



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager ønsket å delta i en begrenset anbudskonkurranse for prosjektering og bygging av flerbrukshall, stadion, liten fotballbane og infrastruktur tilknyttet anlegget, men fikk sin søknad om prekvalifisering avvist som for sent innlevert. Klagenemnda fant at kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 var brutt ved at innklagede hadde avvist klagers prekvalifiseringssøknad som for sent innlevert, uten at det var hjemmel for dette i forskriftens § 20-12 (1) bokstav d. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 26. januar 2009 i sak 2008/201

Klager: AF Skandinavia AS

Innklaget: Vestby kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av prekvalifiseringssøknad som for sent innkommet. Leverandørens mulighet til å få påklagd og overprøvd en avvisningsbeslutning.

Bakgrunn:

- (1) Vestby kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. august 2008 en begrenset anbudskonkurranse for prosjektering og bygging av flerbrukshall, stadion, liten fotballbane og infrastruktur tilknyttet anlegget.
- (2) Av prekvalifiseringsgrunnlagets punkt 2.1 fremgår det at OPAK ville delta i prekvalifiseringsprosessen av de interesserte tilbyderne, og at alle spørsmål vedrørende prekvalifiseringsgrunnlaget derfor skulle rettes til OPAKs kontaktperson. Denne var oppgitt i prekvalifiseringsgrunnlagets punkt 2.2.
- (3) I prekvalifiseringsgrunnlagets punkt 2.3 fremgikk det følgende om innleveringsfrist og innleveringssted for interesserte leverandørers prekvalifiseringssøknader:

"Frist for innlevering av søknaden om prekvalifisering er torsdag 18. september 2008 kl. 14.00.

Søknaden skal leveres til OPAK AS, Hovfaret 13, Postboks 128 Skøyen, 0212 OSLO. Det er søkers ansvar å sørge for at søknaden er mottatt av OPAK innen tidsfristens utløp."

- (4) Fra prekvalifiseringsgrunnlaget hitsettes videre fra punkt 3 "Anskaffelsesprosedyre":

"Såfremt det finnes et tilstrekkelig antall kvalifiserte søkere i konkurransen, vil Vestby kommune prekvalifisere 5 søkere og invitere disse til å delta i den etterfølgende totalentreprisekonkurranse."

- (5) I prekvalifiseringsgrunnlagets punkt 5.2 *"Format og antall kopier av søknaden"* fremgikk følgende:

"Søknaden skal leveres i én (1) original som er innsatt i perm, samt én (1) CD komplett med søknad (PDF)."

- (6) AF Skandinavia AS (ved underavdeling AF Bygg Øst) (heretter kalt klager) sendte sin søknad om prekvalifisering per post den 16. september 2008. Søknaden ble også sendt til OPAK v/kontaktpersonen, per e-post den 17. september 2008.
- (7) Spøringsinformasjon fra Posten Norge AS viser at klagers prekvalifiseringssøknad (med kollinummer SM089799482NO), var fremme på Skøyen postkontor 18. september 2008 kl. 07.35. Videre fremgår det av spøringsinformasjonen at søknaden ble utlevert til innklagede den 19. september 2008 kl. 07.34.
- (8) Det er på det rene at klager kort tid etter søknadsfristen hadde telefonkontakt med OPAK, og at dette i alle fall har skjedd før klager sendte sin e-post av 24. september 2008 (se premiss 8). Partene har ikke opplyst noe om hva som ble sagt i denne samtalen.
- (9) I e-post til innklagede av 24. september 2008 la klager ved spøringsinformasjonen fra Posten Norge AS. Fra e-posten hitsettes følgende:

"Videresender kopi av "sporing" av vår forsendelse.

Som du ser er denne fremme på postkontor i Oslo 18.9. Iht de opplysninger vi har fra Posten, så skal dere ha fått beskjed om denne pakken samme dag. [...] Om dere har mottatt beskjed fra Posten innen den tiden, så mener vi at man kan anse at forutsetningene i prekvalifiseringen er fulgt og dermed forskriften om off. anskaffelse.

Vi ber dere derfor vurdere dette ift gyldighet av vår søknad om prekvalifisering."

- (10) OPAK utarbeidet en evaluering og innstilling av søknadene om prekvalifisering, og oversendte dette til innklagede i brev av 29. september 2008. Av dokumentet fremgår det at OPAK til sammen mottok åtte søknader om prekvalifisering. Klagers søknad ble avvist som for sent innkommet, mens syv søknader ble ansett rettidig levert. Samtlige av de resterende syv søkere ble funnet å være kvalifisert, og blant disse ble fem av søkerne valgt ut til å delta i konkurransen.
- (11) I brev av 30. september 2008 ble klager meddelt at søknaden om prekvalifisering var avvist som for sent innkommet. Fra brevet hitsettes:
- "Vi beklager å meddele at AF Bygg Øst sin søknad dessverre er blitt avvist. Årsaken til dette er at søknaden er innlevert for sent. Søknaden fra AF Bygg Øst ble mottatt av OPAK 19.09.2008 kl. 09.20. Det vises i den forbindelse til Forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13."*
- (12) Brevet av 30. september 2008 ble også oversendt klager i e-post av 9. oktober 2008.
- (13) Konkurransgrunnlaget ble så sendt ut til de tilbyderne som var blitt invitert til å delta i konkurransen den 10. oktober 2008.

- (14) I brev av 20. oktober 2008 påklaget klager avvisningsbeslutningen. Klager opplyste også om at brevet av 30. september 2008 ikke var mottatt per post, men kun per e-post den 9. oktober 2008. Fra brevet hitsettes:

"Vi viser også til deres brev, mottatt hos oss kun pr e-post 9-10-2008, hvor vår søknad er avslått på grunn av for sen innlevering. Vi har fortsatt ikke mottatt dette brevet pr post fra dem.

I deres forespørsel er det angitt at søknad skal leveres til OPAK AS, Hovfaret 13, P.b. 128 Skøyen, 0212 Oslo, innen torsdag 18.9.2008 kl 14.00. Vi tolker dette som at vi kan velge om pakken leveres til deres kontor eller at den sendes pr post til angitt postboks adresse.

Som det fremkommer av vedlegg til dette brevet, er vår forsendelse innlevert til Skøyen postkontor innen den angitte fristen. At pakken ikke er hentet av dem før fredag 19.9, kan ikke vi lastes for.

Vi ber derfor om at vår prekvalifisering blir vurdert på lik linje med andre innkomne anbud."

- (15) I brev av 28. oktober 2008 ble klager meddelt at innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen, og at innklagede hadde sendt brevet av 30. september 2008 den samme datoen som det var datert:

"Vårt brev av 30.09.2008

Brev ble sendt den 30.09.2008 til samtlige som deltok i prekvalifiseringen. Hva årsaken er til at dette ikke er mottatt av AF Bygg Øst har vi ingen formening om. Øvrige leverandører har mottatt sine brev. Vi konstaterer at adressen på brevet er riktig i hht de opplysninger som er gitt av AF Bygg Øst.

Leveringsfrist

Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet er mottatt av OPAK i tide. Dette står uttrykkelig angitt i prekvalifiseringsgrunnlaget.

Vår konklusjon i brev av 30.09.2008 opprettholdes."

- (16) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 18. november 2008.

- (17) I e-post av 4. desember 2008 opplyste innklagede følgende om den planlagte fremdriften i anskaffelsesprosessen:

"Tilbudsfristen for totalentreprisekonkurranse i brev av 30.9 er 24.11, som senere er endret til 22.12. Evalueringen av tilbudene antas å bli utført i løpet av januar 2009. Valg av tilbyder skal behandles i kommunestyret 23.03.09."

- (18) I innklagedes tilsvare av 18. desember 2008 ble det opplyst at dersom kommunestyret vedtar at prosjektet skal realiseres, antas det at kontrakt kan inngås i begynnelsen av april 2009.

- (19) I e-post av 9. januar 2009 ga Posten Norge AS v/Berit Elisabeth Andersen følgende erklæring:

"All brevpost inkludert hentemelding på sendingsnr. SM089799482NO har vært tilgjengelig i postboksen fra kl. 08.00 den 18/9-2008."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Det anføres at innklagede ikke hadde grunnlag for å avvise klagers søknad som for sent innkommet. I prekvalifiseringsgrunnlaget fremgikk det at tilbyder kunne levere søknaden til enten angitt postboksadresse eller gateadresse. Sporingsinformasjon fra Posten Norge AS dokumenterer at søknaden var kommet frem til postboksadressen innen søknadsfristen. Posten Norge AS har videre opplyst at post som skal legges i postboksen, kan hentes fra kl. 08.00 og utover dagen. At OPAK hentet posten før kl. 08.00 på fristdagen, og ikke ved fristens utløp, har medført at en rettidig levert søknad er blitt avvist som for sent innkommet. For øvrig ble klagers søknad også sendt per e-post dagen før, da det i prekvalifiseringsgrunnlaget var krav om at søknaden også skulle leveres i pdf-format. På grunn av denne e-posten burde OPAK ha forstått at en søknad var sendt fra klager. OPAK hadde dermed en enda større oppfordring til å sjekke postboksen ved fristutløp. Klager kan for øvrig ikke se at virkningene av en utsettelse av anskaffelsesprosessen, skulle være relevant for spørsmålet om klager er rettmessig avvist. OPAK har uansett hatt mange muligheter til å omgjøre avvisningsbeslutningen.
- (21) Videre anføres det at brevet av 30. september 2008 ikke ble mottatt av klager, noe som har medført at klager har tapt tid i forhold til en eventuell juridisk vurdering av saken.
- (22) Basert på den faktiske saksgangen, kan klager for øvrig ikke forstå innklagedes anførsel om at klagen til innklagede ble sendt inn sent.

Innklagedes anførsler:

- (23) Avvisningen av klagers søknad om prekvalifisering opprettholdes. Innklagede valgte å følge de råd som ble gitt av OPAK i evalueringen av 29. september 2008, og var på dette tidspunkt ikke i tvil om at dette var en riktig beslutning. Av sporingsinformasjonen fremgår det at søknaden ble utlevert til OPAK 19. september 2008 kl. 07.34, noe som er årsaken til at den ble avvist som for sent innkommet. Postens opplysning om at OPAK kunne ha hentet leveransen fra 18. september 2008 kl. 08.00, er ny for innklagede. For øvrig er innklagede noe usikker på hva hensikten var med å sende søknaden om prekvalifisering til OPAK per e-post av 17. september 2008, men har registrert at dette i andre konkurranser kan være en indikasjon på at leverandøren er usikker på om tilbudet vil komme frem i tide.
- (24) Videre forstår innklagede at klager ønsker å delta i konkurransen, men er noe overrasket over at klagen først ble sendt den 18. november 2008, det vil si 5-6 uker etter utsendelse av konkurransegrunnlaget. Ifølge klager skyldes dette at brevet av 30. september 2008, ikke ble mottatt. Brevet ble imidlertid sendt ut til samtlige leverandører som meldte sin interesse for å delta i konkurransen.
- (25) Dersom det skulle vise seg at klagers søknad ikke skulle ha vært avvist, og klager i tillegg ble funnet kvalifisert og valgt ut til å delta i konkurransen, ville dette måtte

avklares med de øvrige deltakerne. Det er usikkert om de ville akseptert at antallet deltakere ble utvidet fra fem til seks. Forutsatt at dette ble akseptert, antas det at fremdriften ville blitt ca. to måneder forsinket, noe som ville være uheldig for både innklagede og brukerne av anlegget.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager leverte inn søknad om prekvalifisering i konkurransen, og har dermed saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Av klagenemnds forskriftens § 6 (2), følger det at en klage til klagenemnda må fremsettes innen seks måneder etter at kontrakt er inngått. Klagen er således rettidig, jf. innklagedes bemerkning til dette gjengitt ovenfor i premiss 24. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagede hadde hjemmel for å avvise klagers prekvalifiseringssøknad som for sent innkommet

- (27) I forskriftens § 20-12 (1) bokstav d fremgår det at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke har levert forespørsel om deltakelse i begrenset anbudskonkurranse innen fristen. I klagenemndas sak 2008/89 (premiss 26) uttalte nemnda om avvisningsplikt etter forskriftens § 20-13 (1) bokstav a (for sent innkommet tilbud) at regelen om at et tilbud må være kommet frem til oppdragsgiver innen fristen, er en så viktig regel at det ikke bør gjøres unntak fra den. Nemnda antar at det samme må gjelde søknad etter forskriftens § 20-12 (1) bokstav d.
- (28) Det er på det rene at klagers søknad om prekvalifisering ble sendt til OPAK både per e-post og per post. E-posten ble sendt 17. september 2008, altså før søknadsfristen den 18. september 2008 kl. 14.00. Klagenemnda kan ikke se at prekvalifiseringsgrunnlaget åpnet opp for at søknadene kunne leveres per e-post. Da det imidlertid ikke er anført at klagers søknad skulle vært avvist på dette grunnlag, har nemnda ikke foranledning til å gå nærmere inn på dette spørsmålet, jf. klagenemnds forskriftens § 12 (3). Nemnda vurderer derfor kun om klagers søknad skulle vært avvist som for sent innkommet.
- (29) Spørsmålet for klagenemnda blir derfor om klagers søknad om deltakelse i konkurransen kom frem for sent slik at søknaden skulle vært avvist etter forskriftens § 20-12 (1) bokstav d.
- (30) I klagenemndas sak 2008/103 kom nemnda til at klagers tilbud ikke skulle ha vært avvist som for sent innkommet. I konkurransegrunnlagets opplysninger om levering av tilbud, var det oppgitt både en besøksadresse og en postadresse. Dette ble av nemnda forstått slik at *"rettidig forsendelse til den spesifiserte postboksadressen var likestilt med fysisk overlevering til oppdragsgiver"*, jf. premiss 25. Nemnda fant at når det var lagt en kvittering for klagers tilbudspakke i den angitte postboksen før tilbudsfristens utløp, så måtte tilbudet anses rettidig levert. Fra premiss 27 i avgjørelsen hitsettes følgende:

"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. [Det] 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."

- (31) I den foreliggende sak er det i prekvalifiseringsgrunnlaget oppgitt både en besøksadresse og en postboksadresse, og rettidig forsendelse til postboksadressen må derfor likestilles med fysisk overlevering til OPAK. Videre er det på det rene at pakken som inneholdt klagers søknad ankom Skøyen postkontor 18. september 2008 kl. 07.35, og at hentemelding for pakken var tilgjengelig i den angitte postboksen fra kl. 08.00 den samme dagen, jf. erklæringen fra Posten Norge AS av 9. januar 2009. Søknaden må derfor anses å være rettidig levert postboksadressen. Etter nemndas syn må det kunne forventes at en oppdragsgiver som angir en postboksadresse som leveringssted for en prekvalifiseringssøknad eller et tilbud, sjekker postboksen ved innleveringsfristens utløp.
- (32) Etter dette legger klagenemnda til grunn at klagers søknad var rettidig og dermed med urette avvist.

Avvisningsmeddelelsen

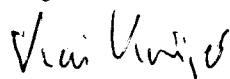
- (33) Klager har anført at innklagedes avvisningsmeddelelse av 30. september 2008, ikke ble mottatt før ved e-post av 9. oktober 2008, og at klager derfor tapte tid i forhold til en eventuell juridisk vurdering av saken. Nemnda forstår imidlertid saken slik at innklagede tilskrev klager 30. september per post og således innen fristen etter § 20-16 (2). Innklagede har ikke risikoen for eventuell forsinket postgang. Klagers interesser må uansett sies å være ivaretatt i tilstrekkelig grad i og med at klagen ble behandlet før kontraktinngåelse.

Konklusjon:

Vestby kommune har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 ved å avvise prekvalifiseringssøknaden fra AF Skandinavia AS som for sent innkommet uten hjemmel i forskriftens § 20-12 (1) bokstav d.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
26. januar 2009


Kai Krüger