



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Feil i konkurransegrunnlag, avlysningsplikt, tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rehabiliteringsarbeid på Mandal kirke. Konkurransegrunnlaget opplyste om at tilbud kunne leveres på vanlig e-post, i strid med krav til systemer for elektronisk levering av tilbud i forskriften §§ 7-1 (4) og 7-3 (1). Fordi klager hadde levert tilbud på e-post, anførte klager at tilbudsopplysninger kunne være lekket og at feilen derfor måtte føre til avlysning av konkurransen. Klagenemnda fant at det ikke forelå avlysningsplikt, fordi det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. Klagers anførsler knyttet til evalueringen av tildelingskriteriet "Kompetanse" førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. februar 2015 i sak 2014/133

Klager: Bergblaa Prosjekt AS

Innklaget: Mandal kirkelige fellelsråd

**Klagenemndas
medlemmer:** Gro Amdal, Kai Krüger, Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Mandal Kirkelige Fellelsråd (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. september 2014 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rehabiliteringsarbeid på Mandal kirke beskrevet som «utbedring av råteskader i tårn og arbeider i trapperom». Tilbudsfrist var i kunngjøringen angitt til 31. oktober 2014.
- (2) I konkurransegrunnlaget var oppdraget beskrevet slik:
"Dette prosjektet omfatter utbedring av råteskader i bindingsvegger, samt ommuring av oppsprukket murverk, i kirkens sydøstre hjørne. Videre omfatter prosjektet tilbakeføring av to hovedtrapperom, som i den senere tid har blitt platekledd og malt. Veggene i trapperommene skal strippes, pusses og males."
- (3) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at tilbudet kunne leveres per post eller på e-post innen tilbudsfristen. Det var ikke oppgitt i konkurransegrunnlaget hvordan tilbudets fortrolighet skulle sikres ved elektronisk oversendelse.
- (4) Bergblaa Prosjekt AS (heretter klager) sendte sitt tilbud elektronisk på e-post den 30. oktober 2014 adressert til innklagedes saksbehandler (kirkevergen).
- (5) Klager ble samme dag oppringt av saksbehandler som opplyste om at det var en feil at det ble åpnet for elektronisk forsendelse i konkurransegrunnlaget, og at tilbudet måtte sendes per post.
- (6) Konkurransegrunnlaget ble så endret til at tilbud bare ville mottas per post, og tilbudsfristen ble utsatt én uke, til 7. november 2014. Endringen ble publisert ved endringskunngjøring i Doffin 30. oktober 2014.

(7) Innklagede forklarer at tilbudet som ble levert elektronisk aldri ble åpnet, og at e-posten ble slettet 30. oktober 2014, samme dag tilbudsfristen og innleveringsmetoden ble endret.

(8) Tildelingen skulle skje basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, ut fra tildelingskriteriene "*Pris*" (55 %), "*Kompetanse*" (40 %) og "*Oppgaveforståelse*" (5 %). Tildelingskriteriet "*Kompetanse*" var nærmere beskrevet som følger:

"Vedlagte CV'er for tilbudt nøkkelpersonell i organisasjonsplanen. CV'er skal synliggjøre erfaring, alder, utdanning, språkkunnskaper, relevante referanseoppdrag og hvilken rolle vedkommende har hatt i disse oppdragene. Videre skal det fremkomme hvorvidt vedkommende har erfaring med antikvariske prosjekter.

Det skal leveres CV på følgende personell:

- *Prosjektleder for hovedentreprenør og underentreprenører*
- *Formann/bas hovedentreprenør og underentreprenører*
- *Fagarbeidere på tømmer og murerarbeider"*

(9) Klager leverte inn nytt tilbud per post før utløpet av den nye tilbudsfristen. To andre leverandører leverte også tilbud, herunder Byggmester Dovland AS (heretter valgte leverandør).

(10) Tilbyderne ble 19. november 2014 meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Meddelelsen inneholdt en evalueringsmatrise, som viser at valgte leverandør og klager fikk henholdsvis 10 og 6 poeng på tildelingskriteriet "*Kompetanse*". Valg av leverandør ble begrunnet med at Byggmester Dovland tilbød håndverkere med lang erfaring, og at det var særlig lagt vekt på god erfaring innenfor antikvarisk rehabilitering, innenfor alle fagene som prosjektet hovedsakelig inneholder. Det er til slutt vist til at valgte leverandør i tillegg har erfaring fra kirkebygg.

(11) Av evalueringsdokumentene for tildelingskriteriet "*Kompetanse*" fremgår det at klager til sammen ble trukket 4 poeng fordi de har mindre erfaring med antikvariske prosjekter enn valgte leverandør når det gjelder tømmerarbeid og murerarbeid.

(12) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. desember 2014.

(13) På bakgrunn av klagen omgjorde innklagede tildelingsbeslutningen og ga klager mer poeng under tildelingskriteriet "*Kompetanse*", med den begrunnelse at klagers mureransvarlig og tømmeransvarlig ut fra tilbudet hadde mer relevant erfaring fra antikvariske prosjekt enn det opprinnelig var lagt til grunn. Det ble likevel fastholdt at klagers tilbud fikk 1,5 poeng trekk for at mureransvarlig hadde noe mindre erfaring med antikvariske prosjekt. Valg av leverandør ble også opprettholdt.

(14) Tidspunkt for inngåelse av kontrakt er utsatt til 25. februar 2015 i påvente av klagenemndas avgjørelse i saken.

(15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. februar 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Elektronisk forsendelse

- (16) Innklagede har brutt forskriften §§ 7-1 (4) og 7-3 ved at konkurransegrunnlaget åpnet for elektronisk oversendelse av tilbud, uten at det var gjort tiltak for å sikre at tilbudsopplysningene forble hemmeligholdt inntil tilbudsfristens utløp. Dette er en grov saksbehandlingsfeil som også er i strid med kravet til god forretningsskikk og høy forretningsetisk standard i loven § 5. Feilen er vesentlig, og kunne ikke rettes når klager allerede hadde levert inn tilbud elektronisk. Konkurransen må derfor avlyses.

Evalueringen av tildelingskriteriet "Kompetanse"

- (17) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å trekke klager 1,5 poeng ved tildelingskriteriet "*Kompetanse*" for at mureransvarlig har manglende erfaring med antikvariske prosjekt. Klagers mureransvarlig har over 30 års erfaring som daglig leder i bedrift med 15-20 fagarbeidere, samt 10 år der han har arbeidet som svenn- og muremester. Han har også betraktelig erfaring innen antikvariske bygg, og han har utført arbeider på blant annet Lademoen Kirke, Ranheim Kirke, Gramgården Trøndelag Folkemuseum for å nevne noen. Innklagede har med dette også lagt til grunn feil faktum og foretatt en vilkårlig evaluering.
- (18) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å legge avgjørende vekt på erfaring med antikvarisk rehabilitering og erfaring fra kirkebygg, fordi det ikke var kommunisert i konkurransegrunnlaget at dette ville ha avgjørende betydning.

Erstatning

- (19) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning for den positive eller negative kontraktsinteressen er oppfylt for klagers vedkommende.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Elektronisk levering av tilbud

- (20) Det foreligger ikke plikt til å avlyse konkurransen fordi tilbudsinnbydelsen ved en glipp aksepterte elektronisk tilbudslevering på e-post, når feilen ble rettet i henhold til forskriften § 8-2, og tilbudsfristen ble utvidet ved endringskunngjøring. Dette er ikke en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Tilbudene er evaluert på bakgrunn av de tilbudene som ble levert inn per post innen 7. november, og feilen har ikke påvirket konkurransen på noen måte.

Evalueringen av tildelingskriteriet "Kompetanse"

- (21) Det var ikke i strid med kravet til forutberegnelighet å trekke klagers tilbud 1,5 poeng under tildelingskriteriet "*Kompetanse*", fordi mureransvarlig har mindre erfaring fra antikvariske prosjekt. Referanseprosjektene i tilbudet viser kun ett antikvarisk prosjekt der det er oppgitt at mureransvarlig har utført murerarbeider. Ingen av de opplyste referanseprosjektene viste at mureransvarlig hadde erfaring med kalkmørtel og utbedring av gamle bindingsverkskonstruksjoner, slik dette oppdraget omfatter. De opplyste referansene er stort sett fra moderne prosjekt, takarbeider og prosjekt han har

ledet som anleggsleder, ikke som utførende murbas. At klager i ettertid har levert en mer utfyllende CV er ikke relevant, da dette ikke var en del av tilbudet som ble levert. Tømrer- og murerfaget utgjør hovedvekten i prosjektet.

- (22) Innklagede har evaluert kriteriet i samsvar med konkurransegrunnlaget. Det var ment å fremheve i tildelingsbeslutningen at valgte leverandørs nøkkelpersonell har utstrakt erfaring med arbeid på bygninger med tårnkonstruksjoner. Dette gjelder både murere, tømrere og maler, og murer og tømrer har til dels omfattende erfaring fra arbeider på kirkebygg. Arbeidet gjelder utbedring av råteskader i de bærende elementene i en utmurt bindingsverkskonstruksjon fra 1817 i et kirketårn og trappeoppgang. Det er da klart relevant for kontrakten at personellet har erfaring som kombinerer utskiftning av bærende bjelker og kalkmurte tegnsteinsvegger på tynge og eldre tårnkonstruksjoner.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabiliteringsarbeid ved Mandal kirke, og er en bygge- og anleggsanskaffelse. Verdien av anskaffelsen er ikke angitt, men den er kunngjort med skjema for anskaffelser under EØS-terskelverdi, og pristilbudene er mellom 3 og 5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Elektronisk levering av tilbud

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 7-1 (4) og 7-3 ved at konkurransegrunnlaget åpnet for elektronisk oversendelse av tilbud, uten at det var gjort tiltak for å sikre at tilbudsopplysningene forble hemmeligholdt inntil tilbudsfristens utløp.
- (25) Konkurransegrunnlagets opplysning om at tilbud kunne sendes ved vanlig e-post oppfyller ikke forskriftens krav til systemer for elektronisk overføring og mottak av tilbud etter § 7-1 (4) og 7-3 (1), jf. også klagenemndas sak 2009/148 premiss (44). Dette er erkjent av innklagede.
- (26) Forskriften § 7-1 (4) krever at innholdet i tilbudene ikke skal kunne undersøkes før etter utløpet av tidsfristen, i praksis ved krav om at tilbudene skal leveres i lukket konvolutt. Dette skal hindre mulig lekkasje før tilbudsfristen, for eksempel ved at konkurrerende tilbydere kan innrette seg etter allerede innleverte pristilbud. Forskriften § 7-3 regulerer elektronisk kommunikasjon og setter krav til kryptering eller lignende sikkerhetstjenester, jf. bestemmelsens bokstav c om sikring mot at noen får tilgang til de forespurte opplysninger i e-post.
- (27) Klager anfører at feilen må føre til at konkurransen må avlyses.
- (28) Avlysningsplikt forutsetter at feilen som foreligger ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/159 premiss (60) og 2009/80 premiss (32). 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, jf. klagenemndas sak 2011/171 premiss (61).

- (29) I klagenemndas sak 2009/148 hadde oppdragsgiver på tilsvarende måte som i foreliggende sak opplyst om at tilbud kunne leveres ved vanlig e-post, og en av leverandørene hadde levert tilbud på e-post. Klagenemnda konstaterte avlysningsplikt med henvisning til at feilen ikke kunne rettes, jf. premiss (48). Vilåårene for avlysningsplikt er ikke nærmere vurdert i avgjørelsen.
- (30) I foreliggende sak har innklagede, i motsetning til klagenemndas sak 2009/148, før tilbudsfristens utløp, kunngjort en endring i konkurransegrunnlaget om at tilbud likevel ikke kunne leveres på e-post, samtidig som tilbudsfristen ble utvidet én uke. Innklagede anfører at feilen med dette er rettet.
- (31) Endringen av konkurransegrunnlaget til at tilbud ikke kan leveres elektronisk må i seg selv anses som en lovlig endring etter § 8-2 (1), idet leverandørens ønske eller mulighet om å delta i konkurransen ikke antas påvirket av endringen. Feilen kunne derfor i utgangspunktet rettes.
- (32) Klager anfører at det ikke var mulig å reparere feilen på denne måten, når feilen ble oppdaget etter at klager hadde levert sitt tilbud elektronisk, og at tilbudsopplysninger derfor allerede kan være lekket.
- (33) Faktum i saken er at klagers tilbud som var levert på vanlig e-post ble avvist, i tråd med forskriften § 11-11 (1) bokstav b. Klager fikk deretter, ved endringen i konkurransegrunnlaget og utvidet tilbudsfrist, anledning til å inngi nytt tilbud per post. Innklagede forklarer at e-posten med det første tilbudet aldri ble åpnet, og slettet samme dag som da tilbudsfristen ble endret. Dette ble gjort dagen før tilbudsfristens utløp, og samme dag som da innklagede publiserte endringsmeldingen om utsatt tilbudsfrist.
- (34) Spørsmålet i saken er om det er påvist at konkurransen kunne ha fått et annet utfall for klagers vedkommende dersom feilen ikke var begått, slik at konkurransen må avlyses.
- (35) Hensynet bak kravene til elektronisk forsendelse er, i likhet med regelen om at tilbudet må være lukket i forskriften § 11-2 (1), å sikre notoritet og anonymitet over tilbudet og at det oppbevares på en sikker måte før tilbudsåpningen, se forskriften § 7-1 (4). Når klagers første tilbud ble levert på vanlig e-post, kan informasjon i tilbudet potensielt være gitt til andre leverandører før tilbudsfrist, og som igjen kan ha utnyttet denne ved utformingen av sine tilbud. Feilen i konkurransegrunnlaget er dermed i foreliggende sak av en slik karakter at den kan ha hatt betydning for utfallet i konkurransen.
- (36) I Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 27. mai 2011 (LE-2011-40623) uttalte lagmannsretten generelt at det i tillegg må påvises at feilen kan ha hatt betydning for det konkrete tilbudet. Det vises til at å avlyse en konkurranse uten noen nærmere påvisning av mulig årsakssammenheng, ikke vil være i samsvar med lovens hovedformål om effektiv ressursbruk, og at hensynet til andre involverte i anbudskonkurransen for øvrig tilsier det samme. Deretter drøfter lagmannsretten hvor strengt kravet til påvisning av feilens betydning er, og kommer til at det ikke kan legges til grunn et skjerpet beviskrav ut fra rettskildene, herunder EU-domstolens avgjørelse T-345/03 premiss (149), men finner *"dog under tvil, at reelle grunner tilsier at det er tilstrekkelig at det må foreligge en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha hatt betydning"*.
- (37) I denne saken foreligger det en risiko ved at tilbudet har vært tilgjengelig for innklagede før tilbudsfristens utløp. For at feilen skal kunne ha hatt innvirkning, må oppdragsgiver

rettstridig ha utnyttet dette, og lekket tilbudsopplysninger fra klagers tilbud til andre tilbydere. Slik saken er opplyst er det imidlertid ingen holdepunkt for, eller andre indikasjoner på, at andre tilbydere har hatt tilgang til klagers tilbudsopplysninger. Klagenemnda legger vekt på at e-posten med tilbudet ikke ble sendt til postmottak, men direkte til representant hos innklagede. Tilbudet har således kun vært tilgjengelig for én person, som forklarer at e-posten aldri ble åpnet, og slettet da tilbudsfristen ble forlenget, samme dag som e-posten ble mottatt.

- (38) Klagenemnda er kommet til at det ikke foreligger en nærliggende faktisk mulighet for at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende dersom feilen ikke var begått. Klagers anførsel fører ikke frem.

Evalueringskriteriet "Kompetanse"

- (39) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å trekke klager 1,5 poeng ved tildelingskriteriet "*Kompetanse*" for at mureransvarlig har manglende erfaring med antikvariske prosjekt.
- (40) Oppdragsgiver utøver et innkjøpsfaglig skjønn ved evalueringen av tilbudene, og klagenemnda har derfor begrenset adgang til å overprøve innklagedes poengtildeling ved evalueringen av tildelingskriteriet. Klagenemnda kan likevel prøve om skjønnsutøvelsen er saklig og forsvarlig, bygd på riktig faktum og om den ellers er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (41) Ifølge konkurransegrunnlaget skulle tilbydernes vedlagte CVer for tilbudt nøkkelpersonell evalueres under tildelingskriteriet "*Kompetanse*". Det var uttrykkelig nevnt hvilket nøkkelpersonell som skulle vurderes, herunder murarbeider, og at CVene måtte synliggjøre blant annet erfaring, utdanning, relevante referanseoppdrag og hvilken rolle vedkommende hadde hatt i oppdragene, og hvorvidt vedkommende har erfaring med antikvariske prosjekter.
- (42) Innklagede begrunner poengtildelingen til klager med at tilbudet ikke viser at mureransvarlig har relevant erfaring med denne typen antikvariske prosjekter, med kalkmørtel og utbedring av gamle bindingsverkskonstruksjoner, og tilbudet viste kun ett antikvarisk prosjekt der mureransvarlig har utført murarbeider.
- (43) Klager anfører at innklagede med dette har lagt til grunn feil faktum, fordi mureransvarlig har betraktelig erfaring innen antikvariske bygg, og han har utført arbeider på blant annet Lademoen Kirke, Ranheim Kirke, Gramgården Trøndelag Folkemuseum.
- (44) Det fremkommer ikke av tilbudet at mureransvarlig hadde utført arbeider på Lademoen kirke, eller hvilken rolle og hvilke arbeider mureransvarlig har hatt i de sammenlignende prosjektene som er oppstilt, slik det var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Klager har i klageomgangen vedlagt utfyllende CV for mureransvarlig, der det er nærmere beskrevet hvilke typer bygninger og hvilke arbeid som er utført. Det er imidlertid tilbudet slik det foreligger ved tilbudsfristens utløp som er utgangspunktet ved evalueringen. Innklagede har begrenset rett til å avklare ufullstendigheter i tilbudet etter forskriften § 12-1, men det er som hovedregel ingen plikt til å foreta slik avklaring. Det er tilbyderens som har risikoen for at tilbudet er fullstendig.

- (45) Det foreligger ikke holdepunkt for å underkjenne innklagedes poengtildeling til klagers tilbud under tildelingskriteriet "*Kompetanse*".
- (46) Klager anfører også at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å legge avgjørende vekt på erfaring med antikvarisk rehabilitering og erfaring fra kirkebygg i evalueringen av tildelingskriteriet "*Kompetanse*", fordi det ikke var kommunisert i konkurransegrunnlaget at dette ville ha avgjørende betydning.
- (47) Klager viser til at i begrunnelsen for valg av leverandør fremkommer at det særlig er lagt vekt god erfaring innenfor antikvarisk rehabilitering, og at firmaet i tillegg har erfaring med kirkebygg.
- (48) Under tildelingskriteriet "*Kompetanse*" sitert ovenfor under (7) var det vist til erfaring med antikvariske prosjekter og nøkkelpersonellets erfaring og relevante referanseoppdrag, knyttet til en kunngjøring og prosjektbeskrivelse som spesifiserte nettopp ulike murerarbeider. Kontrakten gjaldt rehabilitering på kirkebygg fra 1817, og innklagede har forklart at med erfaring fra kirkebygg menes hvorvidt nøkkelpersonellet hadde erfaring som kombinerer utskiftning av bærende bjelker og kalkmurte tegnsteinsvegger på tynge og eldre tårnkonstruksjoner, slik denne kontrakten gjelder, se premiss (2). Klager har ikke bestridt at dette var særlig relevant for oppdraget. Det er etter klagenemndas syn ventelig ut fra konkurransegrunnlaget at innklagede ville legge avgjørende vekt på tilbud som hadde nøkkelpersonell med erfaring utledet av kunngjøringen og prosjektbeskrivelsen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Mandal kirkelige fellesråd har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

Dokumentet er godkjent elektronisk