



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avlysning. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallell rammeavtale på grunnentreprenørtjenester. Klager ble først tildelt kontrakt, men deretter avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til miljøledelsessystem. Klager anførte at de var uriktig avvist fra konkurransen, da de i etterkant var blitt sertifisert i henhold til kvalifikasjonskravet på bakgrunn av den samme dokumentasjonen som var oversendt innklagede. Subsidiært anførte klager at konkurransen måtte avlyses som følge av at det var begått feil i konkurransen som ikke kunne rettes på annen måte. Klager fikk medhold i sin subsidiære anførsel.

Klagenemndas avgjørelse 22. februar 2024 i sak 2023/1017

Klager: Storfjord Maskin AS

Innklaget: Sula kommune

Klagenemndas medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

(1) Sula kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. juli 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallell rammeavtale på grunnentreprenørtjenester for drift- og mindre investeringsprosjekter. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.1.2 estimert til cirka 24 millioner kroner over en fireårsperiode.

(2) I konkurransegrunnlaget pkt. 2.2.4.2.3 «Miljø» var det stilt følgende kvalifikasjonskrav:

«*Krav:*

Det er et krav om at tilbyder er sertifisert som miljøfyrtårn, eller Iso 14001

Det må beskrives rutiner tilbyder har rundt miljø, søppel og returordninger

Dokumentasjonskrav:

Fyll ut word skjema beskriv rutiner og stadfest om tilbyder er sertifisert som miljøfyrtårn/ISO14001 eller tilsvarende»

(3) Storfjord Maskin AS (heretter *klager*) stilte 21. august spørsmål gjennom innklagedes konkurransegjennomføringsverktøy:

«*«Det er krav til at tilbyder er sertifisert som miljøtårn, eller Iso 14001», går utifrå at kommunen godtek at ein har starta på sertifiseringa?»*

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (4) Innklagede svarte ut spørsmålet slik:

«Om dere har et miljøsystem så kan dere bruke det som dokumentasjon. Dere kan også beskrive at dere har starta sertifiseringa og når tid dere antar og være ferdig med denne jobben.»

- (5) Spørsmålet var markert som «Privat spørsmål» i konkurransegjennomføringsverktøyet, hvilket innebar at hverken spørsmålet eller svaret ble kommunisert ut til øvrige tilbydere i konkurransen.
- (6) Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.1.4 angitt til 11. september 2023.
- (7) Innklagede mottok 8 tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Storfjord Maskin AS (heretter *klager*). Tildeling ble foretatt 19. september 2023. Klager ble i tildelingen rangert som nr. 1, og dermed hovedleverandør på avtalen.
- (8) Den 25. september ble klager opplyst om at innklagede hadde blitt kontaktet av en annen leverandør som hadde påpekt at klager ikke hadde et sertifisert miljøstyringssystem. Innklagede ba etter dette om mer informasjon om miljøstyringssystemet til klager.
- (9) Klager ettersendte i e-post samme dag en nærmere beskrivelse av sitt miljøstyringssystem. Vedlagt e-posten fulgte også en erklæring på at de var i gang med å sertifisere systemet sitt i hht. «Miljøfyrtårn sine bransjekriterier». Erklæringen var signert av selskapet som bisto klager i gjennomføringen av sertifisering. Vedlagt fulgte også en presentasjon av dokumentasjonssystemet SmartDok som ble benyttet til å bygge miljøstyringssystemet. Dagen etter sendte klager også et utklipp fra systemet.
- (10) Innklagede varslet 27. september at de avlyste tildelingen «for å gjøre en ny gjennomgang av kvalifikasjonskravet, og at ny tildeling vil bli sendt ut etter denne gjennomgangen».
- (11) Den 28. september sendte innklagede ut en ny vurdering av kvalifikasjonskravet:

«SM har ikke levert inn dokumentasjon for at dere er sertifisert etter ISO 14 001. For at kvalifikasjonskravet til miljø skal kunne vurderes oppfylt må SM dermed dokumentere at tilsvarende miljøledelsestiltak som ISO 14 001 eller Miljøfyrtårn er implementert i virksomheten og var dette senest på tidspunkt for tilbudsfristens utløp.

Storfjord Maskin AS har sendt inn beskrivelse av sitt miljøsystem som kan tolkes som et tilsvarende system som ISO 14 001. Det som er sendt inn er vanskelig å tyde om dette systemet er implementert. Det er sendt inn utklipp av miljøsystem kan tyde på er under utarbeiding. Det innsendte materialet består i hovedsak av skjermdumper fra det som for Sula kommune ser ut til å være SmartDok, og inneholder ingen redegjørelse eller beskrivelse for hvorfor dokumentasjonen tilsvarende ISO 14 001 eller Miljøfyrtårn.

Sula kommune finner derfor at opprinnelig kvalifikasjonsvurdering var gjort i strid med FOA. Storfjord Maskin AS har ikke dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til miljø. Sula kommune er dermed forpliktet til å avvise dere fra konkurransen, jf. FOA § 24-2 (1) a.»

- (12) Klager påklaget avgjørelsen i e-post 29. september 2023. Innklagede signaliserte i brev 30. september at de skulle gjøre en ny vurdering av kvalifikasjonskravene, og at det ville

bli sendt ut ny melding om tildeling når dette var gjort. Samtidig var det bedt om at en eventuell klage på avvisningen ble levert innen onsdag 4. oktober.

- (13) Klager sendte utvidet klage på avvisningen 30. september. Den 10. oktober ba innklagede om å få ettersendt en systembekreftelse av miljøledelsessystemet SmartDok, hvilket ble oversendt 11. oktober.
- (14) Innklagede meddelte klager 18. oktober at de ikke tok klagen til følge.
- (15) Klager ble 25. oktober sertifisert som Miljøfyrtårn.
- (16) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. november 2023. I brev 15. november 2023 bekreftet innklagede at de ville avvente kontraktsignering inntil klagenemnda har behandlet klagesaken.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. februar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Den opprinnelige tildelingsbeslutningen var ikke i strid med forskriften § 25-1 fjerde ledd. Innklagede kunne dermed ikke omgjøre beslutningen om å tildele klager kontrakt. Innklagede har plikt til å omgjøre beslutningen om å avvise klager fra konkurransen, og tildele klager kontrakt som hovedleverandør på rammeavtalen.
- (19) Klager oppfyller samtlige kvalifikasjonskrav, herunder kravet med hensyn til miljø og kan ikke avvises i henhold til forskriften § 24-12 første ledd bokstav a.
- (20) Oppdragsgiver har i spørsmål/svar gitt en klar presisering med hensyn til når kravet om sertifisering måtte være oppfylt. Formuleringen kan etter en objektiv fortolkning ikke tolkes på annen måte enn at det måtte anses å være tilstrekkelig at leverandør hadde igangsatt prosessen med sertifisering på tilbudstidspunktet. Det var tilstrekkelig at kravet til sertifisering var oppfylt ved kontraktsignering, eller eventuelt til kontraktsoppstart. Klager oppfylte dermed kvalifikasjonskravet ved å ha igangsatt sertifiseringen. En slik forståelse underbygges av formuleringen i vedlegget til konkurransegrunnlaget, der det fremgikk at valgte leverandør måtte dokumentere at kvalifikasjonskravet var oppfylt etter at ny leverandør var valgt, noe som er nærliggende å forstå som ved kontraktsinngåelse eller kontraktsoppstart.
- (21) Det var uansett uklart for klager om konkurransegrunnlaget stilte krav om at sertifiseringen måtte være oppfylt på tilbudstidspunktet eller ved kontraktsinngåelsen siden svaret på klagers spørsmål ikke var kommunisert til de øvrige tilbyderne og derfor etter innklagedes syn ikke kunne legges til grunn ved tolkningen av kvalifikasjonskravet. Det må i alle tilfeller legges en rimelig fortolkning til grunn, som er at kravet måtte være oppfylt ved kontraktsinngåelsen, til grunn. Det er innklagede som må hefte for uklarheten hva gjelder oppfyllestidspunkt for kvalifikasjonskravene.
- (22) Klager oppfylte under enhver omstendighet kvalifikasjonskravet som var stilt, idet selskapet hadde fremlagt annen dokumentasjon som viste at de oppfylte de underliggende kravene for å bli sertifisert i henhold til Miljøfyrtårn, jf. forskriften § 16-7 tredje ledd.

Dokumentasjonen som innklagede fikk oversendt, var identisk med dokumentasjonen som Miljøfyrtårn i etterkant sertifiserte klager på bakgrunn av.

- (23) Det er ikke riktig at miljøsystemet ikke var tilstrekkelig implementert på tilbudstidspunktet, fordi det ikke var gjort tilstrekkelige tilpasninger i systemet for «*centrale*» avfallskategorier som sement, stål og andre. Disse kategoriene kan ikke regnes som sentrale ut fra en tolkning av konkurransegrunnlaget og de CPV-koder som konkurransen er kunngjort etter. Hvis klagenemnda kommer til at disse kategoriene er sentrale for kontrakten, gjør klager gjeldende at konkurransen er kunngjort under feil CPV-koder. I så tilfelle foreligger plikt til å avlyse konkurransen ettersom inngåelse av kontrakt vil innebære en ulovlig direkteanskaffelse.
- (24) Det var i strid medplikten i forskriften § 14-2 andre ledd siste punktum at svaret om at det var tilstrekkelig å ha igangsatt sertifisering, ikke ble kommunisert til de andre tilbyderne.
- (25) Hvis innklagedes tolkning av kvalifikasjonskravet legges til grunn, anføres det at oppdragsgiver har oppstilt et ulovlig kvalifikasjonskrav. Etter innklagedes tolkning vil ikke annen dokumentasjon for kvalifikasjonskravet enn sertifisering fra uavhengig tredjepart godtas, i strid med forskriften og praksis.
- (26) Det anføres subsidiært at konkurransen må avlyses som følge av at det er begått feil i konkurransen som ikke kan rettes på annen måte. Innklagede svarte ut spørsmålet om miljøledelsessystem «*privat*» kun til klager, og dette er en feil som kan ha hatt betydning for konkurransen. Uansett har innklagede, hvis deres tolkning av kravet legges til grunn, gitt feil informasjon i svaret, noe som innebærer avlysningsplikt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Kvalifikasjonskravet angitt i konkurransegrunnlaget oppstilte et klart og utvetydig «*krav om at tilbyder er sertifisert om miljøfyrtårn eller Iso 14001*». Dette innebærer et krav om sertifisering på tilbudstidspunktet. Konkurransegrunnlaget kan ikke tolkes slik at sertifisering på kontraktstidspunktet var tilstrekkelig for å oppfylle kvalifikasjonskravet.
- (28) Spørsmål/svar kunne ikke tolkes slik at leverandørene også kunne oppfylle sertifiseringskravet på et senere tidspunkt enn tilbudstidspunktet. Innklagede ga i svaret uttrykk for at tilsvarende systemer kunne benyttes som dokumentasjon for oppfyllelse av kravet om sertifisering, i tråd medplikten til å godta alternativ dokumentasjon etter forskriften § 16-7 tredje ledd. Den andre setningen sier at det i tillegg kan beskrives at man har startet sertifisering og når den er ferdig, men angir ikke noe fritak eller lettelse fra kvalifikasjonskravet.
- (29) Dersom man skulle legge klagers tolkning til grunn, ville det dessuten også ha innebåret en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget i strid med forskriften § 14-2.
- (30) Innklagedes svar ble gitt «*privat*», og dermed kun til klager. Ved endringer av konkurransegrunnlaget, må dette naturligvis deles med alle interessenter. Også dette er til hinder for at det kan innfortolkes en endring av kvalifikasjonskravet i kommunens svar.
- (31) Det fremgikk av Word-skjemaet «*kvalifikasjonskrav*», som fulgte som vedlegg til konkurransegrunnlaget, at tilbyderne måtte stadfeste at kravet var oppfylt. Det kan på

bakgrunn av det som stod i skjemaet, ikke ha vært uklart for leverandørene at de i utgangspunktet skulle stadfeste at de var sertifisert på tilbudstidspunktet.

- (32) Klager oppfylte ikke kvalifikasjonskravet om å være sertifisert på tilbudstidspunktet. Klager dokumenterte heller ikke gjennom sitt tilbud eller den ettersendte dokumentasjonen at selskapet hadde et miljøstyringssystem på plass på tilbudstidspunktet som tilsvarer sertifisert som miljøfyrtårn eller ISO 14001 etter forskriftens § 16-7 tredje ledd. Innklagede hadde derfor plikt til å avvise klager fra konkurransen jf. forskriftens § 24-2 første ledd. Klager bærer selv risikoen for opplysningene i tilbudet, jf. forskriftens § 23-3 andre ledd, og har ikke dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.
- (33) Det er ikke av betydning for vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt, at klager i klageprosessen er blitt sertifisert som Miljøfyrtårn.
- (34) Klager hadde ikke rett til å vise oppfyllelse av kvalifikasjonskravet med alternativ dokumentasjon, da de hadde mulighet til å fremskaffe sertifisering i tråd med kravet innen tilbudsfrist, jf. forskriften § 16-7 tredje ledd.
- (35) Det er ikke gitt feil, ny eller annen informasjon i spørsmål/svar. Det er derfor ikke tale om «rettelser, suppleringer eller endringer» av konkurransegrunnlaget som kommunen pliktet å opplyse alle leverandørene om i henhold til § 14-2 andre ledd. Det utgjør derfor ikke et brudd på forskriften og kravet til likebehandling at spørsmål/svar ikke ble formidlet til de øvrige leverandørene. At spørsmål/svar ikke ble formidlet til de andre tilbyderne, har ikke påvirket utfallet av konkurransen, og kan derfor ikke medføre plikt til å avlyse konkurransen.
- (36) Innklagede har ikke oppstilt et ulovlig kvalifikasjonskrav. Det fremgikk av dokumentasjonskravet at innklagede ville godta dokumentasjon for «tilsvarende» system i tråd med forskriftens § 16-7 tredje ledd.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale på grunnentreprenørtjenester for drift- og mindre investeringsprosjekter som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 7.1.3 estimert til 24 millioner kroner, og følger derfor i utgangspunktet lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (38) Innklagede har imidlertid kunngjort konkurransen etter forskriftens del III. Del III innebærer en mer omfattende regulering av anskaffelsesprosessen enn forskriftens del II, og gir leverandørene en berettiget forventning om at disse reglene blir etterlevd. Innklagede har dermed bundet seg til å følge de reglene som følger av forskriftens del III, jf. blant annet klagenemndas sak 2022/924 avsnitt 34 flg. med videre henvisning til EU-domstolens dom i sak C-87/94 (Wallonske busser) premiss 35.

Tidspunktet for oppfyllelse av kravet til miljøsertifisering

- (39) Klagenemnda tar først stilling til klagers anførsel om at kvalifikasjonskravet til miljøsertifisering må forstås slik at det var tilstrekkelig at leverandør hadde igangsatt

sertifisering på tilbudstidspunktet, og at sertifisering dermed var på plass ved kontraktssignering, eventuelt til kontraktsoppstart.

- (40) Hovedregelen er at kvalifikasjonskrav må være oppfylt på tilbudstidspunktet, jf. klagenemndas sak 2023/716 og stornemndsak 2023/852 avsnitt 28. Men en konkret tolkning av kvalifikasjonskravet kan likevel tilsi et annet oppfyllestidspunkt, se klagenemndas sak 2019/597 avsnitt 23 med videre henvisninger.
- (41) Ved tolkningen av kvalifikasjonskravene må det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene, se for eksempel HR-2022-1964 (Flage Maskin) avsnitt 51. Utgangspunktet for tolkningen vil være den objektive forståelsen av ordlyden i konkurransegrunnlaget, men også andre momenter kan ha relevans som for eksempel formålet med anskaffelsen, hva kontrakten går ut på, hvilke dokumentasjonskrav som er satt samt sammenhengen i de ulike bestemmelsene i konkurransegrunnlaget.
- (42) Det var i konkurransegrunnlaget stilt krav om at *«tilbyder er sertifisert som miljøfyrtårn eller ISO 14001»*. I tillegg var det et krav om at leverandørene skulle beskrive hvilke rutiner de hadde rundt miljø, søppel og returordninger. Som dokumentasjon på oppfyllelse av kravet skulle leverandørene fylle ut et word-skjema, beskrive rutiner og stadfeste om de var sertifisert som miljøfyrtårn/ISO 14001 eller tilsvarende.
- (43) Konkurransegrunnlaget inneholdt ingen uttrykkelige bestemmelser om tidspunktet for når kvalifikasjonskravet om *«Miljø»*, skulle være oppfylt. Ordlyden i selve kravet om at *«tilbyder er sertifisert»*, trekker imidlertid klart i retning av at kravet måtte være oppfylt på tilbudstidspunktet. Det at innklagede i word-skjemaet *«Kvalifikasjonskrav»* hadde presisert under alle kravene at *«Valgt tilbyder må dokumentere dette etter at ny tilbyder er valgt»*, må leses i sammenheng med konkurransegrunnlagets pkt. 2.2.2 som at dokumentasjonen av kvalifikasjonskravene først skulle vurderes etter valg av leverandør. Formuleringen i word-skjemaet kan derfor ikke tolkes slik at tidspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene var et annet enn tilbudstidspunktet.
- (44) Klagenemnda kan videre heller ikke se at det opprinnelige konkurransegrunnlaget på dette punkt ble endret gjennom det svaret innklagede ga på klagers spørsmål om det var tilstrekkelig at tilbyder var i en sertifiseringsprosess, jf. avsnitt 3 og 4.
- (45) Det er på det rene at det kan gjøres avklaringer i konkurransegrunnlaget gjennom spørsmål/svar, jf. anskaffelsesforskriften § 14-2 annet ledd. I forlengelsen av dette må også oppdragsgiver anses å være bundet av de avklaringer som blir gitt underveis i konkurransen.
- (46) Klagers spørsmål var markert som *«Privat spørsmål»* i konkurransegjennomføringsverktøyet, hvilket innebar at hverken spørsmålet eller svaret ble kommunisert ut til øvrige tilbydere i konkurransen. Ettersom svaret kun ble sendt direkte til klager, kan ikke det vektlegges i tolkningen av kvalifikasjonskravet, jf. klagenemndas sak 2023/729 avsnitt 50.
- (47) Klagenemnda er etter dette kommet til at konkurransegrunnlaget må forstås slik at kvalifikasjonskravet *«Miljø»* skulle vært oppfylt på tilbudstidspunktet.

Oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til miljøsertifisering med alternativ dokumentasjon

- (48) Klagenemnda tar så stilling til om klager hadde rett til å levere alternativ dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravet om sertifisering som Miljøfyrtårn eller ISO 14001. Innklagede anfører at klager ikke hadde en slik rett som følge av at de hadde mulighet til å få sertifisering og dokumentasjon på dette innen tilbudsfristen.
- (49) Selv om ordlyden i kvalifikasjonskravet med tilhørende dokumentasjonskrav ikke direkte åpnet for at leverandørene kunne dokumentere oppfyllelse på annen måte enn med sertifisering som «*miljøfyrtårn/ISO 14001 eller tilsvarende*», følger det av forskriftens § 16-7 tredje ledd at oppdragsgiver i visse tilfeller skal godta alternativ dokumentasjon:
- «Oppdragsgiveren skal godta annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak eller miljøledelsestiltak dersom leverandøren ikke har mulighet til å få slike attester innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv».*
- (50) Det følger av bestemmelsen at det er et vilkår for alternativ dokumentasjon at leverandøren ikke kan bebreides at det ikke var mulig å få nødvendige attester innen tilbudsfristen. I juridisk teori er det fremhevet som et typisk eksempel på at leverandøren ikke har hatt mulighet til å innhente attest, at det tar lengre tid å få utstedt en slik attest enn den tiden som er til rådighet før fristen til å inngi tilbud løper ut, se Marianne Dragsten (2019), lovkommentar til forskriften § 16-7. Det er leverandøren som har bevisbyrden for at vilkårene for å kunne benytte seg av alternativ dokumentasjon er oppfylt.
- (51) Det fremgår ikke av saksdokumentene at klager forut for klagen til klagenemnda opplyste noe om at de ikke hadde hatt mulighet til å levere bekreftelse på sertifisering innen tilbudsfristen. I klagen til nemnda fremgår det for øvrig at «*Storfjord Maskin kunne fått sertifisering innen 2 til 3 uker, og følgelig innen tilbudsfrist om dette hadde vært et krav fra oppdragsgiver. Se vedlagte e-post som viser at dette ville vært mulig*», jf. klagen side 4 5. avsnitt.
- (52) Klagenemnda er enig med innklagede i at en naturlig tolkning av dette tilsier at klager selv har vært av den oppfatning at det var mulig å innhente nødvendige attester innen fristen, men at det ikke ble forsøkt siden klager la «*til grunn at det var tilstrekkelig å ha igangsatt en prosess med å bli sertifisert for å oppfylle kravet*», jf. klagen side 4, 5. avsnitt.
- (53) Klagenemnda viser for øvrig til at klager hadde vesentlig mer tid til disposisjon for innhenting av attest enn de 2 til 3 ukene som ble antatt tilstrekkelig i den uttalelsen fra sertifisøren som klager har vist til. Det vises her til at konkurransen ble kunngjort 27. juli med tilbudsfrist 11. september hvilket viser at klager hadde over 6 uker på seg til å innhente attest. Klager har dermed ikke sannsynliggjort at klager ikke kunne få den nødvendige sertifiseringen innen tilbudsfristen.
- (54) Klagenemnda er etter dette kommet til at klager ikke hadde adgang til å sende inn alternativ dokumentasjon, og det er da ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om den innsendte dokumentasjonen eventuelt hadde vært tilstrekkelig.
- (55) Klagers anførsel om at innklagede ikke hadde rett til å avvise klagers tilbud fordi klager oppfylte kravet i forskriften § 16-7 tredje ledd fører da ikke frem.

Spørsmål om avlysningsplikt

- (56) Klager har anført subsidiært at konkurransen må avlyses som følge av at det er begått feil i konkurransen som ikke kan rettes på annen måte, ved at innklagede svarte ut spørsmålet om miljøledelsessystem «*privat*» kun til klager.
- (57) Det følger av anskaffelsesforskriften § 14-2 andre ledd siste punktum at «*Opplysninger som gis på forespørsel fra en leverandør, skal sendes til samtlige leverandører som deltar i konkurransen*». Bestemmelsen er et utslag av de grunnleggende prinsippene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4, som også innebærer at oppdragsgiveren har plikt til å behandle alle leverandørene likt gjennom hele konkurransen. Konkurransen skal gjennomføres på en måte som er forutsigbar, og leverandørene skal kunne stole på at den informasjonen de får fra oppdragsgiver er riktig.
- (58) På spørsmål om innklagede godtok at leverandørene hadde startet på sertifisering, svarte innklagede følgende:
- «Om dere har et miljøsystem så kan dere bruke det som dokumentasjon. Dere kan også beskrive at dere har starta sertifiseringa og når tid dere antar og være ferdig med denne jobben.»*
- (59) Innklagede har anført at det ved dette svaret ikke er gitt feil, ny eller annen informasjon i spørsmål/svar, og at det derfor ikke er tale om «*rettelser, suppleringer eller endringer*» av konkurransegrunnlaget som kommunen plikter å opplyse alle leverandørene om i henhold til § 14-2 andre ledd. Klagenemnda er ikke enig i dette. Svaret ga inntrykk av at det var tilstrekkelig å ha påbegynt sertifiseringen for å vise oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, og innebar dermed en endring fra kravet slik det var formulert i konkurransegrunnlaget, se drøftelsen over. At innklagede ikke sendte denne informasjonen til samtlige leverandører som deltok i konkurransen, var dermed i strid med § 14-2 andre ledd siste punktum og likebehandlingsprinsippet. Informasjonen som ble gitt, var dessuten klart misvisende, og i strid med kravet til forutberegnelighet.
- (60) Det følger av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4, at oppdragsgiver har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det er begått en feil som ikke kan rettes opp på annen måte enn avlysning, og det er en nærliggende faktisk mulighet for at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eller at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen. Det vises til HR-2019-1801-A premiss 85, EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) premiss 95, og EU-domstolens saker T-345/03 premiss 149 og T-50/05 premiss 61.
- (61) At klager ble gitt misvisende informasjon om kvalifikasjonskravet til sertifisering, er en feil som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning.
- (62) Klagenemnda mener også at det er en nærliggende faktisk mulighet for at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om ikke feilen var begått. Slik det fremkommer av drøftelsen over, hadde klager tid til å bli sertifisert innen tilbudsfrist, og det er all grunn til å tro at klager hadde fremskyndet sertifiseringsprosessen dersom de hadde fått korrekte opplysninger om kravet til sertifisering da de stilte spørsmål om dette. Anskaffelsen skulle derfor vært avlyst.
- (63) Bruddet som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Sula kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å gi misvisende opplysninger om kvalifikasjonskrav direkte til klager, i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur