



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Advokat Ole Gramstad Jensen
Postboks 4774 Nydalen
0483 OSLO
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0091-19

Dato: 25.08.2017

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Klagenemndas sekretariat besluttet 10. august 2017 å avvise klage fra Stiftelsen Karmsund ABR Senter (heretter klager) over en åpen anbudskonkurranse i regi av Stavanger kommune, Sandnes kommune, Sola kommune og Randaberg kommune (heretter innklagede) om anskaffelse av rammeavtaler for levering av institusjonsplasser for personer med ruslidelser. Grunnlaget for avvisningen var at sekretariatet fant klagen uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9, fordi den klart ikke kan føre frem.

Klager har i rett tid påklaget avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen.

Klager har i korthet anført:

I e-post av 3. august til partene ba sekretariatet om supplerende informasjon fra innklagede innen 7. august. Ved e-post av 4. august ga innklagede slik informasjon og samme dag meddelte klager at man ønsket å inngi merknader til denne, men fordi klagers advokat ikke var tilbake fra ferie før 10. august ba klager om utsettelse av svarfristen. Denne ble ikke innvilget. Begrunnelsen var at saken var prioritert og satt opp på nemndas saksliste for behandling den 14. august.

Ved denne fremgangsmåte har sekretariatet brutt kontradiksjonsprinsippet. Dette er i seg selv tilstrekkelig til at avvisningen må oppheves, og saken tas under behandling av klagenemnda. Dertil kommer at klagenemndforskriften § 9 ikke hjemler avvisning i et tilfelle som det foreliggende. Sekretariatet kan i henhold til denne bestemmelsen bare avvise klager hvor klagefristen ikke er overholdt, eller når klagen er ubegrunnet. Heller ikke eksemplene på avvisningsgrunner på KOFAs hjemmeside bærer bud om at det var hjemmel for å avvise i dette tilfellet. Sekretariatet har i denne saken overskredet sin formelle kompetanse og gått inn på sakens realitet.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndas leder, Rieber-Mohn, har gått gjennom sakens dokumenter, herunder den opprinnelige klagen, etterfølgende skriv fra partene, e-post-korrespondansen primo august, avvisningsvedtaket og klagen over dette.

Innledningsvis vil leder bemerke at sakens hovedspørsmål har vært gjenstand for en omfattende korrespondanse mellom partene, der den opprinnelige klagen og begrunnelsen for denne er blitt utdypet i flere omganger. Det spørsmålet sekretariatet tok opp med innklagede i e-post av 3. august var av mer teknisk karakter og gjaldt klarlegging av anførslene. Leder kan ikke under noen omstendighet se at dette spørsmålet kunne ha betydning for avgjørelse av sakens sentrale tvistesporsmål. Slik leder ser det, var kontradiksjonsprinsippet derfor betryggende ivarettatt under behandlingen av denne saken.

Klager synes videre å mene at sekretariatet kun har adgang til å avvise klager på formelt grunnlag. Det er en misforståelse. Når klagenemndeforskriften § 9 taler om «ubegrunnede» klager, gjelder det ikke først og fremst klager som mangler begrunnelse, men klager som hviler på et dårlig fundert grunnlag. Med hjemmel i denne bestemmelse foreligger det langvarig praksis i KOFA for at sekretariatet kan avvise klager som «klart» ikke kan føre frem. Sekretariatet har derved plikt til å foreta en foreløpig vurdering av klagens realitet.

Det er gjort også i denne saken. Leder er enig i sekretariatets begrunnelse og konklusjon og viser til avvisningsvedtakets avsnitt 12-16. Følgelig er det også leders vurdering at klagen klart ikke vil føre frem. Spørsmålet om mangelfull leveringsløsning, jf. avsnitt 17-22, omfattes ikke av klagen over avvisningsvedtaket.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Denne avgjørelse sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Georg Fredrik Rieber-Mohn
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Advokat Ole Gramstad Jensen	Postboks 4774 Nydalen	0483 OSLO Norge	ole@ogj.no
Stavanger kommune	Postboks 8001	4068 STAVANGER Norge	Anne Marie Skeie anne.skeie@stavanger.kommune.no



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Advokat Ole Gramstad Jensen
Postboks 4774 Nydalen
0483 OSLO
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0091-14

Saksbehandler: Sunniva Mariero Leknes

Dato: 10.08.2017

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 23. juni 2017 på offentlig anskaffelse av rammeavtaler for levering av institusjonsplasser for personer med ruslidelser. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune, Sandnes kommune, Sola kommune og Randaberg kommune (heretter innklagede) kunngjorde 25. februar 2017 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for levering av institusjonsplasser for personer med ruslidelser. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringens punkt II.1.5 estimert til kroner 38 000 000. Tilbudsfrist ble i kunngjøringens punkt IV.2.2 angitt til 10. april 2017 kl. 12.00.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 2.1 fremgikk følgende:

"2.1 Innleveringsfrist og innleveringssted

Tilbud som er innlevert etter fristens utløp vil bli avvist. Leverandøren har selv risikoen for at tilbudet er levert rettidig. Frist for innlevering av tilbud er senest 10.04.2017 12:00.

Alle tilbud skal leveres elektronisk via Mercell portalen, www.mercell.no innen tilbudsfristen. For sent innkomne tilbud vil bli avvist (Systemet tillater heller ikke å sende inn tilbud elektronisk via Mercell etter tilbudsfristens utløp). Det anbefales at tilbudet leveres i god tid før fristens utløp, f.eks. minimum 1 time før tilbudsfristens utløp.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00
post@kofa.no
www.kofa.no

Er du ikke bruker hos Mercell, eller har du spørsmål knyttet til funksjonalitet i verktøyet, for eksempel, hvordan du skal gi tilbud, ta kontakt med Mercell Support på tlf.: 21 01 88 60 eller på e-post til: support@mercell.com.

Skulle det komme tilleggsinformasjon fra oppdragsgiver som fører til at du ønsker å endre tilbudet ditt før tilbudsfristen utgår, kan du gå inn og åpne tilbudet, gjøre eventuelle endringer og levere på nytt helt inntil tilbudsfristen utgår. Det sist leverte tilbudet regnes som det endelige tilbudet. Tilbudet krever elektronisk signatur ved levering.

Du vil under innlevering av tilbudet bli bedt om en elektronisk signatur for å bekrefte at det er aktuell tilbyder som har sendt inn tilbudet. Elektronisk signatur kan dere skaffe på www.commfides.com, www.buypass.no eller www.bankid.no. Vi gjør oppmerksom på at det kan ta noen dager å få levert elektronisk signatur slik at denne prosessen settes i gang så snart som mulig."

- (3) Stiftelsen Karmsund ABR Senter (heretter klager) hadde opprettet brukerprofil hos Mercell i forkant av den aktuelle konkurransen. Mercell bistod i sin tid ved opprettelsen av denne profilen.
- (4) Den 10. april 2017 kl. 11.46 var tilbudsdokumentene lastet opp hos Mercell og det eneste som gjenstod fra klagers side var å legge inn en elektronisk signatur. Da klager skulle legge inn denne signaturen og sende tilbudet oppstod det en feil og klager fikk av den grunn ikke levert tilbudet innen fristen. Klager fikk på tidspunktet for signeringen en feilmelding, men denne forklarte ikke hva som var årsaken til problemene som hadde oppstått.
- (5) Klager forsøkte å kontakte Mercells kundestøtte, men kom ikke gjennom på telefon. Kl. 11.58 sendte klager en e-post til innklagede og ba om utsettelse av fristen som følge av problemene med den elektroniske signeringen. Klager fikk først kontakt med Mercells kundestøtte etter fristens utløp, omtrent kl. 12.15 og fikk da hjelp til å avdekke feilen. Feilen viste seg å bestå i at det i klagers profil hos Mercell ikke var krysset av i en boks som gjaldt bedriftens størrelse. Disse opplysningene var ikke påkrevd å gi da profilen ble opprettet. Klager hadde tilgang til å gjøre endringer i sin egen profil.
- (6) Mercell har bekreftet at alle dokumentene var lastet opp innen tilbudsfristen, men de ble ikke levert til innklagede.
- (7) Tilbudet ble av innklagede avvist som følge av at klager ikke fikk levert tilbud innen fristen. Den 4. mai 2017 ba klager om en ny vurdering, men beslutningen ble opprettholdt fra innklagedes side. Beslutningen ble så påklaget i brev av 16. mai 2017. Avvisningen ble opprettholdt, men det ble gitt ny klagemulighet og satt en ny klagefrist. Ny klage ble fremsatt i brev av 7. juni 2017. Klagen førte ikke frem.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda ved klage datert 23. juni 2017. Innklagede har opplyst at de avventer kontraktsinngåelse frem til Kofas avgjørelse av saken foreligger.

Sekretariatets vurdering:

- (9) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtaler for levering av institusjonsplasser for personer med ruslidelser som er en kontrakt om helse- og sosialtjenester. Anskaffelsens verdi er i

kunngjøringens punkt II.1.5 estimert til kroner 38 000 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del IV, jf. forskriften §§ 5-1 (4) og 5-3 (2).

Avvisning av tilbud

- (10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud som for sent innkommet. Dette er av klager begrunnet med at tilbudet må anses for å ha vært levert innen tilbudsfristen. Innklagede hefter for feil hos Mercell, herunder at profilen var mangelfullt utfylt og at responstiden hos kundestøtten var for lang i tiden like før fristens utløp. Dersom man hadde kommet i kontakt med kundestøtten tidligere ville det ha vært mulig å levere innen fristen.
- (11) Til dette har innklagede innvendt at de ikke mottok klagers tilbudet innen fristen og derfor hadde plikt til å avvise det. Det er ikke grunnlag for å gjøre unntak fra regelen om at for sent innkomne tilbud skal avvises av oppdragsgiver. Det var mulig å levere tilbud helt frem til fristen. Årsaken til at klager ikke fikk levert sitt tilbud var at profilen var ufullstendig. Det er leverandørens ansvar å sørge for at tilbudet blir levert innen fristen. Det er alltid en risiko for at det kan oppstå tekniske problem i forbindelse med leveringen og leverandør må derfor sørge for å ha tilstrekkelig med tid til å gjennomføre leveringen.
- (12) Det følger av forskriften § 30-1 (1) at *"[o]ppdragsgiveren skal fastsette hvordan konkurransen skal gjennomføres i anskaffelsesdokumentene"* og av (2) at *"[o]ppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av leverandører til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud"*.
- (13) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 2.1 at *"[t]ilbud som er innlevert etter fristens utløp vil bli avvist. Leverandøren har selv risikoen for at tilbudet er levert rettidig. Frist for innlevering av tilbud er senest 10.04.2017 12:00"*.
- (14) I tråd med det konkurransegrunnlagets punkt 2.1 foreskriver har innklagede avvist klagers tilbud som ble forsøkt levert etter fristen. Selv om avvisningsgrunnlaget her er konkurransegrunnlagets bestemmelse – som følge av at konkurransen følger forskriften del IV – er det ingen grunn til å anta at innklagede skal være forpliktet til å akseptere for sent innkomne tilbud i større grad enn om avvisningen skulle vært vurdert etter forskriftens avvisningsbestemmelser. I praksis er det lagt til grunn at disse bestemmelsene ikke kan tolkes innskrenkende ut ifra formålsbetraktninger, eller ut fra hensynet til konkret rimelighet, se eksempelvis senest sak 2016/118.
- (15) At avvisningen av klagers tilbud er rettmessig kan derfor klart ikke endres av de forhold som er fremhevet av klager. Selv om en profil kun kan opprettes med bistand fra Mercell, hadde klager i ettertid mulighet til å på egen hånd gjøre endringer i sin egen profil. Klager kunne derfor selv gjort de endringer som var påkrevd for å kunne signere elektronisk. At feilmeldingen klager mottok ikke opplyste om hva feilen relaterte er heller ikke avgjørende, heller ikke at klager ikke fikk kontakt med Mercells kundestøtte innen fristen. Det var klart opplyst i konkurransegrunnlaget at leverandørene selv hadde risikoen for at tilbudet var levert rettidig og det var oppfordret til å starte innleveringen i god tid før fristen.

- (16) På denne bakgrunn kan klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud klart ikke føre frem.

Mangelfull leveringsløsning

- (17) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 22-2 ved å utelukkende tilby en leveringsløsning som ikke er alminnelig tilgjengelig. Dette er av klager begrunnet med at det er kronglete å opprette en profil hos Mercell og at man må betale for løsningen via en abonnementsordning.
- (18) Til dette har innklagede innvendt at den elektroniske kommunikasjonsløsningen som tilbys av Mercell er gratis og at det er uforpliktende å opprette en profil samt at enhver kan gjøre dette. Ved førstegangs opprettelse av en slik profil må Mercell gjøre dette manuelt for brukeren etter at brukeren har lagt inn de relevante opplysninger i et kontaktskjema. Når profilen er opprettet har leverandørene selv kontroll og ettersyn med denne.
- (19) Det følger av forskriften § 30-1 (6) at "*[k]apittel 22 om kommunikasjon gjelder tilsvarende*". Videre følger det av forskriften § 22-2 at "*[v]erktoy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon, skal være ikke-diskriminerende og alminnelig tilgjengelige og ikke begrense leverandørenes muligheter for å delta i konkurransen. De skal også kunne fungere sammen med alminnelig brukte IKT-produkter*".
- (20) Innklagede har benyttet seg av et program for elektronisk kommunikasjon fra Mercell. Det er lagt ut link fra kunngjøringen på Doffin til Mercells sider og det er gratis og uforpliktende å opprette en profil. Det er på det rene at Mercells kundebehandlere må bistå ved førstegangs opprettelse av profilen. Etter at profilen er opprettet har brukerne imidlertid selv kontroll over denne. Det er ikke opplyst at programmet fordrer spesielt utstyr, spesielle kvalifikasjoner eller annet.
- (21) Klagers anførsel om at innklagede har brutt forskriften § 22-2 ved å bruke Mercells program som løsning for elektronisk kommunikasjon kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.
- (22) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Jonn Sannes Ramsvik
nestleder i sekretariatet

Dokumentet er godkjent elektronisk

Sunniva Mariero Leknes
rådgiver

Mottaker
Advokat Ole Gramstad Jensen

Postadresse
Postboks 4774 Nydalen

Poststed
0483 OSLO
Norge

Kontakt/e-post
ole@ogj.no

Kopi til:
Stavanger kommune

Postboks 8001

4068 STAVANGER
Norge

Anne Marie Skeie
postmottak@stavanger.k
ommune.no