



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklar kunngjøring, kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av sjøvannsanlegg. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å åpne for innlevering av tilbud via e-post, samt at valgte leverandør skulle vært avvist grunnet manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. Klagenemnda slo fast at adgangen til å levere tilbud via e-post innebar et brudd på regelverket. Øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. september 2022 i sak 2022/872

Klager: Infra Anlegg AS

Innklaget: Værøy kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Værøy kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. november 2021 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av sjøvannsanlegg for næringsmiddelindustrien. I kunngjøringen av konkurransen var den samlede verdien av delkonkurransene estimert til 4 500 000 kroner. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen satt til 22. november 2021, men ble i etterkant forlenget til 24. november 2022.
- (2) Kontrakten gikk ifølge kunngjøringen ut på «*Etablering av grøfter for Ø500 sjøvannsledning og legging av rør i sjø samt ilandføringer*». Kontrakten ble delt opp i fire delkontrakter, som besto av graving av grøfter på land (1), kryssing av molo/ilandføring (2), legging av rørgate i sjø (3) og ombygging av Vika pumpestasjon (4).
- (3) Delkontrakt 1 hadde en estimert verdi på 2 500 000 kroner, og var beskrevet slik i kunngjøringen:
«Graving for avdekking av eksisterende rør. Plassering av eksisterende rør på grøftkant. Graving for parallell fremføring av nytt rør. Plassering av ny linje i rørtrase. Fjerning av eksisterende rør med bortkjøring til avtalt lager. Utførelse i hht gjeldende standard og leggeanvisning for rør.»
- (4) Delkontrakt 2 hadde en estimert verdi på 500 000 kroner, og ble beskrevet som:
«Delentrepriser på etablering av trase gjennom vei ut til brygge Arne Røstgård, ilandføringer på flere steder. Omfang blir å åpne eksisterende fylling/plastring for

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

ilandføring/gjennomføring av rørtrase. Tilbakeføring av vei og plastring inngår i oppgaven.»

- (5) Delkontrakt 3 hadde en estimert verdi på 500 000 kroner, og ble beskrevet som:

«Klargjøring av Rørledning Ø500 med betonglodd. Antatt utført på flytebrygge Kvalnes. Bryggen tillater bruk av gravemaskin som kjøres ned via påkjøringsrampe. Påføring av betonglodd i lufttett rør. Slepning av linje til aktuell posisjon og senking til valgt trase. Justering av plassering ved bruk av forhåndsmonterte slepetau langs linjen.»

- (6) I tilleggsinformasjon om delkontrakt 3, stod det:

«Entreprenør holder utstyr for å løfte og flytte betonglodd, arbeidsbåt, slepebåt mv. Kommunen stiller med materiell i form av rør og betonglodd. Plassert henholdsvis ved/på flytebrygge.»

- (7) Delkontrakt 4 hadde en estimert verdi på 1 000 000 kroner, og ble beskrevet som:

«Utløpsledning fra pumpestasjon Ø315 skal erstattes med Ø500. Anlegget skal være i drift i byggeperioden og det må etableres bypass for Ø315 ledningen. Eksisterende fundamenter og omstøping av Ø315 linjen skal fjernes. Ny fundamentering og kobling mellom pumper til Ø500 etableres.»

- (8) Under kunngjøringens del III om kvalifikasjonskrav, stod det:

«Oversikt og kort beskrivelse av kvalifikasjonskrav: Kompetanse på oppgaven. UTF-3 kreves for aktuell dimensjon. Erklært ansvarsrett vil gis basert på lang erfaring. Kompetanse på graving langs eksisterende infrastruktur i form av vann, avløp og høyspent. Kompetanse på reetablering av vei.»

- (9) I konkurransegrunnlaget var «Prisgrunnlag» beskrevet slik:

«Pris pr løpemeter grøft i to varianter:

Alternativ 1 er graving for utskifting av eksisterende ledning som er i bruk / produksjon

- Forsiktig avdekking av ledning*
- Klargjøring av grøftkant for utløfting av rør*
- Utløfting av rør. Gjøres stykkevis og sveises på kant av grøft (sveising av VK).*
- Opsjonspris sveising av Ø500 rør*
- Graving av grøfteprofil etter utløfting.*
- Nedlegging av rør og omfylling i hht NS / leggeanvisning.*
- Tilbakeføring av terreng med stedlige masser*
- Bortkjøring av overskuddsmasser*

Alternativ 2

- Som over man med etablering av grøft som ny trase uten arbeider med eksisterende ledning.*

Tilleggspris

- Kryssing av vei / ilandføring i fylling med reetablering prises som fastpris eller enhetspriser / timepriser.»*

- (10) Tildelingskriteriene var, i prioritert rekkefølge: «Kompetanse», «Pris» og «Kapasitet i forhold til fremdrift».
- (11) Innledningsvis i kunngjøringen ble innklagedes adresse, e-postadresse og telefonnummer til kontaktperson angitt, i tillegg til innklagedes nettsted og «Nettsted Kjøperprofil» på Doffin. Under punkt I.3 om kommunikasjon stod det:
- «Konkurranses grunnlaget vil bli tilgjengelig senere. Tilleggsinformasjon finnes på adressen ovenfor: Tilbud eller forespørsel om å delta sendes til adressen ovenfor.»*
- (12) Infra Anlegg AS (heretter *klager*) og Arnesen AS (heretter *valgte leverandør*) innga tilbud innen tilbudsfristen 24. november 2021. Begge leverandører innga tilbud for delkontrakt 1-3. Klager leverte tilbud via e-post 24. november 2021 kl. 12:57. Valgte leverandør leverte tilbud via e-post 24. november 2021 kl. 18:21.
- (13) Innklagede har opplyst at klagers tilbud ble åpnet 25. november 2021 kl. 07:20. Klokkeren 07:24 sendte innklagede en tilbakemelding til klager med vurdering av tilbudet og spørsmål knyttet til enkelte poster, med ønske om svar innen kl. 12:00 samme dag. Klokkeren 07:25 ble valgte leverandørs tilbud åpnet. Både klager og valgte leverandør svarte på avklaringene samme dag, og kl. 15:27 sendte innklagede ut e-post med informasjon om at man ville innkalle valgte leverandør til et avklarende møte.
- (14) Klager fremmet innsigelser mot valgte leverandørs tilbud samt innklagedes valg om kun å gjennomføre avklaringsmøter med valgte leverandør. Innklagede valgte å gjennomføre avklaringsmøter med valgte leverandør og klager 2. desember 2021. Samme dag sendte innklagede e-post med møtereferat, hvor det stod at «vi vil ut fra dette tildele oppdraget til Arnesen AS».
- (15) I e-post 4. desember 2021 ba klager om innsyn i tildelingen og opplysninger om klagefrist. Innklagede opplyste at klagefristen var 10 dager.
- (16) I brev av 13. desember 2021 fremmet klager en klage på tildelingen, med påstand om at konkurransen måtte avlyses. Innklagede svarte dagen etter at konkurransen uansett skulle avlyses. Samme dag sendte innklagede en e-post til klager og valgte leverandør med begrunnelse for avlysningen.
- (17) I e-post av 15. desember 2021 sendte innklagede en e-post til leverandørene med informasjon om at man trakk avlysningen inntil videre, samt at avlysning ville bli kunngjort via Doffin.
- (18) I brev til klager av 15. desember 2021, informerte innklagedes advokat om at innklagede 2. desember 2021 hadde inngått kontrakt med valgte leverandør. Konkurransen kunne derfor ikke avlyses. I nytt brev av 3. januar 2022, opplyste innklagedes advokat om at innklagede og valgte leverandør ble enige om å inngå kontrakt 2. desember 2021, og at kontrakt ble inngått 6. desember 2021.
- (19) Klagen ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. juni 2022.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. september 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å åpne for innlevering av tilbud via e-post. Dette sikrer ikke fortrolighet og er et brudd på anskaffelsesforskriften § 22-3 jf. § 8-20. Dette er en feil som ikke kan repareres og skulle ført til avlysning.
- (22) Klager anfører også at valgte leverandør skulle vært avvist, da kvalifikasjonskravet om tiltaksklasse 3 ikke er oppfylt.
- (23) Klager anfører videre at konkurransen er gjennomført i strid med kravene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede erkjenner at man ved å åpne for at tilbud kunne leveres via e-post har brutt anskaffelsesforskriften § 22-3 jf. § 8-20. Regelbruddet har imidlertid ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen. Tilbudet ble kun sendt til den ansvarlige for anskaffelsen, og ble ikke åpnet før tilbudsfrist. Det foreligger ingen rettstridig utnyttelse av tilbudsopplysningene. Begge parter fikk lik anledning til å revidere sine tilbud.
- (25) Kvalifikasjonskravet må leses slik at det bare oppstilles krav om tiltaksklasse 3 rettet mot utføring av arbeid med kobling av rørledning, ikke for gravearbeidet. Arbeidet med å sammenkoble rørledningene skulle innklagede selv forestå i henhold til konkurransegrunnlaget, med mindre leverandøren priset arbeidet som opsjon. Ingen av leverandørene innga tilbud på opsjonen, og dermed gjorde ikke kvalifikasjonskravet om tiltaksklasse 3 seg gjeldende.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av sjøvannsanlegg for næringsmiddelindustrien, som er en bygge- og anleggskontrakt. Kunngjøringen estimerer anskaffelsens totalverdi til 4 500 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Elektronisk levering av tilbud

- (27) Forskriften § 22-3 (1) jf. § 8-20, krever at oppdragsgiveren skal sikre at tilbud «*holdes fortrolig*», og at innholdet «*beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn under overføring og lagring*». Det er klart at e-post ikke oppfyller kravet til fortrolighet, og at det å åpne for at leverandørene kan levere inn tilbud på e-post, utgjør et brudd på forskriften § 22-3 jf. § 8-20. Spørsmålet er hvilke konsekvenser bruddet skal ha.
- (28) Avlysningsplikt forutsetter at feilen som foreligger, ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning. Det er videre et vilkår for avlysningsplikt at det påvises at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eventuelt at feilen som er begått, kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen. Det kreves en nærliggende faktisk mulighet for at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende, jf. LE-2011-40623 og klagenemndas avgjørelse i sak 2014/133. De

strengt og formelle reglene om krav til kommunikasjonsform og notoritet ved mottak, oppbevaring og åpning av tilbud, samt at det vil være vanskelig å sannsynliggjøre at informasjon fra et tilbud mottatt på e-post rettsstridig er blitt delt med andre leverandører, tilsier at det ikke skal mye til for at en feil må føre til en ny konkurranse. Det gjelder særlig der feilen er begått av oppdragsgiver.

(29) Det vil i denne saken foreligge en risiko for rettsstridig bruk av opplysningene, ved at tilbudet har vært tilgjengelig for innklagede før tilbudsfristens utløp. Tilbudet ble imidlertid kun sendt til kontaktpersonen hos innklagede, Det er ikke holdepunkter for at vedkommende har åpnet tilbudet før tilbudsfristens utløp og rettsstridig delt informasjon fra tilbudet med andre. Konkurransen er en åpen tilbudskonkurranse, og både klager og valgte leverandør fikk anledning til å avklare forhold i tilbudene skriftlig etter tilbudsfristen. Begge leverandørene ble også innkalt til avklaringsmøte. På denne bakgrunn er det etter nemndas syn, til tross for den aktuelle risikoen, ikke sannsynliggjort en nærliggende faktisk mulighet for at konkurransen kunne fått et annet utfall.

(30) Det foreligger etter dette ikke avlysningsplikt.

Avvisning av leverandør

(31) Klagenemnda tar videre stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

(32) Spørsmålet må avgjøres etter en tolkning av leverandørens tilbud sett opp mot kvalifikasjonskravet og konkurransegrunnlaget forøvrig.

(33) I kunngjøringen var det angitt følgende om kvalifikasjonskrav i konkurransen:

«Kompetanse på oppgaven. UTF-3 kreves for aktuell dimensjon. Erklært ansvarsrett vil gis basert på lang erfaring. Kompetanse på graving langs eksisterende infrastruktur i form av vann, avløp og høyspent. Kompetanse på reetablering av vei.»

(34) Klagenemnda forstår det slik at henvisningen til at «UTF-3 kreves for aktuell dimensjon», sikter til dimensjonen på røret som skulle installeres, «Ø500». Valgte leverandør leverte tilbud for delkontrakt 1-3. Beskrivelsen av arbeidet omfattet av disse delkontraktene, kan etter sin ordlyd omfatte arbeid med rørene.

(35) Konkurransegrunnlaget åpnet imidlertid også for at leverandørene kunne velge bare å tilby grunnarbeider, og sveising av rørene var angitt som en opsjon i prisskjemaet. Etter klagenemndas oppfatning er det derfor uklart hvilke arbeider i delkontraktene som krevde kompetanse i tiltaksklasse 3.

(36) Det er en forutsetning for at en leverandør skal kunne avvises fordi et kvalifikasjonskrav ikke er oppfylt, at kravet er tilstrekkelig klart utformet. Siden kvalifikasjonskravet her er uklart utformet, har klagenemnda kommet til at kravet ikke ga en plikt til å avvise valgte leverandør.

Øvrige anførsler

(37) Klager har anført at konkurransen ble gjennomført i strid med kravene om forutberegnelighet og etterprøvningsbarhet. Det er for klagenemnda uklart hvilke konkrete forhold denne anførselen knytter seg til. Nemnda gjør ingen generell revidering av

konkurransen, og anførselen er ikke konkretisert på en slik måte at nemnda kan ta nærmere stilling til den.

Konklusjon:

Værøy kommune har brutt forskriften § 22-3, jf. § 8-20 ved å åpne for at leverandørene kunne sende inn tilbudene via e-post.

Værøy kommune har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk