



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager ønsket å delta i en konkurranse for anskaffelse av sak- og arkivløsning, samt portalløsning som opsjon, men fikk sitt tilbud avvist som for sent innlevert. Klagenemnda fant at oppgitt postboksadresse som alternativ til fysisk overlevering måtte forstås slik at når tilbudet var kommet til postkontoret dagen før fristutløp og kvittering var lagt i postboksen, måtte dette anses rettidig i forhold til forskriftens § 20-13 (1). Nemnda la til grunn at tilbudet dermed var urettmessig avvist, og at det da kunne ligge til rette for erstatningsansvar.

Klagenemndas avgjørelse 24. november 2008 i sak 2008/103

Klager: Sem & Stenersen Prokom AS

Innklaget: Kommunene Lyngen, Storfjord, Kåfjord, Nordreisa, Skjervøy og Kvæangen

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Kommunene Lyngen, Storfjord, Kåfjord, Nordreisa, Skjervøy og Kvæangen (heretter kalt innklagede), kunngjorde 1. april 2008 en konkurranse for anskaffelse av felles sak- og arkivløsning, samt portalløsning som opsjon.
- (2) Innklagede hadde utformet ett konkurransegrunnlag for felles sak/arkiv-system, og ett konkurransegrunnlag for portalløsning som opsjon. I konkurransegrunnlaget for portalløsning som opsjon, ble det under punkt 1.6 "Innlevering av tilbud", vist til punkt 2.6 i konkurransegrunnlaget for felles sak/arkiv-system. Herfra hitsettes:

"2.6 Innlevering av tilbud

2 – to – sett av tilbudet hvorav det ene er kopi av original, skriftlig og på 1 CD-rom, fullstendig utfylt, sendes/leveres i nøytralt lukket forsendelse merket "Tilbud Sak-/arkivsystem i Nord-Troms."

<i>Virksomhet</i>	<i>Skjervøy kommune</i>
<i>Kontaktperson:</i>	<i>Frode Schultz</i>
<i>Postadresse:</i>	<i>Postboks 145-G, 9189 Skjervøy</i>
<i>Besøksadresse:</i>	<i>Rådhuset, Skjervøy"</i>

- (3) Fra konkurransegrunnlaget for portalløsning som opsjon, hitsettes videre:

"1.6.1 Merking av tilbudet (hvis levert separat)

Signert og datert tilbud leveres i lukket nøytral konvolutt som tydelig merkes:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

"Tilbud portal for intranett-/internettløsning".

1.6.2 Tilbudsfrist

"Tilbudet skal være oppdragsgiver i hende senest.

20.05.2008 – klokken 12.00.

For sent innleverte tilbud vil bli avvist."

- (4) Formuleringen i punkt 1.6.2 var også inntatt i konkurransegrunnlaget for felles sak/arkiv-system punkt 2.5.
- (5) Sem & Stenersen Prokom AS (heretter kalt klager) sendte et tilbud på portalløsning fra St.Olavs postkontor i Oslo den 16. mai 2008. Pakken ble sendt som ekspress over natt.
- (6) Før tilbudsfristen gikk ut den 20. mai 2008 kl 1200, var en representant for Posten Norge AS (heretter kalt Posten) på rådhuset i Skjervøy for å levere pakken med klagers tilbud. Representanten fikk ikke levert denne, og tok den med seg tilbake til Skjervøy postkontor.
- (7) Den 22. mai 2008 fikk innklagede melding fra Posten om at pakken lå på Skjervøy postkontor, og samme dag ble pakken hentet av innklagede.
- (8) I e-post av 23. mai 2008 oversendte klager en kopi av en kvittering fra Posten, og fra e-posten hitsettes:

"Her er kopi av kvitteringen med forsendelsesnummeret. I følge Postens kundesenter ble kvitteringen for pakken lagt i postboksen mandag 19.05. 2008."

- (9) I e-post av 2. juni 2008 etterlyste klager status i saken. Fra e-posten hitsettes følgende:

"Jeg har ikke hørt noe siden vi sendte opp kvitteringen for vår forsendelse – kan du gi meg tilbakemelding på om tilbudet er kommet frem og eventuelt hva som er status i forhold til videre fremdrift."

- (10) Innklagede besvarte dette i e-post av 2. juni 2008:

"Vi har returnert tilbudet fra dere da det ikke var oss i hende innen fristens utløp. Etter vår vurdering av "Forskrift om offentlige anskaffelser" er deres tilbud ikke å regne som mottatt innen fristens utløp.

Beklager men deres tilbud vil ikke bli vurdert."

- (11) Avvisningsbeslutningen ble påklaget i brev av 3. juni 2008.
- (12) I brev av 10. juni 2008 opprettholdt innklagede avvisningsbeslutningen, og fra brevet hitsettes følgende:

"I utlysningens pkt. 2.5 Tilbudsfrist står følgende:

"Tilbudet skal være oppdragsgiver i hende senest: 20. mai 2008 kl 1200. For sent innleverte tilbud vil bli avvist."

Deres klage er begrunnet med henvisning til postens forklaring og mulig bekreftelse av delaktighet i at tilbudet fra dere ikke kom fram i tide.

Etter samtale med KOFA og med henvisning til lignende sak, 2003/81 hvor posten tar på seg hele skylden for, for sent innkommet tilbud, kan ikke klagen tas til følge.”

- (13) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 16. juni 2008.
- (14) Kontrakt med CustomPublish (heretter kalt valgte leverandør) ble inngått 12. september 2008.
- (15) I e-post av 17. november 2008 ba klagenemndas sekretariat innklagede om å presisere hvorvidt han erkjente eller bestridte at en representant for Posten hadde forsøkt å levere klagers tilbud før tilbudsfristen. Slik tilbagemelding ble gitt i e-post av samme dag, og er tatt inn i innklagedes anførsler.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Det anføres at klagers tilbud ikke skulle vært avvist. Tilbudet var merket i henhold til konkurransegrunnlaget og var fremme lenge før tilbudsfristens utløp. En representant for Posten forsøkte å levere tilbudet til kommunen ett døgn før fristens utløp, noe som er bekreftet av innklagede. Ingen kan forklare hva som så har skjedd. Representanten fra Posten tok med seg tilbudet tilbake til postkontoret, hvor det ble hentet av innklagede etter tilbudsfristens utløp. Innklagedes rutiner i forbindelse med mottak av tilbud har opplagt sviktet, og det er urimelig at dette skal gå ut over klager.

Innklagedes anførsler:

- (17) Klagers tilbud var ikke innklagede i hende innen tilbudsfristens utløp, og måtte derfor avvises. Klager viser til forklaring fra Posten, men dette kan ifølge klagenemndas sak 2003/81 ikke føre frem.
- (18) En representant for Posten var på rådhusets mottak og spurte etter innklagedes kontaktperson, men det ble ikke nevnt noe om en pakke. To dager etter tilbudsfristen kom det så melding fra Posten om at det var ankommet en pakke adressert til kontaktpersonen. Pakken ble hentet samme dag, men innklagede forstod at den inneholdt et tilbud, og returnerte den derfor uåpnet. Tilbudene som ble vurdert ble for øvrig egenhendig levert til kontaktpersonen, og kvittert for av denne.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager leverte inn tilbud i konkurransen og har dermed saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt klagers tilbud med rette ble avvist som for sent innkommet

- (20) Av forskriftens § 20-13 (1) bokstav a fremgår det følgende:

”Et tilbud skal avvises når det ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen.”

- (21) Fra klagenemndas sak 2008/89 (premiss 22) hitsettes følgende:

"Det vesentlige hensyn bak regelen om avvising i forskriftens § 20-13 (1) bokstav a er at det overhodet ikke skal foreligge noen risiko for at en tilbyder kan ha fått kjennskap til innholdet i de øvrige tilbudene, og dermed kan tilpasse sitt eget tilbud til dette. Regelen håndheves strengt."

- (22) Innklagede har avvist klagers tilbud med den begrunnelse at det kom innklagede i hende etter tilbudsfristens utløp.
- (23) I utgangspunktet er det tilbyder som har risikoen for forsinkelser i postgangen, jf klagenemndas saker 2003/81 og 2008/89. I den foreliggende sak er det imidlertid ikke bestridt at pakken som inneholdt klagers tilbud ankom Skjervøy postkontor 19. mai 2008, altså dagen før tilbudsfristens utløp. Videre er det også på det rene at en representant for Posten var på rådhusets mottak med pakken innen fristutløp. Man spurte etter innklagedes oppgitte kontaktperson. Slik klagenemnda har forstått det, var kontaktpersonen ikke tilgjengelig, og representanten tok da med seg pakken tilbake til postkontoret. Kvittering for forsendelsen var lagt i innklagedes postboks allerede 19. mai, altså dagen før fristutløp og. Først to dager etter utløpet av tilbudsfristen fikk innklagede melding fra Posten om at pakken var ankommet, og denne ble da hentet samme dag. Tilbudet var dermed ikke innklagede i hende før etter utløpet av tilbudsfristen. I forhold til dette kom tilbudet ikke frem i tide. Det har da ikke betydning at innklagede selv hadde vanskeliggjort leveringen, jf klagenemndas saker 2003/81 og 2008/89. Nemnda må anta at Postens representant ikke kunne avlevert pakken til andre enn den oppgitte kontaktperson.
- (24) Etter klagenemndas syn er årsaken til at klagers tilbud ikke ble avlevert til rette vedkommende en feil fra innklagedes side, ved at det ikke var etablert tilfredsstillende rutiner for mottak av tilbud. Det må kunne forventes at oppdragsgiver har lagt til rette for fysisk mottak av tilbud i tiden like før en tilbudsfrist utløper.
- (25) Oppdragsgiver står allikevel fritt ved utforming av retningslinjer for levering eller forsendelse/mottak av tilbud. Det kan være praktisk å gi leverandørene valget mellom fysisk levering og post- eller annen slags forsendelse. I dette tilfelle må konkurransegrunnlaget forstås dit hen at rettidig forsendelse til den spesifiserte postboksadressen var likestilt med fysisk overlevering til oppdragsgiver, jf sitatet ovenfor under (2).
- (26) Det er da på det rene at klagers tilbud var kommet frem til Skjervøy postkontor innen utløpet av tilbudsfristen. Klagers tilbud var således i Postens, og ikke klagers varetekt, på dette tidspunkt og helt frem til innklagede mottok det. Nemnda viser til dokumentert epost datert 23. mai vedrørende dette og som ikke er bestridt av innklagede.
- (27) Nemnda må da forstå saken slik at tilbudet i forhold til dette anviste alternativ var rettidig ankommet postkontoret, jf at kvittering var lagt i postboksen. Dette må etter nemndas oppfatning forventes at innklagede ved fristutløp dagen etter - 20. mai kl 12.00 – og sett i lys av konkurransegrunnlagets anvisning, sjekker om det er kommet tilbud til postboksadressen. Innklagede har ved dette ikke fulgt opp sin egen anvisning for rettidig overholdelse av tilbudsfristen.

- (28) Etter dette legger klagenemnda til grunn at innklagede med urette avviste klagers tilbud som for sent innkommet. Klager er dermed blitt forhindret fra å delta i konkurransen på grunn av en feil fra innklagedes side. Nemnda avgjør ikke spørsmål om erstatning, men kan etter klageforskriften § 12 uttale seg om økonomisk ansvar dersom den finner grunn til det. Nemnda antar med henvisning til dette at klager trolig må kunne kreve erstattet den negative kontraktsinteresse. Kan det med rimelig sikkerhet dessuten dokumenteres at klagers tilbud ville blitt antatt dersom det ikke var blitt avvist, kan det alternativt være tale om erstatning for tap av kontrakt (den positive kontraktsinteresse). Nemnda har imidlertid ikke opplysninger for å kunne uttale seg om dette.
- (29) Fra klagenemndas sak 2008/89 (premiss 26-27) hitsettes i denne sammenheng følgende om det prinsipielle.

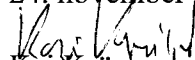
”En annen sak er at når klager blir forhindret fra å delta i konkurransen på grunn av en åpenbar feil begått av innklagede, kan det danne grunnlag for erstatningskrav fra klagers side. Hvorvidt klager ville ligget an til å vinne konkurransen om tilbudet var kommet frem i tide har nemnda ingen opplysninger om. Klager må under enhver omstendighet kunne kreve erstattet sine utgifter med å inngi tilbud, altså den negative kontraktsinteresse.”

Konklusjon:

Kommunene Lyngen, Storfjord, Kåfjord, Skjervøy, Nordreisa og Kvæningen har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud som for sent innlevert.

For klagenemnda,

24. november 2008


Kai Krüger