



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en begrenset anbudskonkurranse vedrørende prosjekteringstjenester for utbygging av Norges ambassade i Beijing. Klagenemnda kom til at forskriften § 16-2 måtte tolkes slik at det var adgang til å inngi forespørsel om deltakelse i konkurranse per e-post før fristens utløp i de tilfellene hvor skriftlig forespørsel også var sendt i posten.

Klagenemndas avgjørelse 15. april 2010 i sak 2009/221

Klager: Terje Grønmo Arkitekter AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Ven, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Forespørsel om deltakelse i begrenset anbudskonkurranse per e-post.

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. april 2009 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende prosjekteringstjenester for utbygging av Norges ambassade i Beijing. Frist for anmodning om deltakelse var satt til 4. mai 2009 kl 12.00.
- (2) Jordan+Bateman Architects Ltd (heretter kalt valgte leverandør) sendte 30. april 2009 en e-post til klager der de uttrykte sitt ønske om å delta i konkurransen. Vedlagt e-posten var forespørsel om deltakelse i elektronisk format. Det stod videre at forespørselen også var sendt per post, som de håpte ville være fremme før fristen 4. mai 2009.
- (3) Ved fristens utløp, 4. mai 2009 kl 12.00, var forespørselen fra valgte leverandør enda ikke mottatt i posten. Den ble imidlertid mottatt noe under fire timer senere. I åpningsprotokollen for prekvalifiseringsfasen står det om dette:
"12. Jordan+Bateman Architects Ltd. London. Søknad nr. 12 mottatt 04.05.2009 kl. 15.39."
- (4) Fordi forespørselen ble mottatt etter fristen, ble valgte leverandør først avvist fra konkurransen. Valgte leverandør tok 15. mai 2009 kontakt med innklagede, der de gjorde oppmerksom på at forespørselen om deltakelse var sendt per e-post 30. april 2009, og ba på den bakgrunn innklagede revurdere avvisningen.
- (5) I brev 26. mai 2009 til valgte leverandør omgjorde innklagede avvisningsavgjørelsen.

- (6) Av tolv mottatte forespørsler om deltakelse, ble fem tilbydere invitert til å inngi tilbud, blant annet valgte leverandør og Terje Grønmo Arkitekter AS (heretter kalt klager).
- (7) Av konkurransegrunnlaget som ble sendt de inviterte tilbyderne, fremgår det at tildelingskriteriene var ”pris”, ”oppgaveforståelse” og ”prosjektgjennomføring”. Vedlagt konkurransegrunnlaget var et tilbudsskjema, der tilbyderne skulle føre opp timesatsen i tilbudet.
- (8) Både valgte leverandør og klager inngav tilbud. Av klagers tilbud fremgår det at flere av de tilbudte personer hos klager har kjennskap til ambassadebygget i Beijing fra tidligere oppdrag.
- (9) Ved evaluering av tilbudene utarbeidet innklagede en ”Tilbudsinnstilling”, der det under punkt 4.3 A fremgår at tilbyder nr. 2, valgte leverandør, hadde lavest pris. Fra tilbudsinnstillingen punkt 4.3 B fremgår følgende om de to øvrige tildelingskriteriene:

”Prosjektgjennomføring — 50% vekt

Alle fem grupper tilbyr utførende personell med bred generell prosjekteringskompetanse. Alle har jobbet med prosjekter med noe overføringsverdi til oppgaven. Flere har fremhevet tilleggskompetanse med sikkerhetsspørsmål og logistikk knyttet til ambassadeprosjekter.

Tilbyder 2 [valgte leverandør] utmerker seg særlig ved flere meget relevante prosjekter i Asia/Kina.

Alle har erfaring med å tegne bygg i jordskjelvutsatte områder men hvor omfattende erfaringen er, varierer. Dette inngår i vurderingen av arkitektkompetanse, men er særlig viktig for RIG-rådgiver.

Alle har påvist tilstrekkelig norsk- og engelskspråklig kompetanse.

Oppgaveforståelse — 20% vekt

Alle tilbyderne har gitt en faglig god beskrivelse av arkitektonisk muligheter innenfor de gitte rammene, og av hovedutfordringene i prosjektet. Det gis uttrykk for respekt og forståelse for det eksisterende anleggets kvaliteter. Forskjellige måte å nærme seg oppgaven beskrives — kontrast i form av materialvalg, letthet kontra tyngde, fargebruk som tydeliggjør forskjellen, eller som tilpasset og nennsomt bruk av volumer, utendørsarealer og en materialbruk tilsvarende det eksisterende.

Alle tilbyderne har omtalt forholdet til flerbruksanlegg og funksjon, samt forhold/holdning til eksisterende bygningsmassen med tilhørende eksempler.

Tilbyder nr 2 [valgte leverandør] tilkjennegir omfattende kunnskap om asiatiske forhold med hensyn til både materialer og prosesser og får et tillegg for det.”

- (10) I tilbudsinnstillingen er det under punkt 7 krysset av for at anskaffelsen har en verdi over 1,15 millioner kroner.
- (11) Ved meddelelsesbrev 18. september 2009 ble valgte leverandør tildelt kontrakten.
- (12) Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. oktober 2009.
- (13) Innklagede har i brev 21. oktober 2009 opplyst at kontrakt vil bli inngått med valgte leverandør.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at forespørselen om deltakelse fra valgte leverandør skulle vært forkastet, ettersom den ble mottatt etter fristen.
- (15) Klager anfører at de opprinnelig skapte ambassaden, og siden har hatt ansvaret for utredninger og oppfølgingsarbeider. Klager anfører at de derfor har inngående kunnskap om anleggets funksjon, tekniske oppbygging, arkitektoniske ide og uttrykk. Klager anfører at dette ikke er tilstrekkelig grad hensyntatt ved evalueringen.
- (16) Klager viser til at innklagede, ved evalueringen av tilbudene, har lagt vekt på timepris. Klager anfører at dersom det hadde vært lagt vekt på totalt lavest kostnad, ville klagers inngående kjennskap til ambassaden medført et lavere timeforbruk enn konkurrentene, og derfor en lavere totalpris. Klager anfører at det derfor er sterkt urimelig at de er gitt lavere vekttall enn valgte leverandør på dette punktet.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede anfører at forespørselen om deltakelse fra valgte leverandør ikke kan anses innkommet for sent, og derfor ikke skulle avvises. Innklagede anfører at forskrift om offentlige anskaffelser § 16-2 første og annet ledd må åpne for at en tilbyder kan anmode om deltagelse i en begrenset konkurranse pr. e-post, i hvert fall så lenge en skriftlig bekreftelse sendes per post før fristen.
- (18) Innklagede bestrider at evalueringen av klagers tilbud er sterkt urimelig. Innklagede anfører videre at det uansett ville vært i strid med kravet til likebehandling og konkurranse å gi klager uttelling for sin tidligere befatning med ambassaden, men at tilbyderne er evaluert etter blant annet sin generelle kunnskap om ambassadebygg.
- (19) Innklagede anfører at det ikke er relevant hvilken totalpris klager ville hatt, da det var timepris som var oppgitt som tildelingskriterium.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig. Kontrakten gjelder arkitektvirksomhet, som er en prioritert tjeneste, jf. forskriftens Vedlegg 5 kategori (12). Anskaffelsen er en tjenestekontrakt for statlig myndighet, med verdi over 1,05 millioner kroner, og følger da lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 fjerde ledd, jf. 2-2 første ledd.
- (21) Klager anfører at forespørselen om deltakelse fra valgte leverandør skulle vært forkastet, ettersom den ble mottatt i posten etter fristens utløp.
- (22) Fristen for anmodning om deltakelse i den begrensede anbudskonkurranse var i kunngjøringen fastsatt til 4. mai 2009 kl. 12.00. Valgte leverandørs forespørsel om deltakelse ble mottatt per e-post 30. april 2009, det vil si før fristen. Omlag fire timer etter fristen, 4. mai 2009 kl 15.30, ble forespørselen også mottatt per post.
- (23) Det følger av forskriften § 20-13 første ledd bokstav a) at "*Et tilbud skal avvises når det ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen*". Selv om regelen etter ordlyden gjelder plikten til å avvise "*tilbud*", må dette også omfatte anmodning om deltakelse i begrenset anbudskonkurranse.

- (24) Det første spørsmålet er om valgte leverandørs e-post 30. april 2009 kan anses som en innlevert forespørsel om deltakelse i konkurransen i medhold av forskriften § 16-1 første ledd. Bestemmelsen lyder:
- "All kommunikasjon og informasjonsutveksling som referert til i dette kapittelet kan, etter oppdragsgivers valg, skje per post, telefaks eller ved elektronisk kommunikasjon."*
- (25) Det følger av dette at all kommunikasjon i utgangspunktet kan skje elektronisk, dersom oppdragsgiver har åpnet for dette. Slik elektronisk kommunikasjon må imidlertid oppfylle de krav som er stilt i § 16-3. E-post oppfyller ikke disse kravene, jf. klagenemndas sak 2009/148 premiss (44). Valgte leverandørs e-post 30. april 2009 kan derfor ikke regnes som en mottatt anmodning om deltakelse i medhold av forskriften § 16-1 første ledd.
- (26) Det følger imidlertid av § 16-2 at telefaks og telefon under visse betingelser kan benyttes ved forespørsel om deltakelse i konkurranse. Bestemmelsen lyder:
1. *"Forespørsel om å delta i en konkurranse kan, i tillegg til de kommunikasjonsformer som er nevnt i § 16-1 (regler for kommunikasjon) første ledd, også fremsettes på telefon. Leverandøren skal i så fall sende skriftlig bekreftelse på forespørselen før utløpet av fristen for forespørsel om å delta i konkurransen."*
 2. *Forespørsel om å delta i konkurransen kan også fremsettes ved telefaks. Dersom det er nødvendig av bevisshensyn, kan oppdragsgiver kreve at en slik forespørsel bekreftes per post eller elektronisk. Krav om slik bekreftelse, samt fristen for innlevering, må fremgå av kunngjøringen."*
- (27) Det neste spørsmålet er om § 16-2 må tolkes utvidende, slik at det åpnes for at man kan fremsette forespørsel om deltakelse per e-post, så lenge forespørselen også avsendes per post innen fristen.
- (28) Bestemmelsen er en implementering av EU-direktiv 2004/18 artikkel 42 nr. 6 som i sin danske versjon lyder:
- "Følgende regler gjelder for fremsendelse af ansøgninger om deltagelse:*
- a) *Ansøgninger om deltagelse i udbudsproceduren for offentlige kontrakter kan indgives skriftligt eller telefonisk.*
 - b) *Hvis ansøgninger om deltagelse indgives telefonisk, skal der sendes en skriftlig bekræftelse inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelse.*
 - c) *De ordregivende myndigheder kan kræve, at ansøgninger om deltagelse, der indgives pr. telefax, bekræftes pr. post eller elektronisk, hvis det er nødvendigt af hensyn til det juridiske bevismiddel. De ordregivende myndigheder angiver alle sådanne krav samt fristen for fremsendelse af en bekræftelse pr. post eller elektronisk i udbudsbekendtgørelsen."*
- (29) Definisjonen av begrepet "skriftligt" i bestemmelsens bokstav a) følger av direktivet artikkel 1 nr. 12 som lyder:
- "Ved "skriftlig(t)" forstås ethvert udtryk bestående af en helhed af ord eller tal, som kan læses, reproduceres og derefter videresendes. Denne helhed kan omfatte informationer overført og lagret ved hjælp af elektroniske midler."*

- (30) Lest i sammenheng åpner altså direktivet for at forespørsel om deltakelse i konkurranse kan fremsettes per e-post før fristen. Forskriften, som er ment å implementere direktivet, må forstås på samme måte.
- (31) Forskriften § 16-2 kan forstås på to måter. Bestemmelsen kan leses om en rett for leverandører til å inngi forespørsel om deltakelse per telefaks, telefon eller e-post. Bestemmelsen kan også leses som at den kun åpner for at oppdragsgiver kan velge å tillate slik fremgangsmåte ved forespørsel om deltakelse.
- (32) Ordlyden i § 16-2, "*Forespørsel om å delta i en konkurranse kan [...] også fremsettes på telefon*", trekker i retning av at det er tale om en rett for leverandøren til å velge denne fremgangsmåte.
- (33) Forskriften § 16-1 første ledd åpner for at all kommunikasjon generelt kan skje per post, telefaks eller ved elektronisk kommunikasjon "*etter oppdragsgivers valg*". En tilsvarende formulering om "*oppdragsgivers valg*" finnes ikke i § 16-2. Også hensynet til likebehandling og forutberegnelighet tilsier at forskriften på dette punkt tolkes i tråd med sin ordlyd.
- (34) Klager anfører at innklagede ikke har vektlagt klagers særlige kjennskap til ambassadebygget i Beijing ved evaluering av tilbudet.
- (35) Evaluering av mer skjønnspregede tildelingskriterier som "*oppgaveforståelse*" og "*prosjekgjennomføring*" hører under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn kan klagenemnda bare overprøve dersom oppdragsgiver har brutt regelverket ved å legge feil faktum til grunn, eller ved å utøve et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn. Klagenemnda kan også prøve om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (36) Innklagede har i sin tilbudsinnstilling vurdert tildelingskriteriene som "*oppgaveforståelse*" og "*prosjekgjennomføring*" slik:

"Prosjektgjennomføring — 50% vekt

Alle fem grupper tilbyr utførende personell med bred generell prosjekteringskompetanse. Alle har jobbet med prosjekter med noe overføringsverdi til oppgaven. Flere har fremhevet tilleggskompetanse med sikkerhetsspørsmål og logistikk knyttet til ambassadeprosjekter.

[...]

Oppgaveforståelse — 20% vekt

Alle tilbyderne har gitt en faglig god beskrivelse av arkitektonisk muligheter innenfor de gitte rammene, og av hovedutfordringene i prosjektet. Det gis uttrykk for respekt og forståelse for det eksisterende anleggets kvaliteter.

[...]"

- (37) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes evaluering av tildelingskriteriene bygger på feil faktum, eller at det er utøvet et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn. Heller ikke kan de grunnleggende kravene i loven § 5 sees å være brutt.
- (38) Klager anfører videre at de, grunnet sin særlige kjennskap til ambassadebygget i Beijing, ville hatt en lavere totalkostnad enn valgte leverandør.
- (39) I konkurransegrunnlagets vedlegg "*Tilbudsskjema*" etterspørres timepris. Innklagede ville da ikke hatt adgang til å vektlegge forventet totalkostnad, ved evalueringen av tilbudene.

Konklusjon:

Statsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

15. april 2010

Andreas Wahl