 11-14 (2) bokstav c, ved å ikke opplyse om en klagerett i avvisningsmeddelelse til klager 18. januar 2012.

Sørreisa kommune har brutt forskriften § 13-3 (1), ved at det ikke ble sendt en endelig tildelingsmeddelelse til de av leverandørene som ble avvist/fikk sitt tilbud avvist i konkurransen.

Sørreisa kommune har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5, samt forskriften §§ 3-1 (7) og 3-2 ved at det ikke er skrevet referat fra møter som er gjennomført med to av leverandørene i konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

Bergen, 2. juli 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl