



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Slipen Mekaniske AS

Kirkeveien 1
8805 SANDNESSJØEN

Deres referanse

Vår referanse
2012/0200-10

Dato:
13.06.2014

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 12. september 2012 vedrørende anskaffelse av leveranse og montasje av kjørebros ved Slipen i Sandnessjøen. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at det må anses nødvendig å avholde muntlige forhandlinger for å få klarlagt hva som er faktum i saken. Slike muntlige forhandlinger, har klagenemnda, med sin skriftlige saksbehandling, ikke myndighet til å avholde. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Alstahaug kommune (heretter innklagede) kunngjorde 2. april 2012 en konkurranse med ett-trinns forhandling for anskaffelse av leveranse og montasje av kjørebros ved Slipen i Sandnessjøen. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.2.1) angitt til 1,5 millioner kroner eks. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 10. mai 2012 kl. 12.00. Det samme var frist for forespørsel om utlevering av konkurransegrunnlaget, jf. kunngjøringen punkt IV.3.3).
- (2) Innenfor fristen for forespørsel om utlevering av konkurransegrunnlaget, meldte 11 interessenter seg, deriblant Slipen Mekaniske AS (heretter klager), og IMO Sveiseindustri (heretter valgte leverandør). Alle relevante dokumenter ble sendt via e-post fra innleid konsulent hos innklagede. Innleid konsulent bisto innklagede i konkurransegjennomføringen.
- (3) Klager tok kontakt med saksbehandler hos innklagede, per telefon 8. mai 2012, for å melde sin interesse og få utlevert konkurransegrunnlaget. Innklagedes saksbehandler ga

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

uttrykk for at konkurransegrunnlaget skulle oversendes klager. Klager bekreftet sin forespørsel per e-post, kl. 13.01 til kommunens representant, rett etter telefonsamtalen:

"Hei

Viser til dagens telefonsamtale, og bekrefter avtale om at du skal sende over anbudsmaterialet til oss.

Med vennlig hilsen

Slipen Mekaniske AS".

- (4) Innklagede har fremlagt dokumentasjon på at konkurransegrunnlaget ble sendt klager fra innleid konsulents bærbar PC, per e-post 8. mai 2012 kl. 13.14, rett etter telefonsamtalen:

"Oversender tilbudspapirer".

- (5) Samme e-post ble sendt til saksbehandler hos innklagede, kl. 13.16. Klager har opplyst at e-posten ikke er mottatt av klager.
- (6) Samme dag, kl. 13.30, sendte innleid konsulent, etter avtale med innklagedes saksbehandler, e-post til klager med orientering om at fristen for innlevering av tilbud var utsatt til den 11. mai 2012 kl. 12.00. E-posten ble mottatt av klager.
- (7) Klager sendte innklagedes saksbehandler en e-post 14. mai 2012, med informasjon om at de ikke hadde mottatt konkurransegrunnlaget innen tilbudsfristen:

"Hei

Vi viser til nedenfor nevnte avtale om oversendelse av anbudsmaterialet.

Da dette ikke ble oversendt før anbudsfriestens utløp, vil vi vurdere å melde saken inn for KOFA.

Dette til Deres foreløpige orientering.

Med vennlig hilsen

Slipen Mekaniske AS".

- (8) Innklagede besvarte henvendelsen ved å sende kopi av e-posten som ble sendt til innklagedes saksbehandler 8. mai 2012, jf. premiss (5).
- (9) Samme dag foretok innklagede åpning av de tre innkomne tilbudene, og forhandlingsmøter med tilbyderne ble avholdt henholdsvis 8. og 11. juni 2012.
- (10) Klager henvendte seg til innklagedes postmottak den 12. og 13. juni 2012. Her ble det opplyst at innklagedes innleide konsulent hadde oversendt konkurransegrunnlaget til klager 8. mai 2012. På bakgrunn av klagers opplysning om at de ikke hadde mottatt denne e-posten, foretok innklagedes arkivleder nærmere undersøkelser av saken. Klager fikk opplyst at e-posten sendt fra innklagedes innleide konsulent var på 15,025 Mb, mens innklagedes brannvegg på utgående e-post var innstilt på 10 Mb. Det vil si at

utgående e-poster på mer enn 10 Mb blir stoppet i innklagedes brannmur uten at noen hos innklagede blir opplyst om dette, eller at beskjed sendes til mottaker. Innklagede har i ettertid opplyst at de har en begrensning på 30 Mb på vedlegg som sendes per e-post, og at tilbudsdokumentene utgjorde 19 Mb.

- (11) Innklagedes innleide konsulent avga sin innstilling den 12. juni 2012. Tilbyderne ble ved brev av henholdsvis 13. og 14. juni 2012 meddelt at innklagede hadde besluttet å tildele kontrakt til valgte leverandør. Kontrakt ble inngått 10. juli 2012.
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 12. september 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å oversende konkurransegrunnlaget. Klager ble dermed avskåret fra å inngi tilbud, og fratatt muligheten til å vinne konkurransen. Det vises til at innklagede ble gjort kjent med at klager ikke hadde mottatt dokumentene ved to anledninger, herunder før tilbudsåpning av de innkomne tilbudene hadde funnet sted, og da klager kontaktet innklagedes arkiv. Innklagede hadde derfor, ved to anledninger, mulighet til å avvente tildelingen eller utlyse anbudet på nytt.
- (14) Klager viser til at e-posten ikke har kommet frem som følge av en intern brannmur hos innklagede. Videre er det uten betydning om de øvrige tilbyderne har kunnet motta konkurransegrunnlaget per e-post. I tilknytning til dette viser klager til at e-post med vedlegg til de andre tilbyderne trolig ble sendt fra kommunens e-mailserver og ikke fra den innleide konsulentens bærbare data, trolig fra et fremmed nettverk eller et mobilnettverk. Klager viser til at det er en kjent sak at ved oppkobling til slike nettverk, har man liten eller ingen kontroll på oppsatte begrensninger i brannmuren. Det er ikke uvanlig at slike nettverk har sterkt begrenset opplastningskapasitet, samt at det ikke vil bli gitt tilbakemelding om en sending var mislykket.
- (15) Når det gjelder klagers mottakskapasitet vises det til at klager har en brannmur med begrensning på 50 Mb, som har vært uforandret siden mai 2011.
- (16) E-posten med vedlegg, sendt 8. mai 2012, fra innklagedes innleide konsulent til innklagedes saksbehandler er fabrikkert. Det vises til at klager ved henvendelse til innklagedes arkiv fikk tilsendt kopi av dokumentene som er lagt inn i arkivet. I denne dokumentasjonen ble det funnet en e-post mellom de samme partene avsendt på samme tidspunkt, men uten vedlegg og med ulik emnetekst. Klager viser til at det er usannsynlig at innklagedes innleide konsulent har sendt to ulike e-poster på ett minutt.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved at klager ikke har mottatt e-posten med konkurransegrunnlaget. Innklagede kan ikke klandres for at klager ikke har mottatt e-posten med tilhørende vedlegg. Det har ikke vært problemer knyttet til elektronisk leveranse hos de øvrige tilbyderne, samt at innklagede ikke har fått noen indikasjoner på at e-posten ikke var mottatt av klager.

- (18) Innklagede viser til en begrensning på 30 Mb på vedlegg som sendes per e-post. Tilbudsdokumentene som ble sendt til klager utgjorde 19 Mb. Innklagede er derfor av den oppfatning at det er klagers brannmur som er begrensningen. Klagers dokumentasjon på at klagers brannmur først har begrensning på mottak av mail over 50 Mb gjelder en annen e-postadresse enn den som ble oppgitt av klager.
- (19) Det understrekes også at verken innklagedes innleide konsulent eller saksbehandler mottok melding om at dokumentene ikke hadde kommet frem før fristens utløp. Klager har et selvstendig ansvar for å etterlyse eller gi tilbakemelding hvis forventede dokumenter ikke er mottatt. I forlengelsen av dette fremholder innklagede at avstandene i Sandnessjøen ikke er større enn at klager lett kunne ringt eller oppsøkt både innklagedes innleide konsulent og innklagede for å få tilgang til konkurransegrunnlaget.
- (20) Innklagedes innleide konsulent sendte den samme e-posten til klager og innklagedes saksbehandler med to minutters mellomrom, og innklagedes saksbehandler mottok e-posten med vedlegg. Innklagede fremholder at e-posten fra innleid konsulent til innklagedes saksbehandler ikke er manipulert. Innklagede viser til at det verken er mulig å endre, fjerne dato, eller tekst på mottatte e-poster, eller legge til nye vedlegg.

Sekretariatets vurdering:

- (21) Klager har ønsket å delta i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder leveranse og montasje av kjørebros ved Slipen i Sandnessjøen som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til 1,5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at klager aldri mottok e-posten med konkurransegrunnlaget, slik at klager ble avskåret fra å delta i konkurransen. Klager fremholder at innklagede enten skulle ha avventet tildelingen eller utlyst anbudet på nytt da de ble gjort kjent med at klager ikke hadde mottatt konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel må forstås slik at manglende mottak av konkurransegrunnlaget utgjør et brudd på kravet til likebehandling i loven § 5.
- (23) Det følger av kravet til likebehandling i loven § 5 at oppdragsgiver har plikt til å behandle tilbyderne likt gjennom hele anskaffelsesprosessen. Kravet til likebehandling gjelder også potensielle leverandører, dvs. leverandører som ikke har inngitt tilbud, men kan tenkes å være interessert i dette, jf. bla. EU-domstolens sak C-16/98 (Kommissjonen/Frankrike). Her ble det uttalt at kravet til likebehandling også skal beskytte leverandører som er forhindret fra å levere tilbud fordi de er satt i en dårligere situasjon enn øvrige tilbydere som følge av oppdragsgivers handlemåte.
- (24) I foreliggende tilfelle er partene uenige om innklagede har sendt konkurransegrunnlaget til klager, og hvorvidt klager faktisk har mottatt dette. Videre er partene uenige om årsaken til at e-posten med vedleggene eventuelt ikke er kommet frem til klager, og dermed hvem som bærer risikoen for dette. Uenigheten referer seg til hva som må legges til grunn som faktum i saken, og er avgjørende for hvorvidt det foreligger et brudd på kravet til likebehandling etter loven § 5. Slik saken er opplyst er det ikke mulig å ta stilling til denne uenigheten. For å kunne avgjøre hva som faktisk må legges til grunn som bakgrunnen for at klager ikke har mottatt e-posten, anses det nødvendig

med muntlige forhandlinger. Slike muntlige forhandlinger, har klagenemnda, med sin skriftlige saksbehandling, ikke myndighet til å avholde. Klagen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

- (25) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Eirik Vikan Rise
gruppeleder (e.f.)

Beate Gulbrandsen
førstekonsulent

Kopi til: