



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Begrunnelse. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for elektriskertjenester med materiell. Den estimerte verdien av rammeavtalen utgjorde 10 millioner kroner. Innklagede vurderte at avtalen var en bygge- og anleggskontrakt, og anskaffelsen ble derfor kunngjort i Doffin etter reglene i forskriften del II. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å konstatere at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved tilbudsevalueringen, og at begrunnelsesplikten var brutt.

Klagenemndas avgjørelse 10. mars 2022 i sak 2020/722

Klager: Ingeniør Ivar Pettersen AS

Innklaget: Modum kommune

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Kjersti Holum Karlstrøm, Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Modum kommune (heretter kalt *innklagede*) kunngjorde 25. juni 2020 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for elektriskertjenester med materiell. Anskaffelsens verdi ble estimert til 2,5 millioner kroner per år. Rammeavtalen hadde en varighet på to år med mulighet for ytterligere forlengelse i inntil to år med 12 måneder av gangen. Tilbudsfrist var 18. august 2020.
- (2) I kunngjøringen var det angitt at kontrakten gjaldt bygge- og anleggsarbeid. Anskaffelsen var merket med hoved-CPV-kode 45310000 «*Installasjon av elektriske ledninger og armaturer*». Det var angitt tilleggs-CPV-kodene 31730000 «*Elektroteknisk utstyr*», 31731000 «*Elektrotekniske artikler*», 45311000 «*Arbeid i forbindelse med elektriske ledninger og armaturer*», 45317000 «*Øvrig elektrisk installasjonsarbeid*», 50710000 «*Reparasjon og vedlikehold av elektriske og mekaniske installasjoner i bygninger*» og 51110000 «*Installasjon av elektrisk utstyr*».
- (3) Innklagede beskrev anskaffelsen i kunngjøringen på følgende måte:

«Konkurransen gjelder rammeavtale for levering av elektriskertjenester med materiell. Leverandøren skal stille med materiell på alle oppdrag som skal utføres av leverandøren med mindre Oppdragsgiver krever noe annet. Oppdragsgiver har opsjon på Elkontroll med termografering. Anskaffelsen er estimert til å være over EØS-terskelverdi. Estimater er ikke bindende for oppdragsgiver. Behovet er usikkert. Historisk sett har oppdragsgiver handlet for NOK 2.500.000,- eks mva per år. Volumet vil i avtaleperioden være avhengig

av blant annet oppdragsgivers behov, aktiviteter, budsjettsituasjonen og andre rammefaktorer.»

- (4) I behovsbeskrivelsen om gjennomføringen stod det blant annet:

«Oppdragsgiver skal ha en fast kontaktperson hos leverandøren å forholde seg til. Ved større oppdrag skal Leverandøren utnevne Hovedbedrift og Samordningsansvarlig person for oppdraget (ref. Arbeidsmiljøloven).

[...]

Leverandøren skal med mindre annet er avtalt oversende en fremdriftsplan med bindende sluttdato til Oppdragsgivers kontaktperson før et prosjekt er påbegynt. Detaljnivået på fremdriftsplanen skal sees i sammenheng med prosjektets størrelse og Oppdragsgiver står fritt til å be om utdypende informasjon dersom en fremdriftsplan fremstår som for lite detaljert. Oppdragsgiver kan kreve rapportering på forbruk av materiell og timer hver uke etter oppstart av et prosjekt.

[...]

Tilbyder skal ha døgnkontinuerlig vaktordning for besvarelse av hasteoppdrag.

[...]

Det gjøres særlig oppmerksom på at oppdrag ofte skal utføres i og ved bygg og boliger som er i bruk. Leverandør skal ta hensyn til brukerne/beboerne, slik at det ikke oppstår fare for helse, miljø eller sikkerhet og at arbeidet gjennomføres til minst mulig sjenanse for beboerne/ansatte.

Generelt er det ikke forutsatt etablering av riggområde, jf NS3420, ved anvendelse av denne avtalen. Arbeidene betraktes som så små at en frakter med seg det en til enhver tid trenger. Leverandøren kan ikke regne med å få lagret utstyr i noen av byggene som omfattes av denne avtalen. Leverandør er ansvarlig for nødvendig rydding og renhold for sin virksomhet på anleggene. Generelt skal byggeplassen holdes så ryddig som mulig ut fra arbeidenes art. Det skal spesielt påses at det ikke er mulig for eldre og svaksynte å snuble/skli på verktøy, utstyr eller avfall.»

- (5) Om kjennskap til innklagedes bygningsmasse stod det:

«Oppdragsgiver vil bruke minst mulig tid på å gjøre leverandøren kjent i oppdragsgivers bygningsmasse. Leverandøren må for egen regning gjøre seg kjent i oppdragsgivers bygningsmasse og må selv sørge for å vedlikeholde denne kunnskapen i rammeavtaleperioden.»

- (6) Om dokumentasjon stod det:

«Grunnleggende samsvarserklæring/ferdigattest skal være inkludert i prisen og skal tilgjengeliggjøres elektronisk for oppdragsgiver. Samsvarserklæring skal sendes sammen med faktura, og skal også sendes separat til den som har bestilt oppdraget. Det er viktig at samsvarserklæringene er gode. Samsvarserklæring skal være utfyllende og beskrive hva som er utført, hvilket anlegg det er utført på og hvor på anlegget det er utført og må ha med måleverdier.»

(7) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriene var «Priser og kostnader» (40 prosent), «Løsningsforslag» (30 prosent), «Oppdragsspesifikk kompetanse» (15 prosent) og «Miljø» (15 prosent).

(8) Om tildelingskriteriet «Løsningsforslag» stod det i konkurransegrunnlaget:

«a. Tilbyder skal gi en redegjørelse for hvordan oppdraget er tenkt løst, herunder organisering, administrasjon, opplegg for responstid, opparbeidelse av lokalkunnskap og evne til å holde tidsplan.

b. Tilbyder skal redegjøre for sitt logistikkopplegg og tilgang på materiell, både for egne elektrikere og for oppdragsgivers interne elektrikere.

c. Tilbyder skal kort redegjøre for tilbudt vaktordning og det skal oppgis prioritert vakttelefonnummer.

d. Tilbyder skal redegjøre for sitt kvalitetssikringssystem og bruken av systemet i gjennomføringen av oppdraget, tilsvarende ca. 1 A4-side.»

(9) I konkurransegrunnlaget om «Oppdragsspesifikk kompetanse» stod det:

«a. Oppdragsgiver skal ha en fast kontaktperson hos leverandøren med ansvar for oppfølging av alle leveranser til Oppdragsgiver. Tilbyder skal oppgi hvem som skal være fast kontaktperson og redegjøre både for utdanning og realkompetanse for vedkommende. Kontaktpersonens erfaring/kunnskap fra tilsvarende oppdrag og navngitte kunder skal beskrives.

b. Tilbyder skal oppgi et fast tilbudt team på inntil 5 navngitte personer som skal gjennomføre leveransene. Teamets erfaring/kunnskap fra tilsvarende oppdrag og navngitte kunder skal beskrives. Tilbyder skal kort redegjøre for teamets utdanning og realkompetanse.

c. Det skal også oppgis hvem som har Ekomnettautorisasjon (ENA) i tilbudt team.»

(10) Om rammeavtalens omfang stod det:

«Rammeavtalen omfatter elektrikertjenester til bygningsmasse, automasjon, sterkstrøm og svakstrøm. Formål med anskaffelsen er å dekke Oppdragsgivers behov for elektrikertjenester i henhold til krav framsatt i konkurransegrunnlaget. Tjenesten omfatter elektrikertjenester som mindre renovering, modernisering, utbedringer og nyinstallasjoner inkludert medgått materiell til oppdragsgivernes virksomheter. Omfanget av denne avtalen avhenger til enhver tid av oppdragsgivers bevilgninger og behov. Arbeider løst med egne ressurser er ikke en del av rammeavtalen.»

(11) Videre stod det:

«Oppdragene inkluderer blant annet (listen er ikke utømmende):

- Generelle elkraftinstallasjoner

- Ombygging og utvidelse av el-fordelere

- Alarmoverføringer
- Mindre modernisering av automatikk for byggetekniske anlegg.
- Revidering og utarbeidelse av tegninger og skjema i forbindelse med dokumentasjon.
- Merking av komponenter iht. til dokumentasjon.
- Generell feilsøking
- VA-elektriker (automasjon)
- Internkontroll
- Elk kontroll med termografering (Opsjon)

[...]

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å ikke benytte seg av rammeavtalen med leverandør ved egenregi, større, spesielle eller spesielt komplekse arbeider, prosjektrelaterte arbeider, arbeider som gjennomføres som totalentrepriser/generalentrepriser og/eller dersom avtaleleverandør ikke er i stand til å oppfylle angitt krav/behov, responstid og liknende. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å gå direkte til eventuelle underleverandører ved små oppdrag.

[...]

Oppdragsgiver skal ha mulighet til å handle materiell direkte hos grossist over rammeavtalen. Leverandørens innpris skal da gjelde for oppdragsgiver også. Oppdragsgiver skal også kunne ta ut varer direkte hos leverandøren og da gjelder samme priser som ved vanlig serviceoppdrag.»

- (12) Om oppstart og responstid stod det:

«Responstid for vanlige serviceoppdrag skal ikke være lenger enn 2 virkedager.

Responstid for kritisk service skal være max 1 timer. Oppdragsgiver definerer hva som er kritisk.

Responstid forstås som oppmøtt med utstyr på avtalt sted.

Ved behov kan frist for igangsettelse på byggeplass og sluttfrist avtales for det enkelte oppdrag.»

- (13) Innen tilbudsfristens utløp, mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Ingeniør Ivar Pettersen AS (heretter *klager*) og Krøderen Elektro AS.
- (14) I anskaffelsesprotokollen datert 28. august 2020 stod det at Krøderen Elektro (heretter *valgte leverandør*) var vinner av konkurransen. Leverandørens individuelle totalscore, rangering, samt poengscore og begrunnelse på tildelingskriteriene, fremgikk av dokumentet «*resultatrapport*». Klager hadde lavest pris og fikk 100 poeng på priskriteriet, mot valgte leverandørs 89 poeng. Klager fikk også best uttelling på «*Oppdragsspesifikk kompetanse*» med 100 poeng mot valgte leverandørs 95 poeng, mens

begge tilbudene fikk 100 poeng i bedømmelsen av «Miljø». Det utslagsgivende for utfallet av konkurransen var imidlertid at valgte leverandør fikk 100 poeng på tildelingskriteriet «Løsningsforslag», mot klagers 75 poeng. Til sammen vant valgte leverandør konkurransen med 95 poeng mot klagers 93 poeng.

- (15) Det fremgikk av resultatrapporten at klagers tilbud hadde fått 20 poeng trekk ved evalueringen under tildelingskriteriet «Løsningsforslag» punkt b. Det var gitt følgende begrunnelse:

«Redegjør godt for logistikkopplegg og tilgang på materiell. Beste besvarelse tilbyr et bedre og raskere logistikkopplegg og god tilgang på materiell både for egne og oppdragsgivers elektrikere.»

- (16) Valgte leverandør fikk ikke noe poengtrekk under dette punktet, med følgende begrunnelse:

«Beste besvarelse. Tilbyr et godt og raskt logistikkopplegg og enkel lokal tilgang på et godt utvalg av raskt tilgjengelig materiell både for egne og oppdragsgivers elektrikere.»

- (17) Hverken klager eller valgte leverandør fikk poengtrekk under tildelingskriteriet «Løsningsforslag» punkt c. Det var gitt en likelydende begrunnelse for dette:

«Beste besvarelse. Redegjort godt for vaktordning og prioritert vakttelefonnummer.»

- (18) Den tredje leverandøren fikk 10 poeng trekk i vurderingen av punkt c, med følgende begrunnelse:

«Oppgitt vakttelefon. Beste besvarelse har redegjort bedre for vaktordningen.»

- (19) I resultatrapporten under «Oppdragsspesifikk kompetanse» punkt c, var det angitt at alle tre leverandørene hadde oppgitt hvem som hadde Ekomnettautorisasjon i tilbudt team.

- (20) Innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør er inngått.

- (21) Nemndsmøte om utstedelse av forhåndsvarsel ble avholdt 22. november 2021.

- (22) Innklagede kom med merknader til forhåndsvarselet 8. desember, 16. desember og 21. desember 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede har brutt begrunnelsesplikten etter forskriften § 10-1 når det gjelder tildelingskriteriet «Løsningsforslag» punkt b og punkt c, og tildelingskriteriet «Oppdragsspesifikk kompetanse» punkt c.
- (24) Innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet etter loven § 4 ved evalueringen av tilbudene.
- (25) Innklagede har brutt kunngjøringsplikten etter forskriften § 21-1 ved manglende kunngjøring av anskaffelsen i TED-databasen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagde bestrider å ha brutt begrunnelsesplikten. Begrunnelsene som er gitt er i samsvar med regelverket.
- (27) Innklagde bestrider å ha brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriene. Det foreligger ikke feil ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriene «*Løsningsforslag*» og «*Oppdragsspesifikk kompetanse*».
- (28) Det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Årsaken til at hoveddelen av anskaffelsen ble ansett som en bygge- og anleggskontrakt, var at innklagede forut for kunngjøringen vurderte at kontrakten i hovedsak gjelder at det skal «legges nytt og byttes ut» fremfor å «reparere og vedlikehold av elektriske og mekaniske installasjoner i bygninger eller «installere elektrisk utstyr». Det er ikke tvil om at hovedelementet i rammeavtalen for elektrikertjenester er knyttet til CPV-kode «45310000 - *Installasjon av elektriske ledninger og armaturer*». Klassifiseringen av kontrakten som en bygge- og anleggskontrakt er derfor korrekt. Anskaffelsens verdi var derfor under EØS-terskelverdien. Det forelå derfor ikke et krav om kunngjøring i TED-databasen.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. For behandling av slike påstander gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt kunngjøringsplikten etter forskriften § 21-1 ved manglende kunngjøring av anskaffelsen i TED-databasen.
- (31) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (32) Konkurransen gjelder en rammeavtale for levering av elektrikertjenester med materiell, og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 10 millioner kroner ekskl. mva.
- (33) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforordningen) §§ 5-1 andre ledd og 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. EØS-terskelverdien var på kunngjøringstidspunktet 2,05 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter og 51,5 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter.
- (34) For det tilfellet at anskaffelsen anses som en bygge- og anleggsanskaffelse, vil ikke EØS-terskelverdien være overskredet, og det vil dermed ikke foreligge en ulovlig direkte anskaffelse. For det tilfellet at det i realiteten er tale om en tjenesteanskaffelse, vil terskelverdien for kunngjøring i TED være overskredet, jf. forskriften §§ 5-3 bokstav b og c.

- (35) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav c, at en tjenestekontrakt er en «kontrakt om utførelsen av tjenester, unntatt kontrakter som nevnt i bokstav d». Denne bestemmelsen må altså ses i sammenheng med definisjonen av bygge- og anleggskontrakt i forskriften § 4-1 bokstav d nr. 1.
- (36) En bygge- og anleggskontrakt er i forskriften § 4-1 bokstav d nr. 1, definert som en kontrakt om utførelsen eller både utførelsen og planleggingen av «bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med aktiviteter som angitt i vedlegg 1».
- (37) Et «bygge- og anleggsarbeid» er i forskriften § 4-1 bokstav e definert som «resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon».
- (38) Det avgjørende er dermed om den aktuelle rammeavtalen har bygge- og anleggsaktiviteter som formål, hvor resultatet av disse aktivitetene oppfyller en selvstendig økonomisk eller teknisk funksjon.
- (39) Innklagede har vist til at oppgitt hoved-CPV-kode, «Installasjon av elektriske ledninger og armaturer», inngår i vedlegg 1. Innklagede anfører at rammeavtalen av den grunn skal betegnes som en bygge- og anleggskontrakt.
- (40) Vurderingen av om en kontrakt er en bygge- og anleggskontrakt omfattet av en aktivitet som er opplistet i vedlegg 1, må basere seg både på beskrivelsen av den relevante CPV-koden og hvilke grupper og hovedgruppe den er plassert under, se EFTA-domstolens avgjørelse i E-7/19 *Tak*, avsnitt 52. Det er derfor ikke tilstrekkelig å finne en CPV-kode som beskriver et relevant tjenesteelement.
- (41) I forhåndsvarselet bemerket klagenemnda at beskrivelsen av anskaffelsen i konkurransegrunnlaget var så generell, at nemnda ikke utelukket at kontrakten ville kunne brukes på bygge- og anleggsarbeider. Det ble imidlertid også vist til at fremgår det av konkurransegrunnlaget:
- at leverandør skal ha døgntkontinuerlig vaktordning for besvarelse av hasteoppdrag
 - at oppdrag ofte skal utføres i og ved bygg og boliger som er i bruk
 - at det generelt ikke er forutsatt etablering av riggområde ved anvendelse av denne avtalen og at arbeidene betraktes som så små at en frakter med seg det en til enhver tid trenger
 - at innklagede vil bruke minst mulig tid på å gjøre leverandøren kjent i oppdragsgivers bygningsmasse.
- (42) Videre viste klagenemnda til at det var angitt at tjenesten skulle omfatte elektrikertjenester som mindre renovering, modernisering, utbedringer og nyinstallasjoner inkludert medgått materiell til innklagedes virksomheter. Nemnda bemerket også at innklagede i kontrakten forbeholdt seg retten til ikke å benytte seg av rammeavtalen ved egenregi, større, spesielle eller spesielt komplekse arbeider, prosjektrelaterte arbeider og arbeider som gjennomføres som totalentrepriser/generalentrepriser.

- (43) På den bakgrunn la klagenemnda til grunn i forhåndsvarselet at hovedelementet til den aktuelle rammeavtalen ikke var aktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon. Etter forskriften § 6-1 (1) skal kontrakter om flere typer ytelse inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedelement. Nemnda la til grunn at hovedelementet til kontrakten var tjenesteytelser, og varslet derfor om gebyrileggelse for ulovlig direkte anskaffelse.
- (44) I forbindelse med merknader til forhåndsvarselet har innklagede fremlagt en oversikt, hvor avropene på rammeavtalen er delt inn i oppgradering og nyanlegg, service og vedlikehold, uttak av materiell og internkontroll.
- (45) Den svært korte beskrivelsen av hvert avrop, har ikke gitt klagenemnda et fullstendig grunnlag for å vurdere avropene. Det ser imidlertid ut til at innklagede har trukket grensen mellom «oppgradering og nyanlegg» og «service og vedlikehold» annerledes enn det klagenemnda la til grunn i forhåndsvarselet. Den fremlagte oversikten støtter også opp om innklagedes anførsel om at det er inngått en rammeavtale hvor hovedelementet er bygge- og anleggsarbeider. Både i antall og verdi er det betraktelig flere og høyere avrop på bygge- og anleggsarbeider enn tjenesteytelser.
- (46) Selv om beskrivelsen i konkurransegrunnlaget isolert sett tyder på at rammeavtalens hovedelement er tjenesteytelser, har klagenemnda etter dette ikke grunnlag for å konstatere at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda finner likevel grunn til å påpeke at det burde ha fremgått klarere av anskaffelsesdokumentene at rammeavtalen hovedsakelig var tenkt brukt til bestillinger av bygge- og anleggsarbeider.

Klagers øvrige anførsler

- (47) På bakgrunn av resultatet i saken, vil klagenemnda i det følgende ta stilling til klagers øvrige anførsler. Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig interesse, jf. klagenemndsforordningen § 6.

Begrunnelsesplikt og tilbudsevaluering

- (48) Klagenemnda skal ta stilling til om regelverket er brutt ved tilbudsevalueringen, og om innklagede har brutt begrunnelsesplikten.
- (49) Ved evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene, har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn. Det skal ikke foretas en ny evaluering av tilbudene. Det som kan prøves er om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller for øvrig i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se eksempelvis Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 side 1783 avsnitt 42-44.
- (50) Innklagede har fremlagt en svært sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud. Samtlige opplysninger i besvarelsen av tildelingskriteriene «*Løsningsforslag*» og «*Oppdragsspesifikk kompetanse*» er sladdet. Grunnlaget for klagenemndas vurderinger er dermed først og fremst innklagedes begrunnelse og senere utdypninger av denne. Klagenemnda forholder seg i denne sammenheng til at begrunnelsen skal inneholde en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til å forstå hvilke konkrete egenskaper ved valgte leverandørs tilbud som har gjort at oppdragsgiver har konkludert med at dette tilbudet er det beste, jf. forskriften § 10-1 første ledd. Kravene til begrunnelsen avhenger

av forholdene i den enkelte sak, og som utgangspunkt stilles det strengere krav til begrunnelsen jo mer skjønnsmessig et tildelingskriterium er utformet.

- (51) Klagenemnda vurderer først innklagedes grunnlag for å trekke klager 20 poeng ved bedømmelsen av tildelingskriteriet «*Løsningsforslag*» punkt b.
- (52) Når en oppdragsgiver bruker poeng for å sammenligne tilbudene, skal poengutslagene gjenspeile relevante forskjeller mellom tilbudene. Klager har fremsatt konkrete innsigelser mot den begrunnelsen innklagede har gitt for dette poengtrekket og hevder at poengtrekket ikke er et utslag av relevante forskjeller mellom tilbudene. Innklagede har kun summarisk imøtegått disse innsigelsene.
- (53) Ifølge klager er det ikke en relevant forskjell at klager har tilbudt dårligere tilgang på materiell for innklagedes elektrikere enn det valgte leverandør gjør, siden tilgang til materiell for oppdragsgivers elektrikere ikke var relevant for konkurransen. Det fremgår imidlertid av tildelingskriteriet at dette var et forhold som inngikk i vurderingen. Klagenemnda er derfor enig med innklagede i at tilgang på materiell for innklagedes elektrikere var et relevant moment i bedømmelsen av tildelingskriteriet.
- (54) Klager har videre anført at det er vanskelig å se at valgte leverandør har tilbudt et raskere logistikkopplegg enn klager, sett hen til blant annet at klager tilbyr både dag- og nattdeling. Det fremgår ikke av begrunnelsen hvorfor valgte leverandørs logistikkopplegg er raskere enn klagers, og innklagede har ikke konkretisert dette overfor klagenemnda selv om klagers anførsler ga en klar oppfordring til dette. Slik saken er opplyst, kan ikke klagenemnda se at innklagede har godgjort at det var relevante forskjeller mellom tilbudene, som begrunnet at klager fikk dårligere uttelling enn valgte leverandør. Slik saken er opplyst er dermed valgte leverandørs uttelling på dette punkt gitt i strid med de rettslige rammene for tilbudsevalueringen.
- (55) Klagenemnda går deretter over til å vurdere om innklagede har brutt regelverket ved bedømmelsen av tildelingskriteriet «*Løsningsforslag*» punkt c. Klager og valgte leverandør fikk begge full uttelling her.
- (56) Klager har forutsatt at valgte leverandør har oppgitt tre telefonnumre som prioritert vakttelefon, fordi valgte leverandør har gjort det på denne måten i andre konkurranser. Valgte leverandørs tilbudte løsning er ikke delt med klagenemnda, men innklagede har opplyst at valgte leverandør ikke har tilbudt en slik løsning i denne konkurransen.
- (57) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å løfte frem og premiere relevante forskjeller mellom tilbudene. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at følgende skulle bli levert som besvarelse av «*Løsningsforslag*» punkt c: «*Tilbyder skal kort redegjøre for tilbudt vaktordning og det skal oppgis prioritert vakttelefonnummer. I begrunnelsen for at klager og valgte leverandør fikk full uttelling ble følgende opplyst: «Beste besvarelse. Redegjort godt for vaktordning og prioritert vakttelefonnummer.»*
- (58) Denne begrunnelsen gir ingen informasjon om hvilke egenskaper ved de to tilbudene som foranlediget uttellingen. De eneste beskrivelsene av egenskaper ved tilbudene er at det er levert en (god) redegjørelse, og at det er oppgitt et prioritert vakttelefonnummer. Det fulgte imidlertid allerede av tildelingskriteriet at tilbudene skulle inneholde dette.

- (59) Innklagede har opplyst at begge tilbudene dekker oppdragsgivers behov, og at uttellingen derfor er fornuftig. Innklagede har imidlertid ikke gitt noen opplysninger om hva dette konkret innebærer og heller ikke forklart hvorfor klagers og valgte leverandørs tilbud ble vurdert som likeverdige på dette punktet.
- (60) Det er ingen holdepunkter for at tilbudene inneholder identiske besvarelser under dette punktet. I så fall er grunnen til at de to tilbudene ble gitt lik uttelling, at de inneholder ulike styrker og svakheter som samlet sett utligner hverandre. Til tross for en klar oppfordring gjennom klagers anførsler, har ikke innklagede redegjort for dette. Innklagede har heller ikke på annen måte vist at relevante forskjeller mellom tilbudene er løftet frem og premiært. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er tilbudsevalueringen dermed foretatt i strid med regelverket.
- (61) Klagenemnda går deretter over til å vurdere bedømmelsen av tildelingskriteriet «*Oppdragsspesifikk kompetanse*» punkt c. Under punkt c skulle leverandørene oppgi hvem som hadde Ekomnettautorisasjon (ENA) i tilbudt team. I begrunnelsen har innklagede opplyst at alle leverandørene har angitt dette i sine tilbud.
- (62) Bakgrunnen for klagers anførsel er at en av de andre leverandørene, VARP, ifølge registeret over foretak med ENA-autorisasjon ikke har personell med slik autorisasjon. Klager mener at dette også skaper tvil om valgte leverandør har slik autorisasjon.
- (63) Valgte leverandørs tilbud opplysning om hvem som har ENA-autorisasjon, er sladdet. Innklagede har ikke fremlagt annen dokumentasjon på at valgte leverandør har tilbudt en person med ENA-autorisasjon, men kun konstatert at det er tilfelle. Ettersom det fremgår av det nevnte registeret at valgte leverandører har personell med ENA-autorisasjon, har klagenemnda under noe tvil konkludert med at innklagede likevel har sannsynliggjort at evalueringen er basert på et korrekt faktisk grunnlag.
- (64) Klagenemnda vurderer til slutt innklagedes begrunnelse for utfallet av konkurransen. Det følger av forskriften § 10-1 første ledd at oppdragsgiver skal gi leverandørene en begrunnelse for valget av leverandør. Av bestemmelsens andre ledd fremgår det at begrunnelsen skal gi en «*redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene*».
- (65) I tildelingsbrevet er det langt på vei kun beskrevet resultater av en evaluering. Det er brukt betegnelser som «*beste besvarelse*» og «*redegjort godt*», men uten å forklare hvorfor disse karakteristikkene er benyttet. Selv om taushetsplikten kan legge begrensninger på begrunnelsesplikten, må oppdragsgiver finne en måte å redegjøre for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler på, i det minste på et overordnet nivå. Dette gjelder særlig siden innklagede har benyttet skjønsmessige tildelingskriterier, hvor det ikke var selvforklarende hvilke egenskaper ved tilbudene som ville bli premiært. Innklagede har ikke gitt en slik redegjørelse. Begrunnelsesplikten i forskriften § 10-1 er dermed også brutt.
- (66) Bruddene på regelverket som klagenemnda har konstatert «*kan*» ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig klager rett på tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Modum kommune har brutt regelverket ved tilbudsevalueringen.

Modum kommune har brutt begrunnelsesplikten, jf. forskriften § 10-1.

Modum kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk