



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling med prekvalifisering om konsulenttjenester i forbindelse med en tiltaksplan for forurensede sedimenter i Oslo havnedistrikt. Anskaffelsen var etter sin art omfattet av forsyningsforskriften slik at det var lov om offentlige anskaffelser som regulerte anskaffelsen. Klagenemnda kom til at en frist på 11 virkedager til å inngi en forespørsel om deltakelse (prekvalifisering) var tilstrekkelig selv om fristen løp over romjulen. Innklagede hadde benyttet kvalifikasjonskravet "gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området". Klagenemnda fant at kvalifikasjonskravet ikke var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser i det konkrete tilfellet. Innklagede hadde ikke gitt tilfredsstillende begrunnelse for valget av hvilke leverandører som skulle inviteres til å inngi tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 21. november 2005 i sak 2005/92

Klager: Promitek AS

Innklaget: Oslo kommune v/Oslo Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder:

Frist for forespørsel om deltakelse. Lovlige kvalifikasjonskrav. Begrunnelse

Bakgrunn:

- (1) Oslo Havn KF (heretter kalt innklagede) har hatt ansvaret for å lede en kommunal prosjektgruppe som skal lage en helhetlig tiltaksplan for forurensede sedimenter i Oslo havnedistrikt. I den forbindelse hadde innklagede behov for å knytte til seg konsulentbistand. Innklagede anslo verdien av konsulentbistanden til å være kr. 300.000.
- (2) Anskaffelsen ble kunngjort i Doffin-databasen 22. desember 2004 som en konkurranse med forhandling under EØS-terskelverdiene. I kunngjøringen var det angitt at det først skulle foretas en prekvalifisering og utvelgelse av de leverandørene som skulle inviteres til å delta i konkurransen. Det fremgikk av kunngjøringen at innklagede ville invitere tre leverandører til å inngi tilbud.
- (3) Om kontraktens gjenstand står det i kunngjøringen:

"(...) faglig bistand i forhold til å skaffe oversikt over og velge ut relevant foreliggende grunnlagsmateriale og sammenstilling av materialet. Det er

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdahls gate 1
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

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

nødvendig å frambringe tilfredsstillende kostnadsberegning over alternative løsninger, samt å vurdere miljønivå som kan oppnås for disse alternativene.”

- (4) I kunngjøringen ble det blant annet stilt følgende kvalifikasjonskrav:

”Kompetanse på forurensede sedimenter og oppryddingsalternativer. Kompetanse på beregning av anleggskostnader. Kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området.”

- (5) Frist for forespørsel om deltakelse var satt til 7. januar 2005. Innen fristens utløp var det syv leverandører som anmodet om deltakelse. En av leverandørene var Promitek AS (heretter kalt klager) som 23. desember 2005 sendte inn forespørselen om deltakelse.

- (6) Samtlige leverandører ble ansett å være kvalifiserte. Innklagede valgte ut fire leverandører til selve konkurransen. Klager var ikke en av de som var valgt ut, noe som ble meddelt klager ved brev 18. januar 2005. I brevet ble det ikke gitt noen begrunnelse for dette. Klager ba i telefaks av 24. januar 2005 om en begrunnelse for valget. Dette brevet ble besvart av innklagede ved brev av 3. februar 2005. I brevet fremgår det blant annet:

”Når det gjelder Promitek var kvalifikasjonene tilfredsstillt, men Deres firma var ikke blant de utvalgte til konkurransen”.

- (7) Klager var ikke fornøyd med innklagedes svar og ved telefaks 17. februar 2005 ble det blant annet bedt om en begrunnet tilbakemelding og om en kopi av evalueringsprotokollen. Etter purring fra klager 14. mars 2004 besvarte innklagede telefaksen ved brev av 1. april 2005. Fra brevet hitsettes:

”Vi har meddelt Dem tidligere i brev av 3. februar 2005 at Deres firma ikke ble utvalgt blant de kvalifiserte til videre forhandlinger. Mer informasjon er vi ikke pliktig til å gi.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Anskaffelsen er et delarbeid i arbeidet med å utarbeide en helhetlig tiltaksplan for forurensede sedimenter i hele Oslo havnedistrikt. Dette arbeidet er omfattende og ligger klart over forsyningsforskriftens terskelverdier. Innklagede har deltatt i prosjektet siden mai 2004 og deltar fortsatt pr. mai 2005. Arbeidet skjer med grunnlag i pålegg fra Statens forurensningstilsyn og fremdrift og omfang er derfor ikke betinget av politiske beslutninger hos innklagede. Saken har også vært behandlet i byrådet i byrådssak 1310/04 ”Tiltak i forbindelse med forurensede bunnsedimenter i Oslo havnebasseng”. Forsyningsforskriften kommer derfor til anvendelse.
- (10) Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 24 annet punktum ved å fastsette en for kort frist for å fremsette forespørsel om deltakelse. Fristen gikk over jul og

nyttår, noe det må tas hensyn til ved vurderingen av om fristen har vært tilstrekkelig.

- (11) Kvalifikasjonskravet "kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området" er i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5 som setter krav til ikke-diskriminerende kriterier, og forsyningsforskriften § 23 første ledd som fastsetter at utvelgelsen av leverandører skal skje i samsvar med objektive kriterier som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører. Det å kreve lokal kunnskap er ikke et objektivt kriterium for å kunne gjennomføre de generelle vurderingene som oppdragsbeskrivelsen tilsier. Kravet vil på bakgrunn av den korte fristen, gjøre det umulig for en del leverandører å skaffe seg nødvendig kunnskap om utførte arbeider i det aktuelle området. Oslo havn KF opplyser heller ikke noe mer konkret om hvilke undersøkelser det her siktes til, og om dette er offentlig tilgjengelig informasjon. Innklagede har videre endret innholdet av kravet etter kunngjøringen ved at det er lagt vekt på "allmenn kjennskap til problematikken" og ikke "i det aktuelle området".
- (12) En "best mulig konkurransesituasjon" er ikke et lovlig utvelgelseskriterium da det verken er forutberegnlig eller etterprøvbart.
- (13) Klager har ikke fått en begrunnelse på hvorfor klager ikke ble valgt ut til å delta i konkurransen. Dette er i strid med forsyningsforskriften § 31 annet ledd. Det vises til klagenemndas sak 2003/225. Klager har ikke fått vite på hvilke utvelgelseskriterier som klager skilte seg ut fra de valgte leverandørene. Det er heller ikke i begrunnelsen angitt at de fire valgte leverandørene var de fire best kvalifiserte eller hvilke forhold ved de tre andre leverandørene som gjorde at disse ikke ble invitert til å inngi tilbud.
- (14) Er regelverket for offentlige anskaffelser brutt, bes klagenemnda uttale seg om vilkårene for erstatning er til stede.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (16) Anskaffelsens verdi ligger under forsyningsforskriftens terskelverdier. Det er dermed bare lov om offentlige anskaffelser som regulerer anskaffelsen. Anskaffelsen av konsulentbistand til å utarbeide tiltaksplanen kan ikke sees på som en del av en større anskaffelse. Tiltaksplanen vil bli gjenstand for politisk behandling. Under den politiske prosessen vil det bli besluttet om tiltak skal iverksettes og om rådene i tiltaksplanen skal følges opp. Tiltaksplanen må karakteriseres som et forprosjekt og det er usikker om ytterligere arbeider vil bli iverksatt. Det er per i dag ikke fattet noen politisk beslutning om gjennomføring av tiltak.
- (17) Lov om offentlige anskaffelser inneholder ikke frister for å fremsette forespørsel om deltakelse. Fristen var tilstrekkelig lang til å sikre likebehandling og konkurranse mellom aktuelle leverandører og bestod av flere ordinære arbeidsdager. Det vises til at klager sendte inn forespørsel ca. to uker før fristen gikk ut. Innen fristen hadde innklagede fått inn forespørsler fra ytterligere seks leverandører.

- (18) Det ble satt krav til "kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området" fordi det ble antatt å være en forutsetning for en vellykket resultat at aktuelle leverandører hadde en viss forkunnskap. Innklagede la til grunn at en leverandør ville bruke for lang tid på å orientere seg om hvilke personer/organer/miljøer man måtte henvende seg til for å finne frem til riktig materiale dersom man overhodet ikke hadde slik forkunnskap. "Kjennskap til" er ikke noe sterkt uttrykk og kravet står i forhold til den ytelsen som skal leveres. Problematikken er velkjent i relevante miljøer og mange leverandører vil derfor kunne tilfredsstille kravet. Alle leverandørene tilfredsstilte kravet.
- (19) Innklagede har ikke endret kvalifikasjonskravet etter kunngjøringen. Kravet ble kun noe annerledes formulert i tilsvaret inngitt under klagenemndsbehandlingen.
- (20) Innklagede står relativt fritt ved utvelgelsen av hvilke leverandører som skal delta i konkurransen. Det vises til NOU 1997:21. Innklagede la vekt på hvem som var relativt sett best kvalifisert. Av hensynet til å få en best mulig konkurransesituasjon ble fire leverandører invitert til forhandlingene. "En best mulig konkurransesituasjon" var imidlertid ikke et utvelgelseskriterium.
- (21) Loven oppstiller ikke konkrete krav til begrunnelse ved oppdragsgivers avgjørelse av hvem som skal innbys til å inngi tilbud. Klager har fått tilstrekkelig begrunnelse for valget.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

- (23) Anskaffelsen er etter sin art omfattet av forsyningsforskriften. Hvorvidt anskaffelsen overstiger forsyningsforskriftens terskelverdier er avhengig av om kontrakten om konsulentbistand må anses som et delarbeid som et del av en større anskaffelse.
- (24) Selve arbeidet med opprydding av forurensede bunnsedimenter vil være bygge- og anleggsarbeider. Kontrakten om konsulentbistand vil derimot være en tjenestekontrakt. Klagenemnda uttalte i sak 2003/109 at klagenemnda ikke kunne se at det er grunnlag for å legge sammen verdien av tjenestekontrakten med verdien av eventuelt senere bygge- og anleggsarbeider ved vurderingen av anskaffelsens verdi. Klagenemnda legger samme oppfatning til grunn i herværende sak. Ved vurderingen av hvilket regelverk som kommer til anvendelse skal det derfor ikke sees hen til verdien av de etterfølgende bygge- og anleggsarbeidene. Verdien av kontrakten om konsulentbistand er under forsyningsforskriftens terskelverdier. Etter dette er det kun lov om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse på konkurransen.

Fristen for mottak av forespørsler

- (25) Innklagede satte en frist for mottak av forespørsler på 14 dager fra 22. desember 2004 til 5. januar 2005. Utgangspunktet for vurderingen av om fristen er i samsvar med regelverket er at konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god

forretningsskikk og sikre at det ikke finner sted noen forskjellsbehandling av leverandørene, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5.

- (26) Ved vurderingen av om fristen er tilstrekkelig lang, vil det være særlig relevant å se hen til hvor omfattende dokumentasjon som kreves innlevert innen fristen for forespørsel om deltakelse går ut.
- (27) Fra kunngjøringen ble tatt inn i DOFFIN-databasen og frem til fristens utløp legger klagenemnda til grunn at det var 11 virkedager disponibelt for potensielle leverandører, hvorav fem av virkedagene var i romjulen. Innenfor denne fristen måtte leverandørene vurdere om anskaffelsen var av interesse, innhente HMS-erklæring og skatteattester og sende inn dette sammen med årsberetning, organisasjonsplan og opplysninger om kompetanse på forurensede sedimenter og oppryddingsalternativer m.v. Selv om fristen løp i romjulen, finner ikke klagenemnda at fristen, sett på bakgrunn av den dokumentasjonen som skulle fremlegges, har vært så kort at dette kan ha medført at kvalifiserte leverandører ikke har fått rimelig anledning til å delta i konkurransen. Selv om det ikke har vært avgjørende for vurderingen, vises det til at klager allerede dagen etter kunngjøringen var i stand til å inngi en forespørsel om deltakelse.

Kvalifikasjonskrav

- (28) Innklagede hadde fastsatt ”kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området” som et kvalifikasjonskrav i konkurransen. Innklagede har stor grad av frihet i valget av hvilke kvalifikasjonskrav som er nødvendige og hensiktsmessige i konkurransen. Kvalifikasjonskravene må imidlertid ikke være diskriminerende, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5 fjerde ledd, eller i strid med kravet om likebehandling, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd. Kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd innebærer videre at kravet må stå i forhold til ytelsen som skal leveres.
- (29) Innklagede har benyttet ”kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området” som kvalifikasjonskrav. Hvorvidt dette er et lovlig kvalifikasjonskrav avhenger av hvordan kvalifikasjonskravet er å forstå. ”Kjennskap til” er et svakere uttrykk en ”erfaring med”, og kjennskap til gjennomførte kartlegginger og arbeider i det aktuelle området kan tilegnes gjennom fremskaffelse av dokumentasjon om gjennomførte kartlegginger og arbeider i området. Alle leverandører har derfor mulighet for å tilegne seg tilstrekkelig kjennskap til problemstillingene og dermed oppfylle kvalifikasjonskravet. Når dette er sagt, understrekes det at kjennskap til lokale forhold kan være diskriminerende, men slik saken er fremlagt for klagenemnda finner nemnda ikke at dette er tilfellet her. Klagenemnda vil også understreke viktigheten av at kvalifikasjonskravene er presist utformet, men finner altså ikke grunnlag for å konstatere brudd på reglene i dette konkrete tilfellet.
- (30) Selv om innklagede under klagebehandlingen for klagenemnda har beskrevet kvalifikasjonskravet noe annerledes enn det var angitt i kunngjøringen, finner klagenemnda ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har endret kvalifikasjonskravet i ettertid.

Begrunnelse

- (31) Kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 medfører at klager har krav på å få en begrunnelse for hvorfor klager ikke ble valgt ut til å delta i den videre konkurransen. Innklagede har kun informert klager om at klager ikke er utvalgt uten en nærmere begrunnelse for valget innklagede foretok. Dette er ikke tilstrekkelig til å oppfylle begrunnelsesplikten da denne informasjonen ikke er tilstrekkelig til at klager kan etterprøve om utvelgelsen av deltakere er gjort i henhold til regelverket. Begrunnelsen må inneholde opplysninger om på hvilke punkter de valgte leverandørene skilte seg ut i forhold til klager.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Oslo Havn KF har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandører som ble invitert til å delta videre i konkurransen.

Klagenemnda
21. november 2005

Svein Dahl