



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en prekvalifisering for en konkurranse med forhandling om sortering og etterbehandling av bunnaske fra forbrenningsanleggene på Klemetsrud og Haraldrud, men gikk ikke videre i konkurransen. Klagenemnda fant at kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 var brutt ved at innklagede hadde uttrykt seg uklart om hvorfor klager ikke gikk videre i konkurransen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. april i sak 2009/21

Klager: Avfallshandel AS

Innklaget: Oslo kommune v/Energigjenvinningsetaten

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Sondring mellom å være kvalifisert og å bli invitert med videre i konkurransen. Vekting av kvalifikasjonskriterier. Plikt til å vektlegge et annet foretaks kapasitet. Konsernbidrag. Utvelgelse av kvalifiserte leverandører. Tolkning av kvalifikasjonskriterium. Anledning til å presentere løsninger. Feil faktum. Oppjustering av poengsum. Endring fra fire til fem leverandører. Anledning til å inngi tilbud for egen regning og risiko.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/Energigjenvinningsetaten (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. desember 2008 en konkurranse med forhandling om sortering og etterbehandling av bunnaske fra forbrenningsanleggene på Klemetsrud og Haraldrud.
- (2) Fra kvalifikasjonsgrunnlaget av 1. desember 2008 hitsettes fra punkt 2.4 "*Valg blant overtallige kvalifiserte leverandører*":

"Oppdragsgiver vil blant de mottatte forespørsler om deltakelse i konkurransen, invitere de 3-5 leverandørene som best oppfyller kvalifikasjonskravene til å inngi tilbud.

Det vil legges spesiell vekt på tre aspekter:

- *Tilbyders finansielle styrke/evne til å bære de nødvendige investeringene*
- *Tilbyders evne og erfaring med tilsvarende oppdrag*
- *Miljø. Tilbyderens evne til best å bevare det indre og ytre miljø ved utførelsen av oppdraget. "*

- (3) Videre hitsettes fra kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3 "*Krav til leverandørene*":

"3.1 Generelt om kvalifikasjonskrav

Oppdragsgiver stiller krav til leverandørene. Det stilles krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Leverandørens kvalifikasjoner vil bli vurdert ut fra innlevert dokumentasjon.

3.2 Obligatoriske og ufravikelige krav

Krav	Dokumentasjonskrav
Leverandøren skal ha ordnede forhold med hensyn til skatte- og merverdiavgiftsinnbetaling	Skatteattest (skatteattest for skatt utstedes av kemner/kommunekasserer (skjema RF-1244)) som ikke er mer enn 6 måneder gammel
Leverandøren skal ha et fungerende HMS-system	HMS-egenerklæring (Se vedlegg).

[...]

3.3 Andre kvalifikasjonskrav

Oppfyllelse av de obligatoriske kravene ovenfor og kvalifikasjonskravene nedenfor er en forutsetning for videre deltakelse i konkurransen.

3.3.1 Krav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling

Krav – eksempler	Dokumentasjonskrav - eksempler
Leverandøren skal være et lovlig etablert foretak	- Norske selskaper: firmaattest - Utenlandske selskaper: Godtgjørelse på at selskapet er registrert i bransjeregister eller foretaksregister som foreskrevet i lovgivningen i det land hvor leverandøren er etablert.

3.3.2 Krav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle stilling

Krav – eksempler	Dokumentasjonskrav - eksempler
Leverandøren skal ha økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten	- Foretakets 3 siste årsregnskap inklusive noter, styrets årsberetninger og revisjonsberetninger, samt nyere opplysninger som har relevans for foretakets regnskapstall. - Kredittvurdering/rating, ikke eldre enn 1 år, og som baserer seg på siste kjente regnskapstall. En rating skal være utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon.

[...]

3.3.3 Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglige kvalifikasjoner

Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon – skal vise at de stilte krav er oppfylt
<i>Det kreves godkjent konsesjon fra off. myndighet der hvor dette er påkrevd</i>	• Attester, sertifikater eller annen dokumentasjon som bekrefter at foretaket innehar nødvendige lovpålagte konsesjoner for håndtering av slike masser. • Deponikonsesjon med utslippstillatelse fra fylkeskommunen for de masser som ev. skal depo • Tillatelse til håndtering av sortering og etterbehandling av bunnaske på den lokalitet der dette vil foregå. • Eventuelle andre nødvendige tillatelser i forbindelse med forurensning.
<i>Det kreves at tilbyder har et kvalitets- og miljøstyringssystem</i>	• Attester, sertifikater eller annen dokumentasjon som bekrefter foretakets kvalitets- og miljøstyringssystem.
<i>Det kreves godkjent utstyr og rapporteringssystem for gjennomføring av oppdraget</i>	• Beskrivelse eller annen dokumentasjon av utstyr, herunder godkjente vektorer for kjøp/salg, og dokumentasjons- og rapporteringssystemer som skal benyttes og er relevante for oppdraget. • Redegjørelse for de redskaper, maskiner, verktøy, materiell eller tekniske utstyr som leverandøren disponerer over eller vil anskaffe til gjennomføring av kontrakten/oppdraget
<i>Det kreves dokumentert relevant faglig kompetanse innen</i> - Mottak og innveining av avfall - Sortering av avfall - Slutthåndtering - Avsetning av fraksjoner	• Dokumenteres ved egen beskrivelse samt referanser med kontaklinformasjon • Beskrivelse av leverandørens totale bemanning. Organisasjonskart vedlegges. • CV for nøkkelpersoner

- (4) Ti leverandører leverte inn forespørsel om deltakelse i konkurransen innen søknadsfristens utløp 5. januar 2009. Dette var Avfallshandel AS (heretter kalt klager),

RGS90, Retura, Ragn-Sells AS, NOAH, Vikingstad AS, Veolia Miljø Metall AS, Lindum, Franzefoss Gjenvinning AS og Nes kommune. Fra klagers søknad hitsettes:

"Vi viser til invitasjon til å levere inn forespørsel om deltagelse i anbudsrunder vedrørende sortering og etterbehandling av bunnaske fra Energigjenvinningsetatens anlegg på Klemetsrud og Brobekk. Avfallshandel AS legger med dette inn en søknad om å bli kvalifisert til påfølgende tilbudsrunder.

1. Samarbeidspartnere

Søknaden baseres på et samarbeid mellom Avfallshandel AS og Romerike Avfallsforedling (ROAF), der Avfallshandel AS står som kontakt og søknadsansvarlig. Det vil bli aktuelt å benytte eksterne underleverandører på deler av oppdraget, men hovedpartnere er:

- Avfallshandel AS (AVH) er eid av Daimyo AS. Morselskapet er et investeringsselskap med interesser innen energi- og ressursgjenvinning, biobrensel, og finansielle aktiviteter. Daimyo eier og drifter blant annet et energigjenvinningsanlegg; Hurum Energigjenvinning KS. Avfallshandel AS er et selskap som er opprettet for å drive formidling av avfallsfraksjoner til egne eller andre anlegg. Daimyo-gruppen har 30 ansatte.*
- Romerike Avfallsforedling IKS (ROAF) er et interkommunalt selskap, som siden 1992 har ivarettatt ansvaret og oppgavene knyttet til avfallshåndtering i de åtte eierkommunene Enebakk, Fet, Gjerdrum, Lørenskog, Nittedal, Rælingen, Skedsmo og Sørum. ROAFs oppgaver er å samle inn og behandle avfall slik at mest mulig av ressursene i avfallet kan utnyttes ved ombruk, materialgjenvinning eller energiproduksjon. Den kommunale renovasjonsordningen omfatter ukentlig henting av restavfall hos ca. 150.000 innbyggere i eierkommunene, samt månedlig henting av utsortert papp og papir.*

[...]

3. Overordnet beskrivelse

[...]

Avfallshandel AS står som overordnet styrings- og koordineringsorgan ved det aktuelle oppdraget. Således holder Avfallshandel overordnet kontroll på hele vareflyten og de aktuelle underoppdragstakere innordnet i dette tilbudet/denne forespørsel.

[...]

Sortering av bunnasken vil så skje i samarbeid mellom Avfallshandel og ROAF. Avfallshandel står hovedsaklig for investeringene og prosjekteringen av et nytt sorteringsanlegg, mens tomten og beliggenheten for anlegget bestemmes av ROAF, som også stiller med personell og eksisterende redskaper, maskiner, verktøy, materiell og teknisk utstyr for å effektivisere utsorteringsprosessen. Innkjøp av maskiner for sortering av bunnasken vil skje etter BAT-prinsippet (Best Available Technology)."

- (5) Fra søknadsbrevet til Ragn-Sells AS hitsettes:

"Ragn-Sells AS vil gjennomføre oppdraget i henhold til de retningslinjer som Energigjenvinningsetaten legger frem. I den forbindelse står hele Ragn-Sells konsernets samlede kompetanse til bestillerens disposisjon."

- (6) Fra søknaden til Ragn-Sells AS hitsettes videre:

"Utstyr for gjennomføring av oppdraget

Ragn-Sells AS er eid av Ragn-Sells AB. Ragn-Sells AB har et anlegg i Sverige der de behandler aske etter de kriteriene beskrevet i kvalifikasjonsgrunnlaget.

Ragn-Sells AS kommer til å benytte seg av kompetansen til Ragn-Sells AB for å sette opp et anlegg for sortering og etterbehandling av bunnasken fra Energigjenvinningsetaten (Se vedlagt beskrivelse av Ragn-Sells AB sitt anlegg i Sverige)."

- (7) Av udatert vurderingsnotat fremgikk følgende om vurderingen av forespørlene:

"6. Avfallshandel as

Rating: 5,55, Rangering 5.

3.2 OK

3.3.1 OK

3.3.2 OK (7,0 trukket ned fra 8,0 etter vurdering av omsetning og egenkapital)

3.3.3 Konsesjoner er ok

Kvalitetshåndbok for egen virksomhet og ISO-sertifikat for ROAF.

Utstyr: Ikke beskrevet i detalj, men prosesskisse stiller kravene.

Kompetanse: Begrenset erfaring fra slagghåndtering. Ellers akseptabelt. Liten erfaring med avsetning av metaller.

Kommentar: Beskrevet kompetanse vil gi høyt utbytte.

Lokaliseres i Skedsmokorset.

[...]

10. Nes kommune

Rating: 5,00, Rangering 6.

3.2 OK

3.3.1 OK

3.3.2 OK (8,6 – tilsvarende den høyeste av de andre aktørene. Kommunal virksomhet)

3.3.3 Konsesjoner: OK

Kvalitet: Mangelfullt.

Utstyr: Mangelfull beskrivelse.

Faglig: Mangelfull beskrivelse.

Kommentar: Avsetning til metallaktør. Samarbeid med Reture/Wilhelmsen. Lokaliseres i Nes."

- (8) Fra innklagedes møtereferat av 14. januar 2009 hitsettes følgende:

"Til møtet hadde Anskaffelsesteamet en innstilling basert på sin gjennomgang og vurdering av innsendt dokumentasjon.

Møtet gjorde to vesentlige endringer på teamets innstilling. Finansiell styrke til selskapene Avfallshandel AS og Vikingstad AS ble satt ned til 3,0. Dette ble gjort etter faglig vurdering av [...] (Økonomisjef) og støttet av møtets deltakere.

Anskaffelsesteamet hadde i utgangspunktet vurdert disse til 7 for Avfallshandel og 6 for Vikingstad med utgangspunkt i tilsendt rating, men redusert noe pga av lav egenkapital.

Møtet gjorde også en endring for Nes kommune. Ratingen for Kvalitetssystemet til Nes kommune ble justert opp til 8. Også dette med møtets støtte."

- (9) Etter møtet 14. januar 2009 ble det utarbeidet en kvalifikasjonsmatrise. Av denne fremgikk det at Vikingstad AS hadde fått tre poeng på kriteriet finansiell styrke, og totalt var rangert som nummer ni. Videre fremgikk det at Ragn-Sells AS hadde fått åtte poeng på kriteriet "evne og erfaring med tilsvarende oppdrag", og at Nes kommune hadde fått åtte poeng på kriteriet "kvalitets- og miljøstyringssystem".

- (10) Fra innklagedes foreløpige anskaffelsesprotokoll hitsettes:

<i>"Tilbud og leverandører som er avvist</i>			
<i>Tilbuds- /løpenummer</i>	<i>Leverandørens navn:</i>	<i>Grunnen til avvisningen:</i>	<i>Begrunnelse sendt den</i>
<i>1</i>	<i>RGS90</i>	<i>Umerket forsendelse</i>	<i>13.01.09</i>
<i>5</i>	<i>Vikingstad as</i>	<i>Ikke dokumentert Kvalitets- og Miljøstyringssystem, Ikke tilstrekkelig finansiell styrke</i>	<i>13.01.09</i>
<i>6</i>	<i>Avfallshandel as</i>	<i>Ikke tilstrekkelig finansiell styrke</i>	<i>13.01.09</i>
<i>7</i>	<i>Veolia Miljø Metall as</i>	<i>Ikke nødvendige konsesjoner</i>	<i>13.01.09</i>
<i>9</i>	<i>Franzefoss Gjenvinning as</i>	<i>Ikke nødvendige konsesjoner</i>	<i>13.01.09"</i>

- (11) I e-post fra innklagede av 13. januar 2009 fremgikk følgende av vedlagte brev:

"I forbindelse med kvalifiseringsprosessen til utlyst konkurranse ID 0854 Sortering og etterbehandling av bunnaske, har Oslo kommune, Energigjenvinningsetaten mottatt dokumentasjon fra 10 aktører.

Ved gjennomgang av innsendt dokumentasjon finner vi at Avfallshandel AS ikke innehar tilstrekkelig finansiell styrke til å gjennomføre oppdraget for Oslo kommune, Energigjenvinningsetaten på en tilfredsstillende måte.

Avfallshandel er dermed ikke kvalifisert til å delta i konkurransens del to.

I alt 5 aktører er invitert til å delta i den videre prosessen i denne konkurransen.”

- (12) Klager ba om en nærmere begrunnelse for innklagedes beslutning i e-post av 14. januar 2009.

- (13) Innklagede besvarte dette i et brev oversendt klager ved e-post av 14. januar 2009. Fra brevet hitsettes følgende:

”Avfallshandel ble vurdert som ikke kvalifisert fordi vi mener selskapet ikke innehar den nødvendige finansielle styrke til å påta seg oppdraget.

Våre vurderinger er basert på innsendt dokumentasjon.

EGE fikk dokumentasjon fra 10 tilbydere til denne konkurransen. Kvalifikasjonskravene er presentert i utlysingsdokumentet. EGE har kvalifisert tilbyderne basert på disse. EGE har vurdert tilsendt dokumentasjon og funnet de 5 tilbyderne som best tilfredsstillende kvalifikasjonskravene, og invitert dem til videre deltakelse i konkurransen.

ROAFs deltakelse i prosjektet påvirker i liten grad vår vurdering av konstellasjonens finansielle styrke ettersom det i Deres brev av 22.12.08 skrives: ”Avfallshandel står hovedsaklig for investeringene og prosjekteringen av et nytt sorteringsanlegg, ...”

- (14) Klager påklaget innklagedes beslutning i e-post av 15. januar 2009.

- (15) Innklagede avholdt møte med klager og Romerike Avfallsforedling IKS den 21. januar 2009.

- (16) Fra e-post fra innklagede av 22. januar 2009 hitsettes fra vedlagte brev:

”2.2 Rangering

Til kvalifiseringen fikk EGE inn dokumenter fra 10 tilbydere. En tilbyder hadde ikke merket forsendelsen, slik at denne måtte avvises og var dermed ikke med i den videre prosessen.

De øvrige 9 tilbyderne hadde vedlagt all obligatorisk dokumentasjon.

I Kvalifikasjonsgrunnlaget fremgikk det at EGE skulle kvalifisere 3-5 tilbydere til trinn to i konkurransen.

Ved overveldig mange kvalifiserte søkere, er det nødvendig med en rangering for å finne dem som er best kvalifisert.

For å kunne velge de 3-5 tilbyderne som best tilfredsstilte kvalifikasjonskriteriene tok EGE i bruk gradering av tilbydernes tilfredsstillende av kriteriene. Hvert av de 7 kriteriene ble gitt en poengsum på en skala fra 1 – 10 (1 er dårligst, 10 er best). Kriteriene hadde ulik vektning:

- *Finansiell styrke, 25 %*
- *Evne og erfaring med tilsvarende oppdrag 15 %*

- Miljø 20 %

Det betyr at de kriteriene det ble lagt mest vekt på hadde en samlet vekt på 60 %.

De øvrige kriteriene hadde slik vektning:

- Konsesjon fra offentlig myndighet, 10 %
- Kvalitets- og miljøstyringssystem, 10 %
- Godkjent utstyr og rapporteringssystem, 10 %
- Relevant faglig kompetanse, 10 %

2.3 Rangeringsresultat

For Avfallshandel ga dette følgende resultat:

Kriterium	Vekt		
1. Finansiell styrke	25 %	Poeng	3
		Rang	9
2. Evne og erfaring med tilsvarende oppdrag	20 %	Poeng	6
		Rang	6
3. Miljø	15 %	Poeng	8
		Rang	1
4. Konsesjon fra off. myndighet	10 %	Poeng	9
		Rang	1
5. Kvalitets- og miljøstyringssystem	10 %	Poeng	9
		Rang	1
6. Godkjent utstyr og rapporteringssystem	10 %	Poeng	8
		Rang	1
7. Relevant faglig kompetanse	10 %	Poeng	7
		Rang	4
Totalscore	100 %		6,45
Totalrating			6

I tabellen betyr "Rang" Avfallshandels rangering blant de 9 tilbyderne som ble rangert."

- (17) I e-post fra innklagede av 23. januar 2009 ble det foretatt følgende presiseringer:

"Med referanse til gårsdagens brev og dagens telefonsamtaler ønsker vi å presisere to punkter i brevet som ble drøftet i dag:

[...]

2. Nederst på side to er det listet hvilken vekt de ulike punktene har fått. Dessverre har to tall skiftet plass. Det skal være: Evne og erfaring med tilsvarende oppdrag, 20 %, Miljø, 15 %. Tallene i tabellen på side 3 i brevet er de korrekte."

- (18) Innklagede avholdt et nytt møte med klager og ROAF den 27. januar 2009.

- (19) I brev av 5. februar 2009 ble klager meddelt at innklagede opprettholdt sine vurderinger i forbindelse med prekvalifiseringen.
- (20) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 9. februar 2009.
- (21) Klager begjærte midlertidig forføyning 12. februar 2009. I kjennelse fra Oslo byfogdembete av 17. februar 2009 ble klagers krav om midlertidig forføyning tatt til følge. Innklagede ble forbudt å åpne innkomne tilbud i den aktuelle konkurransen inntil annerledes ble fastsatt av klagenemnda eller retten.
- (22) I prosesskrift av 17. mars 2009 la klager ved en utregning basert på to ulike vektingsalternativer. Fra utregningen hitsettes:

	<i>"Avfalls-handel</i>	<i>Wilhelmsen & Sønner</i>	<i>Nes kommune</i>	<i>NOAH</i>	<i>Vekting (iht EGE)</i>	<i>Vekting (iht prosesskriftet og internnotat EGE)</i>
<i>Finansiell styrke</i>	3	7,8	8,6	7,8	0,25	0,25
<i>Evne og erfaring</i>	6	7	5	6	0,2	0,15
<i>Miljø</i>	8	5	5	3	0,15	0,2
<i>Konsesjoner</i>	9	4	9	8	0,1	0,1
<i>Kvalitets- og miljøsystemer</i>	9	7	8	9	0,1	0,1
<i>Rapporterings-system</i>	8	8	6	7	0,1	0,1
<i>Faglig kompetanse</i>	7	7	4	8	0,1	0,1"
<i>Total score I</i>	6,45	6,7	6,6	6,8	1	
<i>Total score II</i>	6,55	6,6	6,6	6,65		

- (23) I prosesskrift av 30. mars 2009 la innklagede ved et hjelpedokument som viste egenkapitalen/egenkapitalandelen for klager og Vikingstad AS med og uten en investering på kr 15 millioner. Fra hjelpedokumentet hitsettes:

"Avfallshandel AS

Balanse

<i>EIENDELER</i>	<i>GJELD</i>
<i>28.064.391</i> <i>(PS 17.03.09 s 66)</i>	<i>23.420.104</i> <i>(PS 17.03.09 s. 67)</i>
	<i>EGENKAPITAL</i>

	4.664.287 (16,5%)
--	------------------------------------

Vikingstad AS

EIENDELER	GJELD
4.444.165 (PS 20.03.09 b. 1)	1.791.007 (PS 20.03.09 b. 1)
	EGENKAPITAL
	2.653.158 (59,7 %)

Balansen med tilleggsinvesteringen på 15 millioner kroner

Avfallshandel AS

EIENDELER	GJELD
28.064.391+15.000.000=43.064.391 (PS 17.03.09 s 66)	23.420.104+15.000.000=38.420.104 (PS 17.03.09 s. 67)
	EGENKAPITAL
	4.664.287 10,8 %

Vikingstad AS

EIENDELER	GJELD
4.444.165+15.000.000=19.444.165 (PS 20.03.09 b. 1)	1.791.007+15.000.000=38.420.104 (PS 20.03.09 b. 1)
	EGENKAPITAL
	2.653.158 13,6 %

- (24) I anledning den midlertidige forføyningen, ble det avholdt muntlige forhandlinger for Oslo byfogdembete den 24. mars 2009. Dette medførte at forføyningskjennelsen av 17. februar 2009 ble opphevet ved kjennelse av 7. april 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har blandet sammen to ulike spørsmål

- (25) Innklagede har brutt lovens krav til likebehandling og forutsigbarhet ved å blande sammen spørsmålet om leverandørene er kvalifisert med spørsmålet om hvem av de kvalifiserte leverandørene som skal velges ut. Det vises til den nærmere begrunnelsen, hvor det fremgår at klager var kvalifisert for oppdraget, men ikke nådde opp sammenlignet med øvrige tilbydere. Dette står i motsetning til andre brev fra innklagede, der det anføres at klager ikke ble vurdert som kvalifisert. Dersom innklagede bare har uttrykt seg uriktig, og det er en reell kvalifikasjonsvurdering klager har falt ut på, anføres at det foreligger brudd på lovens krav til forutsigbarhet og etterprøvnbarhet.

Vektingen av kvalifikasjonskriteriene

- (26) I møte med innklagede har klager forstått det slik at dersom man hadde fått ett poeng til på kriteriet økonomi, ville man gått forbi den som var nummer fem, og dermed blitt valgt ut til å delta. I prosesskrift av 6. mars 2009 har innklagede opplyst at evne og erfaring med tilsvarende oppdrag veide 15 % og miljø 20 %. Dette er imidlertid i strid med de opplysninger som tidligere er gitt i saken. I e-post fra innklagede av 23. januar 2009 er det opplyst at to tall hadde skiftet plass i evalueringen, og at det korrekte skulle være at kriteriet "*Evne og erfaring med tilsvarende oppdrag*" veide 20 % og "*Miljø*" 15 %. I e-posten opplyses det at vektingen i tabellen er den korrekte. En kontrollregning viser imidlertid at tallene i tabellene er basert på den uriktige vektingen. Når de korrekte vektene settes inn, endrer derfor poengsummene seg. Det er da bare 0,05 poeng som skiller klager fra den som er valgt ut som nummer fem. Det kunne vært greit om innklagede avklarte med seg selv hvilken vekting som skal legges til grunn. Dersom det er vektingen som fremgår i prosesskriftet som skal legges til grunn, bes det forklart hvorfor innklagede i e-post har opplyst at det er den andre vektingen som egentlig er korrekt.

Vurderingen av klagers kvalifikasjoner under kvalifikasjonskriteriet økonomi

- (27) Ved evalueringen av kvalifikasjonskriteriet økonomi har innklagede enten ikke i det hele tatt, eller kun i liten grad, vektlagt ROAFs økonomi. Dette er i strid med forskriftens § 17-8 (2). Når det i tilbudet fremgikk at tilbudet var levert inn i fellesskap mellom ROAF og klager, og all nødvendig dokumentasjon på ROAFs økonomi var vedlagt, hadde innklagede plikt til også å vektlegge ROAFs økonomi. Klager og ROAF stilte seg solidarisk ansvarlige for prosjektet, og dette var forklart så godt det lot seg gjøre på tidspunktet for kvalifisering og utvelgelse. I forespørselen var det vedlagt en beskrivelse der det ble beskrevet hvilke elementer hvert av selskapene ville utføre. Det fremgikk av denne at ROAF hadde ansvar for innveiling, mens sortering av bunnasken ville "*skje i samarbeid mellom Avfallshandel og ROAF*". Videre var det som dokumentasjon på ROAFs kvalifikasjoner vedlagt kopi av ISO-sertifisering, organisasjonsplan og CV for ansatte i ROAF, firmaattest, HMS-erklæring, attest for betalt skatt og merverdiavgift, årsberetning og regnskap. Det var også lagt ved kopi av avtale mellom ROAF og Skedsmo kommune, vedrørende innslipp av sigevann fra Bøler avfallsdeponi til kommunalt nett, samt kopi av tillatelse til å drive virksomheten, gitt av Fylkesmannen i Oslo og Akershus. Det ble presisert at ROAF og Avfallshandel hadde

hatt avtale om mottak og forbrenning av avfall siden 2001, og vedlagt en bekreftelse fra ROAF om at selskapet er tilfreds med hvordan klager har gjennomført denne avtalen.

- (28) Videre fremgikk det av kvalifikasjonsgrunnlaget at det skulle legges vekt på både årsregnskap og kreditrating. Av det fremlagte årsregnskapet fremgår det at klager i 2006 betalte et konsernbidrag på over kr 10 millioner. Dette er ikke penger som er borte, men penger som med på å styrke konsernets samlede finansielle løfteevne, og er derfor ikke irrelevant i vurderingen.

Tolkningen av kvalifikasjonskriteriet "finansiell styrke"

- (29) Innklagede har lagt til grunn flere ulike tolkninger av kvalifikasjonskriteriet "*finansiell styrke*", noe som er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det vises til at ved den første karaktersettingen av leverandørenes finansielle styrke, var omsetning og kreditrating en del av vurderingstemaet. Ved den andre karaktersettingen vurderte innklagede imidlertid kun klagers egenkapital under dette kriteriet.
- (30) Tolkningalternativet som ble lagt til grunn ved den andre karaktersettingen, var en innsnevring av kvalifikasjonskriteriet. En tilbyder måtte kunne forvente at både omsetning og kreditrating var relevant, men innklagede vurderte kun klagers egenkapital. Dersom innklagede utelukkende ønsket å vektlegge egenkapitalen, burde innklagede kun bedt om å få opplyst denne, og unnlatt å be leverandørene levere inn årsregnskap og kreditratinger.

Vurderingen av kvalifikasjonskriteriet "finansiell styrke"

- (31) Utvelgelsen av kvalifiserte leverandører er basert på en karaktersetting der vurderingsgrunnlaget har vært forskjellig, og er derfor i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5. Det vises til at klager kun har blitt vurdert ut fra egenkapital, mens de øvrige tilbyderne (med unntak for Vikingstad AS) har blitt vurdert ut fra flere faktorer.
- (32) Klager fikk opprinnelig åtte poeng på utvelgelseskriteriet "*finansiell styrke*". Dette ble satt ned til syv poeng ut fra en vurdering av selskapets omsetning og limit på kreditratingen. Etter at evalueringsteamet hadde levert fra seg sin innstilling, kom imidlertid økonomisjefen med innsigelser mot karaktersettingen, og man kom frem til en poengsum på tre. Dette ble fastsatt kun ut fra en vurdering av egenkapitalen i selskapet. Ingen andre tall ble vurdert, og tallene var hentet ut av regnskapet. Det ble ikke sett hen til kreditratingen som både var etterspurt i konkurransegrunnlaget, og innlevert sammen med tilbudet. Det hjelper ikke at evalueringsteamet i sin poengsetting hadde tatt med alle relevante faktorer, når denne poengsettingen ble satt til side. Dersom det samme skjønnet hadde blitt lagt til grunn for de andre leverandørene, ville dette gitt andre poengsmessige utslag. NOAH har for eksempel med en egenkapital på kr 160 millioner fått samme poengsum som Wilhelmsen & Sønner (Retura) med en egenkapital på kr 37 millioner. Dette viser at det har blitt foretatt en helhetsvurdering av flere faktorer i poengsettingen. Videre var det kun karakteren på Vikingstad og klager som ble vurdert på nytt. Økonomisjefen kunne ikke redegjøre for prinsippene bak poengsettingen, ut over at klager fortjente tre poeng. I økonomisjefens forklaring ble det videre opplyst at man i det siste konkluderende møtet, der klager ble satt ned til tre poeng, var klar over at Vikingstad og klager ikke ville bli valgt ut til å gå videre med tre poeng, men derimot ville gå videre med fire poeng. Videre fremgikk det at økonomisjefen kun hadde innvendinger mot to av tilbyderne, klager og Vikingstad. Det

var derfor bare disse to som ble satt ned i poeng. De øvrige tilbydernes poengsetting på disse kriteriene ble derfor opprettholdt uendret fra evalueringsgruppen. Evalueringsgruppen har overfor de andre tilbyderne lagt vekt på flere faktorer enn egenkapital, herunder omsetning og kreditrating.

Kravet til likebehandling i lovens § 5.

- (33) Det var i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5 at klager og Vikingstad AS fikk like mange poeng på kriteriet "*finansiell styrke*". Vikingstad AS hadde i 2006 en omsetning på kr. 332 000, og i 2007 en omsetning på kr 1 880 000. Selskapets eiendeler utgjorde kr 4 444 000. Klager hadde i 2007 en omsetning på kr 48 491 000, mens eiendeler utgjorde kr 28 064 000. Klager har nesten dobbelt så høy egenkapital som Vikingstad. Det er irrelevant å leke med prosenttall for egenkapital forutsatt at det skal gjøres investeringer på kr 15 millioner. Både Vikingstad AS og klager fikk tre poeng i evalueringen. Klager forstår det slik at uten bidraget fra ROAF (kr 3-4 millioner), ville klager fått enda dårligere score. Da ville altså Vikingstad – med mindre egenkapital – fått flere poeng enn klager. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det skulle legges vekt på både årsregnskap og kreditrating. Klager er bedre enn Vikingstad på alle nøkkeltall.

Klager fikk ikke anledning til å presentere sin løsning for leveransen

- (34) Det er ikke sagt noe sted i konkurransegrunnlaget at det skal bygges et anlegg. Det finnes mobile anlegg, og flere av de ulike tilbyderne har basert seg på dette. Mobile anlegg kan både kjøpes brukt, leases og leies. Dette har ikke klager fått anledning til å presentere. Med leasing eller leie vil ikke egenkapitalandelen påvirkes overhodet.

Feil faktum

- (35) Det var feil av innklagede å legge til grunn at klager skulle ta hele investeringen. Da forespørselen ble utarbeidet, var dette ikke endelig avklart. Derfor skrev klager at selskapet hovedsaklig skulle ta investeringen, altså at ROAF skulle ta deler av den.

Kvalifikasjonskriteriet "evne og erfaring med tilsvarende oppdrag"

- (36) Det var sterkt urimelig å kun gi klager seks poeng på kvalifikasjonskriteriet "*evne og erfaring med tilsvarende oppdrag*". Innklagede har vist til at det er gitt poengmessig uttelling for samarbeid med aktører som har den ønskede erfaringen, herunder er det for eksempel anført at Ragn-Sells AS har erfaring med å sortere bunnaske i Sverige. Dette er ikke riktig, det er Ragn-Sells AB som har slik erfaring, altså et annet selskap i konsernet. Det er ikke forklart hvordan denne erfaringen skal kunne nyttiggjøres i forbindelse med den aktuelle kontrakten, eller hvilken dokumentasjon som foreligger på at dette virkelig er ressurser man disponerer over. Det er sett helt bort fra all den kompetanse som ligger i en rekke av klagers søsterselskaper. Videre er klager den eneste som har erfaring med alle oppgaver gjennom hele kjeden.

Oppjusteringen av poengsummen til Nes kommune

- (37) Det anføres at oppjusteringen av poengsummen til Nes kommune var usaklig og vilkårlig. Under forklaringene kunne det ikke gis noen forklaring på hvorfor Nes kommune fikk økt sin poengscore på kriteriet kvalitetssikringssystem i forhold til arbeidsgruppens innstilling. Innklagede har anført at grunnen til at Nes kommune først fikk en lav karakter på dette kriteriet, var at innklagede hadde oversett kommunens kvalitetssikringssystem. I merknadene fra evalueringsrapporten fremgår det at evalueringsteamet fant dette mangelfullt dokumentert i forespørselen. Klager forstår

innklagede slik at evalueringsteamet ikke har sett kvalitetssikringssystemet som fremgikk av forespørselen. Man har altså sett etter dette, uten å finne kvalitetssikringssystemet tilstrekkelig dokumentert. Flere av innklagedes deltakere i evalueringsteamet som utarbeidet innstillingen var ingeniører eller personer med teknisk erfaring, med lang erfaring fra anbudsprosesser. Etter klagers syn er det underlig at samtlige av deltakerne i evalueringsteamet som utarbeidet innstillingen skal ha oversett noe så vesentlig i en forespørsel om deltakelse i konkurransen. Innklagede har ikke fremlagt noen dokumentasjon på hvilke dokumenter i forespørselen som eventuelt skal være oversett av evalueringsteamet. Den nye karakteren stemmer ikke med merknadene i innstillingen. Når den nye karakteren settes i et etterfølgende møte, der man er klar over at den nye karakteren vil bli bestemmende for om Nes kommune får være med i konkurransen eller ikke, skjerpes kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet. Dette punktet er helt avgjørende for rangeringen, idet justeringen av poengsummen var utslagsgivende for at Nes kommune kom med i stedet for klager.

Endring fra fire til fem tilbydere

- (38) Det er i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 at innklagede ikke ville valgt fem leverandører dersom klager var rangert som nummer fem. Innklagedes økonomisjef har forklart at det opprinnelig var innstilt på at fire leverandører skulle gå videre. I møtet der økonomisjefen fikk oppjustert poengsummen til Nes kommune og satte ned poengsummen til klager, ble det lagt til grunn at man ønsket å ha med Nes kommune videre i konkurransen. Derfor endte man opp med å velge ut fem i stedet for fire. Videre ble det fra kommunens vitne opplyst at dersom klager hadde vært den femte leverandøren, ville man bare valgt fire i stedet for fem. Grunnen til dette var at innklagede anså de andre utvalgte tilbyderne for å være mer profesjonelle enn klager. Dette til tross for at klager faktisk ble rangert som nummer én sammenlagt på utvelgelseskriterier som relaterer seg til profesjonalitet (kompetanse osv.). Et av problemene synes å være at man legger til grunn at klager bare er forhandler av avfall, i motsetning til andre tilbydere som tar imot og behandler avfall. At Daimyokonsernet, samt klager alene, har en rekke behandlingsanlegg var i følge vitneforklaringene irrelevant.

Leverer inn tilbud for egen regning og risiko

- (39) Klager har foreslått for innklagede at klager får anledning til å levere inn tilbud for egen regning og risiko, slik at selskapet selv bærer alle kostnader dersom det viser seg at det ikke gis medhold i at klager skulle vært valgt ut til forhandlinger. Dette har innklagede avvist, idet det anføres at man ikke har mulighet til å gå med på en slik midlertidig løsning. Av hensyn til eventuelle andre, fremtidige klagesaker der en tilsvarende problemstilling dukker opp, kunne det være av generell interesse om nemnda i premissene kunne si noe om oppdragsgivers muligheter for å akseptere et slikt forslag for leverandørene. Fordelen med denne løsningen er at dersom selskapet gis medhold, er det ikke nødvendig å avlyse konkurransen. En avlysning vil medføre tapte investeringer hva gjelder ressurser som er lagt inn i forespørselen om deltakelse i konkurransen, og når en leverandør selv foreslår en slik praktisk løsning, er det uheldig om regelverket skulle oppfattes å stenge for dette. En uttalelse fra nemnda om dette kan videre ha en side mot eventuelle krav om dekning av saksomkostninger i en senere rettssak, og klager har derfor en reell interesse i å få en uttalelse om dette.

Innklagedes anførsler:

Blandet sammen to ulike spørsmål

- (40) Klager synes å anføre at det var uklart om klager ikke ble ansett for å være kvalifisert, eller om klager ble ansett kvalifisert, men ikke nådde opp sammenlignet med øvrige leverandører. Til dette vil innklagede anføre at det kun var én av leverandørene som ble avvist fra deltakelse i konkurransen, jf. forskriftens § 20-12. Samtlige av de øvrige leverandørene ble ansett kvalifisert, mens bare de fem best kvalifiserte ble invitert til å delta i den videre konkurransen. At det skulle foregå en slik utvelgelse av leverandører, fremgikk klart av kvalifikasjonsgrunnlaget og kunngjøringen. Selv om det er uheldig at innklagedes formuleringer i ettertid har vært noe upresise, må det ut fra sammenhengen og den omfattende kontakten innklagede har hatt med klager, ha fremstått som klart for klager at selskapet ble funnet kvalifisert, men ikke valgt ut til videre deltakelse på grunn av at det ble rangert som nummer seks.

Vektingen av kvalifikasjonskriteriene

- (41) For å kunne velge ut de tre til fem beste av de kvalifiserte leverandørene, benyttet innklagede seg av poenggivning for så vidt gjaldt de enkelte kvalifikasjonskriteriene. For hvert av de syv kriteriene ble det gitt poeng på en skala fra 1 til 10 (der 10 var best). Kriteriene hadde dessuten ulik vektning slik at finansiell evne/styrke veide 25 %, evne og erfaring med tilsvarende oppdrag 20 % og miljø 15 %. De fire øvrige kriteriene veide 10 % hver. I prosesskriv av 6. mars 2009 ble det ved en feil lagt til grunn opplysningene som fremkom av brev av 22. januar 2009, om at evne og erfaring med tilsvarende oppdrag veide 15 % og miljø 20 %. Det korrekte er det som fremgår av tabellen i brevet av 22. januar 2009 og e-post av 23. januar 2009.
- (42) I prosesskriv av 17. mars 2009 anfører klager at innklagedes vektning i tabellen i punkt 2.3 i brev av 23. januar 2009 er basert på "*den uriktige vektingen*". Det er uklart fra innklagedes side hva som menes med dette. Det fastholdes uansett at det som fremgår av tabellen inntatt i innklagedes brev av 22. januar 2009 er korrekt, og at klagers poengsum er 6,45. Det bemerkes for øvrig at klager, også ut fra beregningen som fremgår av klagers hjelpedokument, ville blitt plassert som nummer seks i rangeringen.

Vurderingen av klagers kvalifikasjoner under kvalifikasjonskriteriet økonomi

- (43) Det bestrides at forskriftens § 17-8 (2) er brutt. De fleste tilbyderne hadde lagt opp til en eller annen form for samarbeid med/å trekke veksler på andre aktører i forbindelse med kontraktsgjennomføringen – enten selskaper innenfor samme konsern eller andre selskaper. For alle leverandører har innklagede sett hen til og vurdert betydningen av dette bidraget i forhold til de enkelte kvalifikasjonskriteriene. Det er foretatt en forsvarlig skjønnsutøvelse ved poenggivningen av klager der det også er sett hen til betydningen av samarbeidet med ROAF i den grad dette har vært relevant under det aktuelle kriteriet.
- (44) Når det gjelder vurderingen av ROAFs kvalifikasjoner under kvalifikasjonskriteriet "*finansiell styrke*", står klager som tilbyder i forespørselen, og det er ikke noe sted oppgitt at også ROAF skal opptre som leverandør eller kontraktspart, eller at ROAF og klager er solidarisk ansvarlige for leveransen. Tvert imot er verken noen formell avtale mellom klager og ROAF eller andre dokument som viser at det foreligger et forpliktende samarbeid mellom partene vedlagt forespørselen. I ettertid har klager og ROAF overfor innklagede bekreftet at noe slikt formelt forpliktende samarbeid heller aldri har vært etablert.

- (45) Innklagede har likevel, på bakgrunn av det som fremgår av forespørselen, lagt til grunn at klager hadde innledet et samarbeid med ROAF som ga selskapet rådigheten over ressursene som ROAF hadde tilgjengelig, nærmere bestemt tomt, personell, redskaper, maskiner, verktøy, materiell og teknisk utstyr.
- (46) Videre vurderte innklagede det slik at samarbeidet mellom klager og ROAF medførte at investeringsbehovet for klager ville bli lavere enn uten et slikt samarbeid. Basert på opplysninger innhentet i forkant av konkurransen, anslo innklagede et samlet investeringsbehov på kr 15-18 millioner for bygging av anlegget. Innen i dette overslaget lå ikke hjullaster som derfor kom i tillegg. Kostnader til opparbeidelse av deponitomten lå også utenfor overslaget idet samtlige aktører opplyste å stille med egen tomt/eller disponerte tomt som allerede var ferdig opparbeidet. Selve sorteringsanlegget ble anslått å koste ca. kr 15 millioner. Verdien på bidraget fra ROAF ble anslått til å være ca. kr 3-4 millioner. En stor del av leveransen, nemlig prosjekteringen av og investeringene knyttet til bygging av et nytt sorteringsanlegg, skulle imidlertid hovedsakelig bæres av klager, jf. s. 3 i forespørselen. Klager skulle således stå for en investering på ca. kr 15 millioner. Uten samarbeidet med ROAF ville klager hatt et noe større samlet investeringsbehov, og dermed dårligere evne til å bære den nødvendige investeringen.
- (47) Den økonomiske situasjonen i konsernet som klager er en del av, er uten betydning for vurderingen av klagers finansielle styrke som leverandør i konkurransen. Det forelå ingen form for forpliktelseserklæring fra verken mor- eller søsterselskap. I mangel av en slik erklæring er heller ikke konsernbidraget penger som på noen måte er tilgjengelig for klager. Det vises også til klagenemndas sak 2005/213 premiss (34) om kravet til klare garantiforpliktelser for å legge vekt på et morselskaps soliditet. Dette må bli tilsvarende i den foreliggende sak.

Tolkningen av kvalifikasjonskriteriet "finansiell styrke"

- (48) Det bestrides at innklagede har lagt til grunn en så snever forståelse av kvalifikasjonskriteriet finansiell styrke at dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (49) Klagers anførsel bygger for det første på et uriktig faktisk utgangspunkt. Innklagede er uenig i at det kun er foretatt en vurdering av klagers egenkapital. For samtlige tilbydere er det tatt utgangspunkt i det som fremgikk av kreditratingen, noe som fremgår av innstillingen fra anskaffelsesteamet. Denne ble supplert med en konkret vurdering der størrelsen på selskapenes egenkapital/egenkapitalandel stod helt sentralt. Dette var grunnen til at poengsettingen ble justert for klager, først i forbindelse med innstillingen og senere i møtet den 14. januar 2009. Det er riktig, som klager anfører, at det har vært viktig for innklagede å finne de leverandørene som er i stand til å bære de nødvendige investeringer og som har evne til å gjennomføre kontrakten i et marked som er usikkert og som samtlige tilbydere har svært begrenset erfaring med. At egenkapitalen stod sentralt ved vurderingen av kriteriet finansiell styrke, kan ikke ha vært særlig overraskende for leverandørene. Av kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 2.4 fremgår det at det ved prekvalifiseringen ville bli lagt særlig vekt på blant annet "[t]ilbyders finansielle styrke/evnen til å bære de nødvendige investeringer". Det ligger klart innenfor kvalifikasjonsgrunnlagets ordlyd at størrelsen på egenkapitalen og egenkapitalandelen stod helt sentralt ved vurderingen av kriteriet finansiell styrke.

Vurderingen av kvalifikasjonskriteriet "finansiell styrke"

- (50) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved vurderingen og poengsettingen av kriteriet finansiell styrke, noe som bestrides.
- (51) Innklagede har et vidt innkjøpsfaglig skjønn ved kvalifikasjonsvurderingen som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig, jf. blant annet Dragsten m.fl. s. 255, samt Kofasak 2006/119. Terskelen for å konstatere at det foreligger grov urimelighet/vilkårighet ved forvaltningens skjønnsutøvelse er ifølge rettspraksis og juridisk teori høy, jf. blant annet Eckhoff, Forvaltningsrett, s. 299 flg.
- (52) De mottatte forespørsler ble først behandlet av et anskaffelsesteam. Teamet tok utgangspunkt i kreditratingen som lå vedlagt samtlige forespørsler. Ettersom slike kreditratinger er forskjellige og benytter ulike skalaer, ble det foretatt en omregning til innklagedes poengskala som gikk fra én til ti. I tillegg foretok teamet en konkret helhetsvurdering av om kreditratingen gav et riktig bilde av selskapets økonomiske situasjon, der det blant annet ble sett hen til størrelsen på selskapets egenkapital/egenkapitalandel. Klagers kreditrating viste at selskapet hadde fått fire poeng på en skala fra én til fem, som omregnet til innklagedes skala gav åtte poeng. Av innstillingen fremgår det at klager ble trukket ett poeng *"etter vurdering av omsetning og egenkapital"*. I møte 14. januar 2009 ble forespørslene og innstillingen fra anskaffelsesteamet behandlet av et utvidet team. Poenggivningen for samtlige leverandører ble vurdert. Det ble besluttet å foreta endringer i poenggivningen av kriteriet *"finansiell styrke/evne"*, for så vidt gjaldt klager og Vikingstad AS og kriteriet *"godkjent utstyr og rapporteringssystem"* for så vidt gjaldt Nes kommune.
- (53) Bakgrunnen for at det ble foretatt endringer i poenggivningen til klager var at poengene for kreditratingen var basert på tall fra 25. september 2008. Ved å se på historikken, så man at selskapet to dager tidligere (23. september 2008) kun hadde fått ett poeng og at selskapet tidligere i 2008 hadde fått mellom ett og tre poeng. En omregning til åtte poeng på innklagedes skala gav således et helt uriktig bilde av selskapets økonomiske situasjon. Klager skulle således ikke fått åtte poeng i utgangspunktet. Basert på et gjennomsnitt av de to siste tallene i kreditratingen (to dagers mellomrom), skulle klager kun hatt ca. fem poeng, som skulle justeres ytterligere på grunn av selskapets økonomiske situasjon. Anskaffelsesteamet hadde dessuten oversett at selskapet ifølge kreditratingen hadde fått en anbefalt maksimal kreditt på kun kr 461 000. Videre viste balansen til klager at selskapet kun hadde en egenkapitalandel på ca. kr 4,6 millioner. Dette ga en egenkapitalandel på kun 16 %. For å danne seg et ytterligere bilde av selskapets økonomiske situasjon, foretok innklagedes økonomisjef en beregning av selskapets egenkapitalandel med investeringen på kr 15 millioner. Dette gav en egenkapitalandel på kun 10,8 %.
- (54) De øvrige tilbydere i konkurransen (med unntak for Vikingstad AS) hadde svært solid økonomi. For eksempel hadde Veolia Miljø Metall AS en egenkapital på ca. kr 164 millioner og Retura Wilhelmsen & Sønner AS en egenkapital på ca. kr 37 millioner (det beklages at det ble gjengitt uriktige tall i tidligere prosesskrift). Samtlige av de øvrige selskapene hadde ca. kr 60 - kr 160 millioner i egenkapital. Egenkapitalandelen for alle disse selskapene var på mellom ca. 30 og 40 % med investeringen på ca. 15 millioner kroner. For de øvrige tilbydere vurderte derfor innklagede at poenggivning basert på en omregning av kreditratingen gav et korrekt bilde av selskapets økonomiske situasjon når det også ble sett hen til selskapenes balanse og egenkapitalandel.

- (55) Det er således ikke korrekt at justeringen i møtet 14. januar 2009 kun ble fastsatt ut fra en vurdering av egenkapitalen i selskapet. Kreditratingen var utgangspunktet, og nedjusteringen var først og fremst begrunnet i selskapets lave egenandel/egenkapitalandelen. Samtlige møtedeltakere var enige i justeringen som ble foretatt, jf. referatet fra møtet. Det vises for øvrig til klagenemndas sak 2007/54, hvor nemnda la til grunn at kommunen hadde en vid skjønnsfrihet til å bestemme valg av metode for evalueringen av tilbyderne i en konkurranse. Det vises også til klagenemndas sak 2005/213, hvor nemnda presiserte at kommunen hadde en vid skjønnsfrihet når det gjaldt hvor strengt kriteriet finansiell styrke skulle vurderes.
- (56) Det er riktig at økonomisjefen under den muntlige forhandlingen for Oslo byfogdembete uttalte at det var basert på et skjønn når innklagede gav tre poeng, og at det antakelig også kunne vært forsvarlig å gi to eller fire poeng. Innklagede vurderte det imidlertid slik at tre poeng gav et mest korrekt bilde av klagers økonomiske situasjon sammenlignet med de øvrige tilbyderne. Det er ikke tvil om at klager (sammen med Vikingstad AS) var vesentlig dårligere kvalifisert for så vidt gjaldt kriteriet finansiell styrke enn de øvrige tilbyderne.

Kravet til likebehandling i lovens § 5

- (57) Det bestrides at det innebærer usaklig forskjellsbehandling at både Vikingstad AS og klager har fått tre poeng på kriteriet finansiell styrke.
- (58) Klager har vist til at Vikingstad AS hadde vesentlig lavere omsetning, samt at verdien av selskapets eiendeler er langt lavere enn det som er tilfelle for klager. Ved vurderingen av finansiell styrke har det sentrale for innklagede vært evnen til å bære de nødvendige fremtidige investeringer. I så henseende er det størrelsen på egenkapitalen og egenkapitalandelen som det er særlig relevant å vurdere. Av kvalifikasjonsgrunnlaget fremgår det uttrykkelig at det er leverandørens økonomiske kapasitet til å gjennomføre oppdraget, det vil si foreta de nødvendige investeringer, som er avgjørende, jf. punkt 2.4. Omsetningen til selskapet og størrelsen på denne er av liten betydning for selskapets evne til å foreta nye investeringer og å skaffe finansiering til slik. Det samme gjelder verdien av eiendelene uten at det også ses hen til størrelsen på gjelden. Gjelden til henholdsvis Vikingstad og klager har klager sett helt bort fra i prosesskrivet av 17. mars 2009, og sammenligningen er således uansett lite illustrerende. Uten investeringen på ca. kr 15 millioner som måtte gjøres av den som ble tildelt kontrakten, hadde Vikingstad AS en egenkapitalandel på 59,7 %. Med investeringen ble egenkapitalandelen redusert til 13,6 %. Klager hadde en egenkapitalandel på 16,5 % uten tilleggsinvesteringen, og med investeringen ble denne redusert til 10,8 %. Vikingstad AS hadde således en noe høyere egenkapitalandel enn klager.

Klager fikk ikke anledning til å presentere sin løsning for leveransen

- (59) Klager har her anført at selskapet ikke fikk anledning til å presentere hvilken løsning selskapet hadde tenkt å basere sin leveranse på. Videre anføres det at både et mobilt anlegg, leasing eller leie var aktuelle alternativer. Klager hadde imidlertid tilstrekkelig grunnlag til å presentere en teknisk løsning, ettersom kravspesifikasjonen lå ved kvalifikasjonsgrunnlaget. Videre vises det til at klager i sin forespørsel uttrykkelig opplyste at selskapet skulle stå for "investeringene og prosjekteringen av et nytt sorteringsanlegg". Innklagede kan ikke se at det som er opplyst av klager i forespørselen, er forenelig med å skulle kjøpe et brukt anlegg eller leie. Det var således forsvarlig av innklagede å legge til grunn at klager ikke skulle leie eller levere et brukt

anlegg. For å kunne lease kreves det uansett en form for sikkerhet, og egenkapitalandelen og kredittverdigheten vil også i dette tilfellet stå helt sentralt. Det fremgikk for øvrig ikke noe av forespørselen som tilsa at klager planla å lease et anlegg.

Feil faktum

- (60) At ROAF skulle ta deler av den økonomiske investeringen knyttet til det nye anlegget er helt nye opplysninger for innklagede. Dette har verken vært anført i møter eller for retten, og står i motstrid til det som fremgår av forespørselen. Det er for øvrig ikke noe i forespørselen som forplikter ROAF økonomisk i forhold til en slik investering.

Kvalifikasjonskriteriet "evne og erfaring med tilsvarende oppdrag"

- (61) Det var ikke sterkt urimelig å gi klager seks poeng på kriteriet *"evne og erfaring med tilsvarende oppdrag"*. Bakgrunnen for poengtildelingen er at klager blant annet mangler erfaring med metallavsetning. Anlegg for sortering og etterbehandling av bunnaske er en ny teknologi i Norge. Ingen av de ni leverandørene som ble vurdert har således erfaring med alle sider ved denne typen tjeneste. Det er heller ingen av leverandørene som har oppnådd ti poeng på dette kriteriet.
- (62) Forholdene som ble særlig vektlagt ved vurderingen av dette kriteriet var tidligere erfaring med sortering av bunnaske/slagg, videresortering av metaller i bunnaske, håndtering og bruk av slaggrus/restfraksjoner etter utsortering av metaller, avsetning av ulike avfallsfraksjoner/gjenvinningsfraksjoner (metaller og grusfraksjoner), trygghet i foreslått(e) tekniske løsninger, eventuelt relevant FOU (forsknings- og utviklingsvirksomhet).
- (63) Klager har i samarbeid med ROAF ikke erfaringer å vise til når det gjelder sortering av metaller i bunnaske. Derimot har selskapet erfaring med annen type håndtering av bunnaske, noe de har fått en viss uttelling for. I hovedsak er klager et selskap som driver med kjøp og salg av avfall. Klager har riktignok erfaring med sortering av restavfall som en forbehandling for levering av avfall til forbrenningsanlegg. Dette er imidlertid noe annet enn et anlegg for sortering og etterbehandling av bunnasken fra forbrenningsanlegg og utvinning av metaller fra denne.
- (64) I motsetning til klager er det enkelte av de andre tilbyderne som har en viss egen erfaring med tilsvarende/lignende virksomhet eller har etablert et samarbeid med aktører som har slik erfaring. Dette har gitt poengmessig uttelling. RagnSells AS har opplyst at de samarbeider med RagnSells AB, som sorterer større mengder bunnaske i Sverige (det beklages at innklagede i et tidligere prosesskriv opplyste at det var RagnSells AS som sorterte bunnasken). Lindum AS har dels erfaring med håndtering av bunnaske på eget deponi, og har dels gjennom sitt samarbeid med Hellig Teigen lang erfaring med sortering og avsetning av metaller fra bunnaske. Også Veolia har erfaringer fra egen organisasjon fra Frankrike som selskapet ifølge forespørselen kunne trekke veksler på. Retura Wilhelmsen & Sønner AS hadde etablert et samarbeid med Retura AS som har en viss erfaring med sortering av bunnaske og metallavsetninger fra tidligere. Både RagnSells AS, Retura Wilhelmsen & Sønner AS og Veolia er dessuten store innenfor sortering og avsetning av avfall i Norge, og har således større og mer relevant erfaring enn klager. NOAH har erfaringer med håndtering av bunnaske fra Trondheim gjennom flere år samt at selskapet ifølge sin forespørsel hadde etablert et samarbeid med en dansk aktør som hadde lang erfaring med sortering av bunnaske og avsetning av de ulike fraksjoner etter sortering. Klager har fått seks poeng på dette kriteriet til tross for

at selskapet ikke har erfaring fra metallavsetninger. Når det gjelder søsterselskapene, har heller ingen av disse slik relevant erfaring å vise til, og det er heller ikke opplyst noe i forespørselen om samarbeid med disse.

Oppjusteringen av poengsummen til Nes kommune

- (65) Klager anfører at poenggivningen for så vidt gjelder Nes kommune er usaklig og vilkårlig. Innklagede forstår det slik at det siktes til vurderingen av kriteriet "*godkjent utstyr og rapporteringssystem*", og at bakgrunnen for anførselen er at det i møtet 14. januar 2009 ble gjort endringer i poengsummen i forhold til anskaffelsesteamets innstilling.
- (66) Det er uriktig at innklagede i forbindelse med den muntlige forhandlingen ikke har forklart hvorfor Nes kommune fikk økt sine poeng. To av innklagedes vitner under behandlingen av den midlertidige forføyningen forklarte seg om dette.
- (67) Bakgrunnen for at Nes kommunes poengsum ble endret til åtte poeng i møtet 14. januar 2009 var at anskaffelsesteamet i forbindelse med sin innstilling hadde oversett kommunens kvalitetssystem som også teknisk avdeling var underlagt. Dette ble påpekt av innklagedes markedssjef, og fikk tilslutning av de øvrige. Det er således uriktig at økonomisjefen fikk oppjustert poengsummen til Nes kommune, slik klager har hevdet. Dette er også i motstrid med økonomisjefens forklaring under de muntlige forhandlingene, der han uttrykkelig sa at denne justeringen gjaldt et kriterium hvor han ikke hadde fagkompetanse, og som han heller ikke kunne mene noe om.

Endring fra fire til fem tilbydere

- (68) Det bestrides at det foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling i forbindelse med innklagedes utvelgelse av hvilke leverandører som skulle inviteres til å delta i den videre konkurransen.
- (69) Det bemerkes at utgangspunktet, basert på innstillingen fra anskaffelsesteamet, var at bare fire tilbydere skulle inviteres med videre og at dette først mot slutten av møtet den 14. januar 2009 ble endret til fem. Det er ikke korrekt at økonomisjefen under de muntlige forhandlingene uttalte at han var klar over at Vikingstad og klager ikke ville bli valgt ut til å gå videre dersom de fikk tre poeng, men derimot ville bli valgt ut dersom de fikk fire poeng. Det som ble sagt var at økonomisjefen var klar over at tre poeng på kriteriet finansiell styrke ville gi sjetteplass sammenlagt, og ikke at klager ville bli/ikke ville bli valgt ut til å være med videre. Han presiserte imidlertid at poenggivningen selvsagt ikke var motivert av dette, men at tre poeng på kriteriet ble valgt fordi dette ble ansett for å være riktig. Videre fremgikk det av hans forklaring at det på tidspunktet for poengsettingen ikke var tatt stilling til hvor mange tilbydere som skulle inviteres med videre. Etter at man hadde gjort en gjennomgang av poenggivningen i innstillingen og foretatt de nevnte endringer, ble det en diskusjon om også Nes kommune skulle inviteres med videre. Bakgrunnen for at dette ble gjort var som nevnt en revurdering av poenggivningen, samt at Nes kommune finansielt ble vurdert som en trygg kontraktsmotpart.
- (70) Klager har ikke gjengitt vitneforklaringen fra de muntlige forhandlingene korrekt. På spørsmål om klager ville blitt valgt ut dersom selskapet hadde blitt nummer fem uttalte vitnet at dette var en rent hypotetisk vurdering som selvsagt ikke hadde vært diskutert blant anskaffelsesteamet, men at vitnet personlig anså det for mindre sannsynlig at man

ville invitert med fem tilbydere dersom det var klager som ble rangert som nummer fem. Begrunnelsen for dette ble ikke oppgitt å være at de andre tilbyderne var mer profesjonelle enn klager, men at selskapet hadde en vesentlig dårligere finansiell styrke enn de fire best kvalifiserte. Når det gjelder betydningen av klagers erfaringsbakgrunn, er dette vektlagt ved vurderingen av andre kriterier. Anførselen om at innklagede ikke har ansett klager for å være "*profesjonell*" står dessuten i motstrid med innklagedes poenggivning av selskapet. Det vises til kvalifikasjonsmatrisen, hvor det fremgår at selskapet har fått god uttelling på de fleste andre kriterier. Klagers anførsel bygger uansett på en hypotetisk situasjon, og klagenemndas kompetanse må være begrenset til å behandle de vurderingene innklagede faktisk har foretatt.

Levere inn tilbud for egen regning og risiko

- (71) Klager har hevdet at innklagede har uttalt at det ikke er sikkert man vil bøye seg for nemndas avgjørelse i denne saken. Dette er ikke korrekt gjengitt, og for øvrig tatt helt ut av sin sammenheng. Innklagede har opplyst at det var umulig å svare på forhånd om man ville respektere en avgjørelse fra klagenemnda, uten å ha lest klagenemndas eventuelle begrunnelse for avgjørelsen.
- (72) Klager har anført at innklagede har adgang til å invitere med flere tilbydere enn det som fremgår av den øvre grensen i kvalifikasjonsgrunnlaget. Etter innklagedes syn er det klart at det ikke er anledning til å foreta en slik utvidelse av antallet deltakere i den videre konkurransen. Det vises til Dragsten m.fl, s. 1032 og 1034, samt departementets veileder s. 121. Klager har vist til klagenemndas sak 2005/171, som etter innklagedes syn gjaldt et annet spørsmål og er konkret begrunnet. Hvorvidt det foreligger adgang til å ta med "en ekstra" tilbyder i en situasjon som den foreliggende (slik at tilbyderen likevel ikke skal være med videre dersom klagen for klagenemnda ikke fører frem), har innklagede ansett for svært tvilsomt.

Klagenemndas vurdering:

- (73) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste etter forskriftens Vedlegg 6 nr. (27). Dette medfører at anskaffelsen følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 (5) og 2-2.

Hvorvidt innklagede har blandet sammen spørsmålet om klager var kvalifisert med spørsmålet om hvilke tilbydere som skulle velges ut til å levere tilbud og delta i konkurransen

- (74) Klager har anført at innklagede har blandet sammen spørsmålet om leverandørene var kvalifisert med spørsmålet om hvilke av de kvalifiserte leverandører som skulle velges ut til å levere tilbud og delta i konkurransen.
- (75) I brev vedlagt e-post av 13. januar 2009 opplyste innklagede at klager ikke hadde tilstrekkelig finansiell styrke til å kunne gjennomføre oppdraget på en tilfredsstillende måte, og at klager derfor ikke var "*kvalifisert*" til å delta i konkurransens del to. Omtrent likelydende formuleringer fremkom i brev vedlagt e-post fra innklagede av 14. januar 2009. En naturlig forståelse av dette var etter nemndas syn at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om økonomisk kapasitet i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3.3.2.
- (76) Innklagede har imidlertid i prosesskriv av 6. mars 2009 presisert at klager ble funnet kvalifisert for konkurransen, og at årsaken til at klager ikke ble invitert med videre i

konkurransen var at klager var rangert som nummer seks blant tilbyderne. Dette fremgikk også av brev vedlagt e-post av 22. januar 2009. Klagenemnda legger til grunn at dette var årsaken til at klager ikke gikk videre i konkurransen. Innklagede har således uttrykt seg uklart vedrørende hvorfor klager ikke ble invitert med videre i konkurransen, og dette er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Vektingen av kvalifikasjonskriteriene

- (77) I brev vedlagt e-post av 22. januar 2009 var evne og erfaring med tilsvarende oppdrag opplyst å veie 15 % og miljø 20 %, mens det i tabellen inntatt i brevet fremgikk at vektingen var motsatt. I e-post av 23. januar 2009 ble det opplyst at opplysningene i tabellen var de korrekte, dvs. at evne og erfaring veide 20 % og miljø 15 %. I prosesskrift av 6. mars 2009 opplyste innklagede at evne og erfaring veide 15 % og miljø 20 %, men opplyste i prosesskrift av 30. mars 2009 at dette var en feil, og at det var vektingen som fremgikk av tabellen som var lagt til grunn. Klagenemnda legger således til grunn at evne og erfaring veide 20 % og miljø 15 % i vurderingen.
- (78) Klager har anført at tallene i tabellen er basert på den "uriktige vektingen". Nemnda forstår det slik at klager mener tallene i tabellen er basert på at evne og erfaring veide 15 % og miljø 20 %. På grunnlag av utregningen lagt ved klagers prosesskriv av 17. mars 2009 anføres at dersom korrekt vekting var lagt til grunn, ville det kun ha skilt 0,05 poeng mellom klager og tilbyderen som ble nummer fem. Innklagede har bestridt at utregningen bygget på den uriktige vektingen. Av tabellen fremgår det at klager til sammen fikk 6,45 poeng. Ved å gi poengene den vekt som fremgår av tabellen, og deretter legge sammen svarene, kommer klagenemnda også til at klager skulle hatt 6,45 poeng. Basert på dette kan nemnda ikke se at poengsummen bygger på en annen vekting enn den som fremgår av tabellen. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Vurderingen av kvalifikasjonskriteriet "økonomisk kapasitet"

Manglende hensyntagen til Romerike Avfallsfordeling IKS' kvalifikasjoner

- (79) Klager har anført at innklagede har brutt forskriftens § 17-8 (2) ved å enten unnlate eller i for liten grad vektlegge Romerike Avfallsfordeling IKS' (ROAF) kvalifikasjoner ved evalueringen av kvalifikasjonskriteriet om at leverandøren må ha "økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten", jf. kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3.3.2.
- (80) Slik klagenemnda forstår klagers søknad, var det kun klager som søkte om å få delta i konkurransen, og ikke ROAF. Ettersom det fremgikk av søknaden at den var basert på et samarbeid mellom klager og ROAF, blir spørsmålet derfor om innklagede på dette grunnlag hadde plikt til å vektlegge ROAFs økonomi.
- (81) Klagenemnda forstår innklagedes anførsler slik at det ikke ble lagt vekt på ROAFs økonomi som sådan ved vurderingen, men at innklagede kun vektla samarbeidet i den grad dette ble funnet relevant for vurderingen av klagers økonomiske kapasitet. Nemnda legger dette til grunn i det følgende.
- (82) Av forskriftens § 17-8 (2) fremgår det at:

"En leverandør kan for en særskilt kontrakt, der dette er hensiktsmessig, støtte seg på andre foretaks kapasitet, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsene mellom dem. I så fall skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil

ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene.”

- (83) En leverandør kan således støtte seg på den finansielle og økonomiske styrken til andre foretak. Formålet bak bestemmelsen er at også nystartede og små selskap lettere kan få levere til det offentlige. Det avgjørende er at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, ikke hvordan denne evnen oppstår, jf. FAD Veileder s. 115.
- (84) Forskriftens § 17-8 (2) gjelder etter sin ordlyd anskaffelser etter forskriftens del III, og kommer således ikke direkte til anvendelse i den foreliggende sak. Det kan likevel reises spørsmål om ikke tilbydere må ha den samme muligheten til å støtte seg på andre foretaks kapasitet for anskaffelser som følger forskriftens del II. Nemnda finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette, da klager uansett ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at selskapet har rådighet over de nødvendige ressursene. Det vises til at selv om det var lagt ved diverse dokumentasjon fra ROAF, var det ikke lagt ved noen forpliktelseserklæring eller lignende fra ROAF. Av forespørselen fremgikk det at klager hovedsakelig ville stå for investeringene og prosjekteringen av et nytt sorteringsanlegg, mens tomten og beliggenheten for anlegget ble bestemt av ROAF, som også stilte med personell og eksisterende redskaper, maskiner, verktøy, materiell og teknisk utstyr for å effektivisere utsorteringsprosessen. Nemnda kan ikke se at dette dokumenterer at klager ville ha den nødvendige rådighet over ROAFs økonomiske ressurser. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Manglende hensyntagen til klagers konsernbidrag

- (85) Klager har videre anført at penger som ble betalt i konsernbidrag i 2006 skulle vektlegges i vurderingen av økonomisk styrke. I klagenemndas sak 2005/231 premiss (34) var det spørsmål om innklagede hadde bygget på feil faktum ved å unnlate å vektlegge soliditeten til en tilbyders morselskap:

”Kjennskap til konsernmodellen er etter nemndas oppfatning likevel ikke tilstrekkelig til å fastslå at det er Norgestaxi AS soliditet som er avgjørende. Nemnda er enig med kommunen i at det ikke er dokumentert klare garantiforpliktelser fra morselskap eller annet selskap i konsernet som kunne forfølges rettslig.”

- (86) I den foreliggende sak kan nemnda ikke se at klager har dokumentert klare garantiforpliktelser som kan forfølges rettslig fra selskap som har mottatt konsernbidrag. Innklagede hadde således ikke plikt til å vektlegge pengene som ble betalt i konsernbidrag i 2006 ved vurderingen av klagers økonomiske styrke.

Tolkningen og vurderingen av kvalifikasjonskriteriet om finansiell styrke

- (87) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 2.4 var det opplyst at det ved valg blant overtallige kvalifiserte leverandører ville legges spesiell vekt på tre aspekter, herunder tilbyders *”finansielle styrke/evne til å bære de nødvendige investeringene”*.
- (88) Klager har anført at utvelgelsen av kvalifiserte leverandører er basert på en karaktersetning der vurderingsgrunnlaget har vært forskjellig under dette kriteriet, og at dette er i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5. Det vises til at klager kun har blitt vurdert ut fra egenkapital, mens de øvrige tilbyderne (med unntak for Vikingstad AS) har blitt vurdert ut fra flere faktorer. Etter klagers syn var leverandørens omsetning

og kreditrating en del av vurderingstemaet ved den første karaktersettingen, mens det kun var klagers egenkapital som ble vektlagt ved den andre karaktersettingen.

- (89) Av anskaffelsesteamets vurderingsnotat fremgår det at klager fikk syv poeng på kvalifikasjonskriteriet finansiell styrke, og at klager var trukket ned fra åtte poeng etter en vurdering av omsetning og egenkapital. Etter møtet 14. januar 2009 fikk klager i stedet tre poeng på dette kriteriet.
- (90) Innklagede har opplyst at poengsummene til samtlige leverandører ble vurdert på møtet 14. januar 2009, og at det for kriteriet finansiell styrke ble besluttet å nedjustere poengsummene til klager og Vikingstad AS. Det er bestridt at nedjusteringen av klagers poengsum kun ble fastsatt ut fra en vurdering av egenkapitalen i selskapet. Innklagede har opplyst at kreditratingen var utgangspunktet for vurderingen. Dette ville gitt klager fem poeng, og ikke åtte slik anskaffelsesteamet hadde lagt til grunn. Nedjusteringen til tre poeng var først og fremst begrunnet i selskapets lave egenandel/egenkapitalandel. Innklagede har opplyst at for de øvrige tilbyderne (med unntak av Vikingstad AS) ble en poenggivning basert på en omregning av kreditratingen funnet å gi et korrekt bilde av selskapenes økonomiske situasjon når det også ble sett hen til selskapenes balanse og egenkapitalandel.
- (91) Klagenemnda har etter dette ikke holdepunkter for at innklagede har lagt til grunn et annet tolkningsalternativ ved vurderingen av klager (og Vikingstad AS) enn ved vurderingen av de øvrige leverandørene når det gjelder finansiell styrke.
- (92) Klager har videre anført at tolkningsalternativet som ble benyttet ved vurderingen av klagers søknad var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Innklagede har bestridt at det utelukkende var størrelsen på egenkapitalen og egenkapitalandelen som ble vektlagt ved vurderingen av kriteriet finansiell styrke, men opplyst at dette stod sentralt i vurderingen. Etter nemndas syn tilsa ordlyden *"evne til å bære de nødvendige investeringer"* at egenkapitalen ville være et vesentlig forhold ved vurderingen av leverandørenes finansielle styrke. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagedes tolkning av kvalifikasjonskriteriet finansiell styrke var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Klager fikk ikke anledning til å presentere sin løsning

- (93) Klager har anført selskapet ikke fikk anledning til å presentere mobile anlegg, som både kunne kjøpes brukt, leases og leies. Etter klagers oppfatning ville egenkapitalandelen ikke påvirkes overhodet ved leasing eller leie.
- (94) Fra klagenemndas sak 2005/213 premiss (32) hitsettes følgende:

"Etter nemndas oppfatning må det være tilbyders ansvar å sørge for at innkjøper får tilgang på nødvendig informasjon for å kunne foreta en forsvarlig vurdering."

- (95) Klager hadde således selv ansvar for å presentere eventuelle løsninger som kunne virke inn på vurderingen av finansiell styrke. Klagenemnda kan ikke se hvordan klager skulle være forhindret fra å presentere et eventuelt mobilt anlegg i søknaden. I klagers kvalifikasjonssøknad var det opplyst følgende: *"Avfallshandel står hovedsakelig for investeringene og prosjekteringen av et nytt sorteringsanlegg [...]"*. Dette gav etter nemndas syn inntrykk av at klager hadde planlagt å bygge et nytt sorteringsanlegg.

Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede bygget på feil faktum ved å legge dette til grunn i vurderingen av klagers finansielle stilling.

Feil faktum

- (96) Klager har anført at det var feil av innklagede å legge til grunn at klager skulle ta hele investeringen. Det er vist til at da forespørselen var utarbeidet, var dette ikke endelig avklart. Det ble av denne grunn lagt til grunn at klager hovedsakelig skulle ta investeringen, altså at ROAF skulle ta deler av den. Klagenemnda kan ikke se at det i klagers kvalifikasjonssøknad var dokumentert at ROAF skulle ta deler av investeringen, og kan således ikke se at innklagede har lagt til grunn feil faktum.

Krav til likebehandling i lovens § 5

- (97) Klager har anført at det var i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5 at klager og Vikingstad AS fikk like mange poeng på kriteriet om finansiell styrke. Det er vist til at klager hadde en omsetning på kr 48 491 000 i 2007, og eiendeler til en verdi av kr 28 064 000, mens Vikingstad AS hadde en omsetning på kr 332 000 i 2006 og 1 880 000 i 2007, og eiendeler til en verdi av kr. 4 444 000.
- (98) Innklagede har opplyst at det sentrale ved vurderingen av finansiell styrke var evnen til å bære de nødvendige fremtidige investeringer, og at det derfor har vært særlig relevant å vurdere størrelsen på egenkapitalen og egenkapitalandelen. Etter innklagedes syn er omsetningen til selskapet og størrelsen av denne av liten betydning for leverandørenes evne til å foreta nye investeringer og skaffe finansiering til dette. Klager har i sin anførsel kun vist til verdien av klagers og Vikingstad AS' eiendeler, uten å ta gjelden i betraktning, noe som gir et uriktig bilde av den finansielle styrken.
- (99) Oppdragsgiver har i evalueringen av søknadene et vidt innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset utstrekning kan overprøves rettslig. Det følger imidlertid av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at oppdragsgivers poengsetting i alle fall må sikre at relevante forskjeller mellom søknadene gjenspeiles i de poengene søknadene gis.
- (100) En kreditrating vil normalt inneholde elementer som gjelder omsetning/lønnsomhet, og nemnda har ikke grunnlag for å hevde at innklagede i den foreliggende sak burde ha lagt større vekt på dette. De vedlagte kreditratinger var utgangspunktet for innklagedes vurdering av tilbydernes finansielle styrke.
- (101) Klager har etter det innklagede har opplyst en egenkapital på kr 4 644 287 og en egenkapitalandel på 10,8 % etter tilleggsinvesteringen på kr 15 millioner. Vikingstad AS har en egenkapital på kr 2 653 158 og en egenkapitalandel på 13,6 % etter tilleggsinvesteringen. Det skilte således ca. kr 2 millioner i egenkapital i klagers favør, mens Vikingstad hadde en egenkapitalandel som var ca. 3 % høyere. De øvrige leverandørene hadde etter det opplyste en egenkapital på kr 37 – 160 millioner, og en egenkapitalandel på ca. 30-40 % etter investeringen på kr 15 millioner. Klagenemnda kan på bakgrunn av dette ikke se at det skulle være uforsvarlig å gi lik poengsum til klager og Vikingstad AS, og det foreligger således ikke brudd på kravet til likebehandling i lovens § 5.

Kvalifikasjonskriteriet "evne og erfaring med tilsvarende oppdrag"

- (102) Klager har anført at det var sterkt urimelig at selskapet kun fikk seks poeng på kvalifikasjonskriteriet "evne og erfaring med tilsvarende oppdrag". Det er vist til at det

ikke er forklart hvordan RagnSells AS skal nyttiggjøre seg RagnSells ABs erfaring med å sortere bunnaske i Sverige, eller hvilken dokumentasjon som foreligger på at dette er ressurser RagnSells AS disponerer over. Etter klagers syn ble det også sett helt bort fra den kompetanse som lå i klagers søsterselskap, og klager var den eneste som hadde erfaring med alle oppgaver gjennom hele kjeden.

- (103) Innklagede har opplyst at klager i samarbeid med ROAF ikke hadde erfaring med sortering av metaller i bunnaske. Klager hadde imidlertid erfaring med annen type håndtering av bunnaske, og dette fikk selskapet en viss uttelling for.
- (104) Slik klagenemnda forstår dette, har klager fått uttelling for erfaring med andre oppgaver enn sortering av metaller i bunnaske. Spørsmålet er således om det var usaklig eller uforsvarlig at klager ble trukket i poeng for manglende erfaring med slik sortering. Klagenemnda kan ikke se at klager i søknaden verken har opplyst at det samarbeides med søsterselskaper eller at disse har erfaring med sortering av bunnaske. Innklagede hadde således ikke plikt til å vektlegge søsterselskapenes eventuelle kompetanse med sortering av bunnaske. Når det gjelder Ragn-Sells AS, fremgikk det av selskapets søknad at Ragn-Sells AB hadde et anlegg i Sverige der aske ble behandlet etter kriteriene beskrevet i kvalifikasjonsgrunnlaget, og at Ragn-Sells AS kom til å benytte seg av Ragn-Sells ABs kompetanse for å sette opp et anlegg for sortering og etterbehandling av bunnaske. Klagenemnda kan etter dette ikke se at det var usaklig eller uforsvarlig av innklagede å gi Ragn-Sells AS poengmessig uttelling for Ragn-Sells ABs kompetanse. Etter dette har klagenemnda ikke holdepunkter for at det var usaklig eller uforsvarlig å gi klager seks poeng på dette kriteriet.

Kvalifikasjonskriteriet "kvalitetsstyringssystem"

- (105) Klager har anført at oppjusteringen av poengsummen til Nes kommune var usaklig og vilkårlig. Det er vist til at den nye karakteren ikke stemmer med merknadene i anskaffelsesteamets innstilling, hvor det fremgår at Nes kommunes kvalitetsstyringssystem var mangelfullt dokumentert. Innklagede har forstått denne anførselen slik at den gjelder kvalifikasjonskriteriet *"godkjent utstyr og rapporteringssystem for gjennomføring av oppdraget"*. Klagenemnda forstår det imidlertid slik at klager her sikter til kvalifikasjonskriteriet *"kvalitetsstyringssystem"*, ettersom det var på dette kriteriet Nes kommune ble oppjustert til åtte poeng på møtet 14. januar 2009, jf. møtereferatet av samme dag og kvalifikasjonsmatrisen. Dette legges derfor til grunn i det følgende.
- (106) Underveis i en vurdering av kvalifikasjonssøknader og forut for at oppdragsgivers syn er synliggjort for leverandørene, må oppdragsgiver stå fritt til å endre sin egen oppfatning om hvilken uttelling de ulike leverandørene skal få på kvalifikasjonskriteriene. Det avgjørende er at den endelige poengsummen bygger på en saklig og forsvarlig vurdering. Innklagede har opplyst at bakgrunnen for at Nes kommunes poengsum ble oppjustert til åtte poeng på møtet 14. januar 2009, var at anskaffelsesteamet hadde oversett kommunens kvalitetssystem. Basert på dette, kan klagenemnda ikke se at det var usaklig eller vilkårlig å til slutt gi Nes kommune åtte poeng på kvalifikasjonskriteriet *"kvalitetsstyringssystem"*, og klager kan således ikke høres med denne anførselen.

Endring fra fire til fem tilbydere

- (107) Klager har anført at det var i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 at innklagede ikke ville ha invitert med fem leverandører videre dersom klager var rangert som nr. 5. Det vises til at innklagede har opplyst at dersom klager var rangert som nr. 5, ville man bare hatt med fire leverandører videre.
- (108) Innklagede har imidlertid opplyst at det ikke ble diskutert på møtet den 14. januar 2009 om man også ville invitert med fem leverandører videre dersom klager var rangert som nr. 5, men at dette blir ansett for å være mindre sannsynlig da klager hadde en vesentlig dårligere finansiell stilling enn de fire best kvalifiserte leverandørene.
- (109) I kunngjøringen punkt 2.4 fremgikk det at oppdragsgiver ville invitere de tre – fem leverandørene som best oppfylte kvalifikasjonskriteriene til å inngi tilbud. Innenfor denne rammen var det opp til innklagede å vurdere hvor mange leverandører man ønsket å ha med videre. Hvorvidt klager ville blitt invitert med videre dersom selskapet var rangert som nummer fem, og om en eventuell unnlattelse av dette ville vært i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5, er hypotetiske spørsmål som nemnda ikke kan vurdere.

Levere inn tilbud for egen regning og risiko

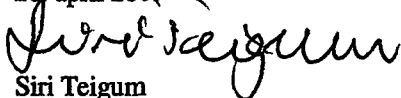
- (110) Klager har bedt nemnda om en generell uttalelse om muligheten for å levere inn tilbud i konkurransen for egen regning og risiko, under påvente av klagenemndas avgjørelse av om klager skulle vært invitert med videre i konkurransen. Det er vist til at dette kan ha en side mot eventuelle krav om dekning av saksomkostninger i en senere rettssak, og at klager derfor har en reell interesse i å få en uttalelse om dette. Klagenemnda gir ikke generelle uttalelser, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/55 premiss (28), og vil følgelig ikke gå inn på dette spørsmålet.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Energigjenvinningsetaten har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å uttrykke seg uklart om hvorfor klager ikke gikk videre i konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
20. april 2009


Siri Teigum