



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder prekvalifisering i forbindelse med gjennomføring av konkurranse med forhandling for et felles, digitalt nødnett for brannvesen, politi og helsevesen. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde vært forpliktet til å gjøre en evalueringsmodell fastsatt samme dag som søknadsfristens utløp, kjent for leverandørene. Det ble ikke avdekket brudd på regelverket ved vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2005 i sak 2005/115

Klager: Nordisk Mobiltelefon AS

Innklagede: Justisdepartementet

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Jens Bugge, Per Christiansen

Saken gjelder: Krav til leverandørenes kvalifikasjoner, prekvalifisering

Sakens bakgrunn:

- (1) Justisdepartementet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. desember 2004 en konkurranse med forhandling for levering av et felles, digitalt nødnett for brannvesen, politi og helsevesen. Konkurransen var foranlediget av et stortingsvedtak hvor behovet for et slikt felles nett ble gitt tilkjenne.
- (2) Den 3. januar 2005 offentliggjorde innklagede kvalifikasjonsgrunnlaget for konkurransen. Frist for søknad om deltakelse ble satt til 21. februar 2005.
- (3) I kvalifikasjonsgrunnlagets punkt 7.1 ble kravene for deltakelse i konkurransen fremstilt slik:

"The pre-qualification evaluation will be based on the criteria listed in Section 7.2 (General Criteria) and Section 7.3 (Absolute Minimum Requirements) and Section 7.4 (Relative Minimum Requirements). Candidates who do not meet the absolute minimum requirements, will be rejected. The authority will have the right, but no obligation, to reject Candidates based on the Relative Minimum Requirements."

- (4) De generelle kravene til leverandørens kvalifikasjoner ble presisert på denne måten:

"All the Candidates that wish to qualify for participation in the competition must document technical skills, professional experience within the ICT sector and sufficient financial strength and solidity. The same level of documentation as required in respect of a Single bidder will be required in respect of the Lead Member and Primary Member in case of a Candidate consisting of more than one supplier...In the questionnaire there are detailed questions related to formal criteria with respect to financial robustness,

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdalsgate 1
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

technical skills and professional capabilities in general.”

- (5) I tillegg til ovennevnte krav knyttet til leverandørenes finansielle og økonomiske evne ble det i de generelle kravene forutsatt at hvert medlem av en kandidat kunne vise til tidligere sammenlignbare prosjekter.

- (6) Under beskrivelsen av konkurransens relative krav til kvalifikasjoner fremgikk det at leverandørene måtte dokumentere følgende:

”Implementation of at least one (1) multi-switch digital radio communication network consisting of at least 400 base station sites to a customer during the last 5 years.

Its responsibility for coverage criteria, including geographical coverage and capacity, used in the network(s) referred to above.

Delivery of large-scale public safety radio communication networks to customers within the field of police, fire brigades and health organisations.

At least one delivery in co-operation with a supplier of integrated communication control systems for control rooms...

Its operation and maintenance concept to customers, and the delivery of such services to customers in Europe.”

- (7) Fire leverandører søkte om prekvalifisering, herunder Nordisk Mobiltelefon AS (heretter kalt klager). Klager oppfylte etter innklagedes vurdering, ingen av de relative kravene.

- (8) Innklagede utarbeidet en modell for evaluering av kvalifikasjonskravene, hvor kravene ble vektet. Modellen ble endelig godkjent 21. februar 2005. Denne modellen ble ikke gjort kjent for leverandørene.

- (9) I brev datert 21. mars 2005 ble klager informert om at selskapet som eneste leverandør, ikke oppfylte kvalifikasjonskravene for deltakelse i konkurransen, og at søknaden om deltakelse derfor måtte avvises. Følgende begrunnelse ble gitt for avvisningen:

”The basis for the rejection is NMAS’ non-compliance with the financial requirements, lack of experience with public safety network deliveries and the large element of risks connected to the candidate.”

- (10) Innklagede har for klagenemnda opplyst følgende om vurderingen av risiko knyttet til leverandørenes kvalifikasjoner:

”Grunnen til at dette behandles som et eget punkt i Evalueringsrapporten er at det ikke finnes noen identifiserte risikoelementer når evalueringen starter. Hvert enkelt krav blir evaluert og får en score avhengig av hvor godt det er oppfylt. Hvis den som evaluerer kravet oppfatter kandidatens svar som ufullstendig eller at det er noen forhold ved besvarelsen som bidrar til en viss usikkerhet, så vil kravet bli evaluert slik leverandøren prøver å fremstå (ikke noe fratrekk i score), samtidig som det blir flagget risiko på det konkrete kravet sammen med en beskrivelse av hva usikkerheten består i.

Under evalueringen skal evalueringsteamet dermed vurdere risikoens sannsynlighet og konsekvens. For å få etablert en felles forståelse for risiko er følgende gradering benyttet: Høy, middels, Lav og ingen konsekvens.”

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (12) Det forelå ingen plikt til å avvise klager.
- (13) De generelle kravene kan etter en tolkning av kvalifikasjonsgrunnlaget, ikke anses som absolutte minstekrav. De kravene klager ikke oppfyller, er generelle krav, og innklagede hadde dermed en rett, men ikke en plikt til å avvise klager. Taushet i kvalifikasjonsgrunnlaget kan ikke tas til inntekt for at de generelle kravene skal vurderes som absolutte. Siden klagers tilbud er nyskapende og fordelaktig for innklagede, burde innklagede anvendt sin mulighet til å la klager delta i konkurransen.
- (14) Kvalifikasjonskravene som er benyttet, er i strid med kvalifikasjonsgrunnlaget og anskaffelsesforskriften § 5-5. Kravene sikrer ikke likebehandling og teknologinøytralitet, slik som forutsatt av Stortinget. Kvalifikasjonskravene er uegnet på et teknologisk område som dette, og de utelukker leverandører med nye tekniske løsninger. Formålet med anskaffelsesprosessen og prekvalifiseringen ville gjort det mulig å forskjellsbehandle søkere slik at klager kunne få delta videre.
- (15) Siden samtlige leverandører på ulike måter representerer spesifikke teknologier, kan leverandør og tilbud ikke vurderes atskilt. Klager er et nystartet telekom operatørselskap, men tilbyr fullt konkurransedyktige løsninger. Innklagede har unnlatt å vurdere klagers tilbudte løsning, og dette strider mot kravet til likebehandling.
- (16) Kvalifikasjonskravene gjør det umulig for nyetablerte leverandører å delta i konkurransen. Denne konkurransebegrensningen strider mot regelverkets grunnleggende krav.
- (17) De kvalifikasjonskrav innklagede har anvendt, har ikke i tilstrekkelig grad ivaretatt formålet med anskaffelsen og de overordnede hensyn fastlagt av Stortinget. Kvalifikasjonskravene slik de er fastsatt, ekskluderer klager som leverandør slik at innklagede ikke får mulighet til å vurdere klagers fordelaktige tilbud. På det tidspunktet tilbudene skal vurderes, vil klager kunne vise til erfaringer knyttet til et telenett i drift.
- (18) Kvalifikasjonsgrunnlaget la ikke opp til en vurdering av ”risiko”. Innklagede hadde følgelig ikke anledning til å legge vekt på risikoelementet i vurderingen av klagers kvalifikasjoner.
- (19) Innklagede fastsatte kriterier for skjønnsutøvelsen før fristen for å innlevere søknad om prekvalifisering løp ut. Disse kriteriene skulle derfor vært gjort kjent for leverandørene. Klager ville ikke deltatt i konkurransen om kriteriene var kjent.
- (20) Klagenemnda bes uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (22) Kvalifikasjonsgrunnlaget gir ingen opplysninger om hva som skjer når de generelle kravene ikke oppfylles. Regelverket for offentlige anskaffelser må derfor legges til grunn, og de generelle kravene må vurderes som ordinære kvalifikasjonskrav. Klager oppfylte ikke de generelle kravene for deltakelse i konkurransen og måtte følgelig avvises, jf forskriftens § 8-12 (1) bokstav a.
- (23) Kvaliteten på de tilbudte løsninger skal vurderes i tildelingsfasen og skal ikke tillegges vekt i vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Klagers anførsler knyttet til eget tilbud er derfor irrelevante. Slik konkurransen er lagt opp, skal kvalifikasjonene vurderes før tilbud inngis. Innklagede hadde derfor ikke anledning til å legge vekt på at klager på et senere tidspunkt vil kunne oppfylle enkelte kvalifikasjonskrav.
- (24) Årsaken til at klager fikk dårlig uttelling på de generelle kravene, var at klager ikke oppfylte kravene som ble stilt til "lead member".
- (25) Klagers firma har i seg selv ikke den nødvendige økonomiske styrke, og har heller ikke kunnet stille noen morselskapsgaranti. Dette innebærer en stor risiko for oppdragsgiver, og er ikke tilstrekkelig til at klager oppfyller kravene stilt til økonomisk stilling.
- (26) Klager har ingen referanser fra sammenlignbare leveranser og oppfyller følgelig ikke dette kravet.
- (27) Det ville vært i strid med likebehandlingskravet å se bort fra den mangelfulle oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene.
- (28) Risiko er ikke et eget kvalifikasjonskrav, men risikoelementer identifisert under de enkelte kvalifikasjonskravene ble samlet i et eget kapittel. Dette handler kun om organisering av vurderingen, og nye momenter er ikke trukket inn. I klagers søknad om prekvalifisering er det identifisert 31 risikoelementer. Hele 14 av disse må regnes som høyrisikoelementer. Den nest dårligste aktørens tilsvarende antall var 13 risikoelementer, hvorav ett i kategorien høy og ett i medium.
- (29) Denne konkurransen stiller strenge krav til leverandørens prestasjoner. Økonomiske kontraktsbruddssanksjoner er i liten grad tilfredsstillende da menneskeliv kan gå tapt ved mangelfull ytelse. Innklagede mener derfor at det var maktpåliggende å stille strenge krav til leverandørens kvalifikasjoner.
- (30) Det er korrekt at den nærmere modellen for evaluering av om kvalifikasjonskravene var oppfylt, ble utarbeidet i perioden før fristen for søknad om prekvalifisering. Vektingen ble imidlertid avgjort først etter utsendelse av kvalifikasjonsgrunnlaget. Innklagede var følgelig ikke forpliktet til å offentliggjøre disse opplysningene. Kravene ble ikke endret underveis i prosessen, og vurderingen av kravene ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.

Plikten til å offentliggjøre modellen for evaluering av kvalifikasjonskravene

- (32) Klagenemnda oppfatter innklagedes fremstilling slik at innklagede har evaluert leverandørenes kvalifikasjoner på grunnlag av en modell med vekting av de ulike kravene. Det er opplyst at denne modellen ble endelig godkjent 21. februar 2005, samme dag som fristen for å søke om prekvalifisering løp ut. Det følger av kravet til forutberegnelighet at når oppdragsgiver på forhånd har fastsatt en vekting av kvalifikasjonskravene, skal denne gjøres kjent for leverandørene. I denne saken ble imidlertid ikke evalueringsmodellen endelig fastsatt før samme dag som søknadsfristen løp ut, og en eventuell fremleggelse etter dette tidspunkt ville ikke hatt betydning for leverandørenes mulighet til å forutse utfallet av prekvalifiseringen. Klagenemnda finner derfor at innklagede ikke var forpliktet til å gjøre modellen for kvalifikasjonsvurderingen kjent for leverandørene.

Vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner

- (33) Regelverket for offentlige anskaffelser legger opp til at leverandørenes skikkethet til deltakelse i konkurransen skal vurderes på grunnlag av deres kvalifikasjoner, og anerkjenner følgelig denne begrensningen av konkurransen. Vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner skal foretas uten at det tas hensyn til leverandørenes tilbud.
- (34) Kravet til likebehandling forutsetter videre at kvalifikasjonskravene vurderes på samme måte overfor samtlige leverandører i konkurransen. Regelverket åpner følgelig ikke for at kvalifikasjonskravene anvendes lempeligere overfor enkelte leverandører.
- (35) Formålet med en kvalifiseringsfase er å bringe på det rene hvilke leverandører som har de nødvendige kvalifikasjoner til å utføre ytelsen kontraktsmessig. Selv om det opereres med enkelte "relative kvalifikasjonskrav", må utgangspunktet være at kravene som stilles i kvalifikasjonsgrunnlaget skal være oppfylt ved kvalifikasjonsvurderingen. Sett i lys av formålet med kvalifikasjonsfasen og de krav til leverandørenes kvalifikasjoner som er listet opp i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 5-10 og 5-11, kan det ikke fremstå som uventet at en manglende oppfyllelse av de generelle kravene til deltakelse innebærer at leverandøren ikke anses kvalifisert. Innklagede må dermed anses for å ha hatt en plikt til å avvise leverandører som ikke oppfylte de generelle kravene, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 8-12 (1) bokstav a.
- (36) Oppdragsgiver har en betydelig skjønnsfrihet med tanke på hvor strenge krav som skal stilles til leverandørenes kvalifikasjoner for å skape sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse. Klagenemnda har ikke grunnlag for å fastslå at kvalifikasjonskravene i denne konkurransen har vært stilt uforholdsmessig høyt.
- (37) I den konkrete vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner må oppdragsgiver tillegges en betydelig frihet. All den tid risiko ble vurdert på grunnlag av etterspurt

dokumentasjon, finner ikke klagenemnda at innklagedes fremgangsmåte er i strid med regelverket.

Konklusjon:

Justisdepartementet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise Nordisk Mobiltelefon AS som deltaker i konkurransen om levering av nødnett.

For klagenemnda,
20. juni 2005

Andreas Wahl