



**Klagenemnda**  
for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud. Forhandlingsforbud. Innsyn/taushetsplikt. Protokollføring.

*Innklagede gjennomførte to konkurranser om henholdsvis riving/sanering av gammel pumpestasjon og levering av en ny. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved å invitere valgte leverandør til å inngi et revidert tilbud etter tilbudsfristen i den ene konkurransen, og til å inngi tilbud etter tilbudsfristen i den andre konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.*

**Klagenemndas avgjørelse 13. september 2017 i sak 2017/76**

**Klager:** Vidar Karlsen

**Innklaget:** Dyrøy kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Gro Amdal, Halvard Haukeland Fredriksen og Tone Kleven

**Bakgrunn:**

- (1) Dyrøy kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. mai 2016 to åpne anbudskonkurranser; én for riving/sanering av eksisterende pumpestasjon og montering av ny stasjon (bygge- og anleggsanskaffelse), og én for levering av komplett ny pumpestasjon (vareanskaffelse). Tilbudsfrist ble i begge konkurransene satt til 6. juni 2016.
- (2) Vidar Karlsen (heretter *klager*) og Nordhaug Maskin AS leverte begge tilbud på henholdsvis 1) levering av ny pumpestasjon og 2) riving/sanering av eksisterende pumpestasjon samt montering av ny stasjon. Klager leverte tilbud sammen med Odd Johan Bolle.
- (3) Svendsen Maskin AS (heretter *valgte leverandør*) leverte tilbud i konkurransen som gjaldt riving/sanering av eksisterende pumpestasjon og montering av ny stasjon. I e-post datert 7. juni 2016 ba innklagede valgte leverandør om også å levere et tilbud i konkurransen om levering av ny pumpestasjon:

*"Svendsen Maskin AS har gitt tilbud ihht utlysningen i Doffin på maskinarbeid for montering av pumpestasjon på kr. 174 000,- ekskl. mva. Øvrige tilbydere har i tillegg til tilbud på maskinarbeid for montering av pumpestasjon også gitt pris på pumpestasjonen og overløpskum inkl. montering. Videre har de gitt samlet pris på total/komplett leveranse, levering av pumpestasjon, montering av pumpestasjon og levering/montering av overløpskum.*

*For å kunne sammenligne tilbudene ber vi om at Svendsen Maskin AS i tillegg til sitt tilbud på montering av pumpestasjonen, også gir pris på levering av stasjonen og levering/montering av overløpskum. Tilbud gis i tabell nedenfor."*

- (4) I e-post samme dag ga valgte leverandør tilbud på både riving/sanering av eksisterende pumpestasjon, og levering og montering av komplett ny pumpestasjon:

***"Tilbud fra Svendsen Maskin AS***

*ekskl. mva.*

<i>Nofi Pumpestasjon m/overbygg</i>	<i>903 000,-</i>	<i>Pris på komplett pumpestasjon ihht Nofi/Ahlsell beskrivelse levert [på] byggeplass</i>
<i>Maskinarbeid inkl. levering og montering av stasjon og overløpskum</i>	<i>216 500,-</i>	<i>Pris på komplett montering av pumpestasjon og levering/montering av komplett overløpskum</i>
<i>Nofi Pumpestasjon og overløpskum levert og montert komplett</i>	<i>1 119 500</i>	<i>Pris på total/komplett leveranse, pumpestasjon, overløpskum og samtlige maskinarbeider vedr. leveransen."</i>

- (5) Kontrakt for riving/sanering av eksisterende pumpestasjon, samt levering og montering av ny stasjon, ble deretter tildelt valgte leverandør. Kontrakten ble inngått 15. juli 2016.
- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. mai 2017.
- (7) Ved vedtak datert 21. juni 2017 ble klagen avvist av klagenemndssekretariatet som for sent fremsatt, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd andre punktum.
- (8) Klager påklagde avvisningen til klagenemndas leder, jf. klagenemndsforskriften § 9 første ledd tredje punktum. Ved nemndsleders avgjørelse av 3. juli 2017, ble sekretariatets avvisning omgjort.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. september 2017.

**Anførsler:**

***Klager har i det vesentlige anført:***

- (10) I anskaffelsesprotokollen har innklagede feilaktig angitt klagers og Odd Johan Bolles tilbudssum som totalt 1 452 582 kroner ekskl. mva. Riktig tilbudssum skal være 320 000 kroner ekskl. mva. for riving/sanering mv. og 906 065,60 kroner ekskl. mva. for levering av ny pumpestasjon, totalt 1 226 065,60 kroner ekskl. mva. Denne feilen har forrykket konkurranseforholdet, og utgjør et brudd på kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5.
- (11) Innklagede har videre brutt regelverket ved å tillate valgte leverandør å endre tilbudet sitt etter utløpet av tilbudsfristen 6. juni 2016. Av e-post datert 7. juni 2016 går det frem at valgte leverandør ble bedt om å levere et revidert tilbud som omfattet både sanering av eksisterende pumpestasjon, og levering og montering av komplett ny pumpestasjon. Dette utgjør et brudd på forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser, jf. forskriften § 12-1 (1).

- (12) Innklagede kunngjorde to kontrakter; én for riving/sanering av eksisterende pumpestasjon og montering av ny stasjon (bygge- og anleggsanskaffelse), og én for levering av komplett ny pumpestasjon (vareanskaffelse). I strid med dette har innklagede tildelt og inngått én kontrakt med valgte leverandør som lyder på både sanering, levering og montering. Ved en korrekt evaluering av tilbudene i de to ulike konkurransene, ville kontrakten for riving/sanering/montering ha gått til Nordhaug Maskin AS, mens kontrakten for levering av ny pumpestasjon skulle ha vært tildelt klager.
- (13) Innklagede har under enhver omstendighet brutt regelverket ved å nekte klager innsyn i valgte leverandørs opprinnelige tilbud.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (14) Klagers tilbudssum er feilaktig oppført som 1 452 582 kroner ekskl. mva., uten at innklagede har funnet årsaken til denne feilen. Valgte leverandør har likevel gitt det laveste pristilbudet. Det er derfor ikke riktig at den nevnte feilen har forrykket konkurranseforholdet.
- (15) Like før tilbudsfristen ble innklagede kontaktet av Nordhaug Maskin AS med opplysninger om at de ønsket å gi pris på både leveranse av pumpestasjon og maskinarbeid i samme tilbud. Slike signaler mottok innklagede også av klager/Odd Johan Bolle. For å sikre likebehandling kontaktet innklagede derfor den tredje og siste tilbyderen, valgte leverandør, og ba dem om å prise både levering av ny pumpestasjon og maskinarbeid vedrørende tiltaket, slik de to andre tilbyderne ville gjøre. Anbudsåpningen ble ikke gjennomført 6. juni 2016 som planlagt, men først 7. juni 2016 – etter at valgte leverandør leverte sitt nye tilbud.
- (16) Det er ikke riktig at innklagede har foretatt en ulovlig tildeling. Det var bare valgte leverandør som leverte tilbud i henhold til noen av kunngjøringene, dvs. konkurransen om maskinarbeid. De to andre tilbyderne leverte ett tilbud på både maskinarbeid og levering av ny pumpestasjon, og skulle derfor i utgangspunktet vært avvist. For å få gjennomført en konkurranse og igangsatt tiltaket, gav innklagede imidlertid også valgte leverandør anledning til å gi et samlet pristilbud for begge tiltakene.
- (17) Innklagede har gitt klager innsyn i de dokumentene som klager har bedt om. Dette omfatter gjeldende tilbud fra valgte leverandør. Av kapasitetsmessige årsaker har innklagede brukt en del tid på å besvare innsynsbegjæringene.

**Klagenemndas vurdering:**

- (18) Saken gjelder én konkurranse om sanering av eksisterende pumpestasjon og montering av ny, og én konkurranse om levering av ny pumpestasjon. Klager har deltatt i begge konkurransene, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsenes estimerte verdi er ikke oppgitt i kunngjøringen. Basert på opplysningene i anskaffelsesprotokollen om tilbydernes priser, legger klagenemnda til grunn at anskaffelsene – i tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 – følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

*Hvorvidt klagen er rettidig fremsatt*

- (19) Sekretariatets avvisningsbeslutning ble som nevnt omgjort ved nemndsleders avgjørelse av 3. juli 2017. Slik nemnda forstår klagenemndsforordningen § 9 annet ledd, må imidlertid de nemndsmedlemmene som nå har fått saken til behandling, på selvstendig grunnlag vurdere om klagen skal avvises som for sent fremsatt.
- (20) Det fremgår av klagenemndsforordningen § 6 andre ledd annet punktum at en klage til klagenemnda må fremsettes "*senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver*".
- (21) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 15. juli 2016 i begge konkurransene. Saken ble brakt inn for klagenemnda 29. mai 2017, og skulle dermed i utgangspunktet ha vært avvist i sin helhet.
- (22) Utgangspunktet er at klagenemndsforordningen ikke gir rom for utvidet klagefrist der klager først en tid etter kontraktsinngåelsen har fått kjennskap til de faktiske forhold som etter hans oppfatning tilsier at det foreligger brudd på regelverket. Vår sak særpreges imidlertid av at dokumentet som har foranlediget klagers anførsler knyttet til manglende innsyn, ulovlig tildeling og brudd på forhandlingsforbudet – e-postkorrespondansen mellom innklagede og valgte leverandør etter tilbudsfristens utløp – først ble journalført av innklagede 22. mars 2017, altså ca. 9 måneder etter at kontrakten med valgte leverandør ble inngått. Før denne e-postkorrespondansen ble journalført, hadde klager ingen kjennskap til dens eksistens, og heller ingen reell mulighet til å skaffe seg det. Det er derfor forhold på innklagedes side som er årsak til at klager ikke på et langt tidligere tidspunkt hadde kjennskap til de faktiske forhold som har foranlediget flere av klagens anførsler.
- (23) Det kan tilføyes at klagenemnda – dersom den hadde vært å anse som en domstol i henhold til EØS-retten – ville ha vært pliktig til å gi en utvidelse av klagefristen i et tilfelle som det foreliggende, i henhold til det EØS-rettslige effektivtetsprinsippet, jf. i denne retning nemndleders omgjøringsavgjørelse av 3. juli 2017. EØS-rettens krav til at nasjonale klage- og søksmålsfrister ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve EØS-baserte rettigheter, kommer ikke til anvendelse på klagenemndsforordningen § 6 annet ledd som sådan. Nemnda minner imidlertid om at Kofa er ment å være et lavterskel tvisteløsningsorgan, og at fristreglene i klagenemndsforordningen derfor ikke bør praktiseres strengere enn lovbestemte fristregler som regulerer adgangen til domstolene, jf. i denne retning nemndas avgjørelse i sak 2016/147, premiss 57.
- (24) Etter en konkret vurdering har klagenemnda derfor kommet til at klagens anførsler om manglende innsyn, ulovlig tildeling og brudd på forhandlingsforbudet ikke kan anses for sent fremmet.

#### *Ulovlig tildeling / Brudd på forhandlingsforbudet*

- (25) Innklagede kunngjorde to konkurranser om henholdsvis maskinarbeid (riving/sanering/montering) og levering av ny pumpestasjon. Ifølge innklagede leverte valgte leverandør tilbud kun i konkurransen om maskinarbeid innen tilbudsfristen. Etter tilbudsfristens utløp tok innklagede imidlertid kontakt med valgte leverandør og ba om tilbud også på levering av tilbud i konkurransen om anskaffelse av en ny pumpestasjon. Valgte leverandør innga deretter tilbud på dette, samt et revidert tilbud i konkurransen om maskinarbeid.

- (26) Til tross for flere oppfordringer fra nemndas sekretariat har innklagede ikke fremlagt tilbudet fra valgte leverandør som ble levert før tilbudsfristen 6. juni 2016, i konkurransen om maskinarbeid. Nemnda finner derfor grunn til å kritisere innklagede for å ha unnlatt å bidra til sakens opplysning, og viser i den forbindelse til klagenemndsforordningen §§ 2 og 11.
- (27) Det er imidlertid tilstrekkelig dokumentert at et slikt tilbud faktisk forelå den 6. juni 2016, jf. innklagedes e-post av 7. juni 2016 til valgte leverandør, se premiss 3 ovenfor. Det fremgår her at tilbudssummen var på 174 000 kroner ekskl. mva., mens det av valgte leverandørs tilbud av 7. juni 2016 fremgår at prisen på maskinarbeidet er endret til 216 500 ekskl. mva. Klagenemnda finner det klart at innklagede med dette har brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1) ved å la valgte leverandør få endre sitt tilbud som nevnt, og deretter legge det endrede tilbudet til grunn for tildelingsbeslutningen.
- (28) Nemnda finner det videre ikke tvilsomt at innklagede skulle ha avvist tilbudet fra valgte leverandør i konkurransen om levering av ny pumpestasjon, fordi tilbudet ble levert etter tilbudsfristens utløp, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav a.
- (29) I lys av det ovenstående finner nemnda det klart at konkurransene skulle ha vært avgjort basert på en evaluering av de tilbudene som forelå innen tilbudsfristens utløp. Det eneste relevante tilbudet fra valgte leverandør er da tilbudet som ble levert før tilbudsfristen 6. juni 2016 i konkurransen om maskinarbeid.

#### *Innsyn*

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å nekte klager innsyn i valgte leverandørs opprinnelige tilbud.
- (31) Det følger av forskriften § 3-5 at *"for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova"*. Etter offentleglova § 32 (1) kan avslag på innsynsbegjæringer påklages til nærmeste overordnede organ, i dette tilfellet Fylkesmannen i Troms – en mulighet som klager har brukt. Klagenemnda er ikke et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, jf. eksempelvis sak 2017/43 premiss 50, og denne anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

#### **Konklusjon:**

Dyrøy kommune har i konkurransen om maskinarbeid brutt forskriften § 12-1 ved å la valgte leverandør få levere et nytt tilbud etter tilbudsfristens utløp.

Dyrøy kommune har i konkurransen om levering av ny pumpestasjon brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav a ved å unnlate å avvise det for sent innkomne tilbudet fra valgte leverandør.

Klagers anførsel om innsyn er avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagers anførsel om uriktig angivelse av tilbudssum er for sent fremsatt, og er derfor ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

*Dokumentet er godkjent elektronisk*