



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygging av ny gang- og sykkelvei, samt opprustning av vann- og avløpsanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ved at det ikke var gitt noen begrunnelse for valg av tilbud. Innklagede hadde videre brutt kravet til forutberegnelighet ved å opplyse om at det ville bli gitt klagefrist for å påklage den nye tildelingsbeslutningen, uten at det faktisk ble gitt en slik klagefrist. Forøvrig førte ikke klagers anførsler frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. januar 2007 i sak 2006/33 – 23

Klager: Mesta AS

Innklaget: Tjøme kommune

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven, Jakob Wahl

Saken gjelder: Hvilket regelverk som kommer til anvendelse. Kvalifikasjons- og tildelingsvurdering. Spørsmål om plikt til fremleggelse av evalueringsmatriser. Begrunnelse. Forutberegnelighet. Spørsmål om avvisning av valgte leverandør.

Bakgrunn:

- (1) Tjøme kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. oktober 2005 en åpen anbudskonkurranse for bygging av ny gang- og sykkelvei på Hvasser, samt opprustning av vann- og avløpsanlegg i området.
- (2) Fra konkurransegrunnlagets punkt 4.3 "Prosjektets omfang" hitsettes:

"Det skal bygges ny gang- og sykkelveg og fortau på strekningen fra Hvasser skole til Krukehavn. Samtidig skal VA anlegget i området opprustes ved en til dels sanering av eksisterende felles avløpsanlegg og bygging av nytt separatsystem, bygging av sjøledning og pumpestasjon. Tilhørende stikkledningsanlegg skal oppgraderes. Bryggeområdet i Krukehavn oppgraderes. Videre omfatter prosjektet arbeider med kabelgrøfter og montasje av fundamenter for veibelysning og skap.

Følgende arbeider skal utføres:

- Ca 1000 m hovdetrase med GS veg fortau og VA anlegg
- Sjøledning Krukehavn 170m
- Opsjon VA sanering for to tilknyttede sideveger, en med mindre pumpestasjon
- 49 stk spillvann/overvannskummer

- *Utomhusarbeider for Krukehavn bryggetorg*
- (3) Om "ANBUDSREGLER" stod det følgende i konkurransegrunnlagets punkt 6.0:
- "Anbudet sendes ut som åpent anbud til entreprenører som tilfredsstiller kravene under pkt. 4.5.
NS3400 gjelder generelt for anbuds-konkurransen."*
- (4) Fra konkurransegrunnlagets punkt om "Kvalifikasjonskrav" hitsettes:
- "Anbyder skal fokusere på de punktene som framkommer nedenfor. Er ikke anbyder kvalifisert etter punktene nedenfor, vil ikke anbudet gå videre i konkurransen.*
- *[...]*
 - *Kredittvurdering – skal dokumentere at firmaet er kredittverdig."*
- (5) I henhold til konkurransegrunnlagets punkt 3.1 "Anbudsskjema" skulle leverandørene fylle inn tilbudsprisene sine. Fra anbudsskjemaet hitsettes:
- "[...]*
- Kap 20 Kabelgrøft/trekkerør/fundamenter*
- [...]"*
- (6) Kontrakt skulle tildeles den leverandøren som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende ikke-prioriterte tildelingskriterier:
- "*
- *Pris*
 - *Fremdrift*
 - *Firmaets kredittverdighet*
 - *Kvalitet*
 - *Service*
 - *Oppfølgingskostnader*
 - *Teknisk bistand*
 - *Fleksibilitet*
 - *Samarbeidsevne"*
- (7) Innen tilbudsfristens utløp 7. november 2005 var det kommet inn tilbud fra fire leverandører, herunder fra Mesta AS (heretter kalt klager) og Entreprenørfirma Haakon Skuggedal AS (heretter kalt Skuggedal) som senere ble tildelt kontrakt.
- (8) Vedlagt Skuggedals tilbud fulgte en kredittvurdering fra Dun & Bradstreet. Av kredittvurderingen fremkom følgende:

"RATING

Rating	B
Kreditt-limit (1000)	0

Aktuell hendelse

Nei

Delbedømmelser

Grunnfakta
VELETABLERT

Eier/Juridisk
BRA

Økonomi
TILFREDSSTILLENDE

Betalingserfaring
TVILSOM

- (9) Av Dun & Bradstreets hjemmeside fulgte at ratingkode B har betydningen "Kreditt mot sikkerhet". Videre fremkom det at ratingkode ble bestemt ut fra en kombinasjon av de fire delbedømmelsene.

- (10) Vedlagt tilbudet fulgte også et brev fra Skuggedals bankforbindelse. I brevet stod det:

"Foretaket er innvilget garantiramme hos oss og vi har stillet de entreprenørgarantier som foretaket har hatt behov for."

- (11) I brev av 9. november 2005 til innklagede, ga innklagedes konsulent en vurdering av de innkomne tilbud. Fra brevet hitsettes:

"Haakon Skuggedal

[...]

All dokumentasjon som det er bedt om i kapittel 1, "Kvalifikasjonskrav" er vedlagt. I forhold til kredittvurdering er firmaet rated med klasse B kreditt mot sikkerhet ihht Dun&Bradstreet sitt ratingsystem.

For øvrig foreligger bekreftelse fra bank om bankgaranti. Firmaets kredittverdighet bør sjekkes nærmere."

- (12) Klager ble i brev datert 2. desember 2005 meddelt at Skuggedal var valgt som leverandør. I brevet var det gitt klagefrist til 9. desember 2005.

- (13) Klager ba i brev av 6., 8. og 9. desember om en begrunnelse for innklagedes valg. I brevet datert 9. desember ble i tillegg innklagedes tildeling påklaget.

- (14) Innklagedes konsulent besvarte klagers henvendelse av 9. desember i brev datert 13. desember 2005. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for innklagedes valg av tilbud. I brevet stod det følgende:

"[...] Vi kan ikke se at det i anskaffelsesforskriften eksisterer noen bestemmelse som pålegger byggherre å utlevere anbudsdokumentene til konkurrerende firma. Jfr forskrift om offentlige anskaffelser §3-2 og 3-3 er det derimot tvilsomt om dette kan tillates.

[...]

Det stilles i Deres henvendelse spørsmålstegn ved om Skuggedal er å betrakte som kredittverdig. Det er gjort undersøkelser og vurderinger rundt firmaet. Ved anbuds innlevering stod firmaet med rating B som er kreditt mot sikkerhet.

*Firmaet får alle nødvendige garantier fra sin Bankforbindelse
Firmaet har gjort en strukturell endring og har knyttet til seg rådgiver for å bedre driften
Firmaet har gjort opp utestående gjeld.*

Det er forventet at firmaet vil inneha rating A etter Dun & Bradstreet sitt rating system en av de nærmeste dagene.

Vi ser ikke at manglende kredittverdighet er forkastelsesgrunn.”

- (15) Den 14. desember 2005 ble det fattet følgende vedtak i Kommunestyret:

”Anbudet fra Håkon Skuggedal AS antas. Formannskapet gir administrasjonen fullmakt til å inngå kontraktsforhandlinger og igangsette anleggsarbeidene straks.”

- (16) Klager sendte 15. desember 2005 en ny klage på innklagedes tildelingsbeslutning.

- (17) Innklagedes konsulent besvarte henvendelsen samme dag, og sendte likelydende brev til de øvrige tilbyderne. Fra brevet hitsettes:

”Vi ser at det er behov for en ny gjennomgang av anbudene. I denne prosessen vil vi vurdere grundig om den enkelte entreprenør er kvalifisert. De som vi finner kvalifisert, vil bli evaluert på alle tildelingskriteriene – den som har det økonomiske beste tilbudet blir valgt.

Etter en ny gjennomgang er gjort og resultatet av denne er meddelt tilbake, vil det bli gitt ny klagefrist.”

- (18) Den 22. desember 2005 sendte innklagedes konsulent et brev til innklagede med en ny vurdering av tilbudene. I brevet stod det blant annet følgende:

”Gjennomgang av kvalifikasjonskrav

Haakon Skuggedal

All dokumentasjon som det er bedt om i kapittel 1, ”Kvalifikasjonskrav” er vedlagt. I forhold til kredittvurdering er firmaet rated med klasse B, kreditt mot sikkerhet ihht. Dun&Bradstreet sitt ratingsystem. Det oppgis fra firmaets representant (e-post 12. desember) at all utestående gjeld [er] gjort opp. Ny vurdering fra D&B pr 21. desember 2005 viser rating A.

Foretakets bankforbindelse stiller alle nødvendige garantier.

Firmaet vurderes som kvalifisert til å delta i konkurransen.

[...]

Evaluering

Det er gjort en evaluering etter oppsatt tabell under poenggivning.

Med hensyn til pris er maks poeng multiplisert med forholdet med mellom laveste pris aktuell anbyder.

Tildelingskriterie	Maks poeng	Skuggedal	MESTA	[...]
• Pris	100	100	80	[...]
• Fremdrift	20	20	20	[...]
• Kvalitet	10	10	10	[...]
• Oppfølgingskostnader	10	8	10**	[...]
• Firmaets kredittverdighet	10	1	10	[...]
• Service	5	5	5	[...]
• Teknisk bistand	5	5	5	[...]
• Fleksibilitet	5	5	5	[...]
• Samarbeidsevne	5	3	5	[...]
SUM	170	157	150	141

[...]

Alle firmaene er kvalifisert til å utføre oppdraget. Tjøme kommune er godt kjent med både Arne Olav Lund og Mesta og er godt fornøyd med begge firmaene. Begge firmaene fremstår som solide og seriøse.

Skuggedal har oppgitt referanser som er sjekket og man er godt fornøyd med utført arbeide. Det oppgis bla. at firmaet har vært kreativt med å bidra med løsninger i anleggsfasen. Det har imidlertid vært noe uenigheter om tilleggsarbeider.

Samlet vurderes tilbudet fra Skuggedal som det økonomisk mest fordelaktige for Tjøme kommune.”

- (19) Klager ble i brev av 3. januar 2006 meddelt at Skuggedal var valgt som leverandør også etter den nye evalueringen. Fra brevet hitsettes:

”Etter en gjennomgang av hele anbudsprosessen er det med grunnlag i NS 3400 og tilbudsgrunnlagets bestemmelser angående kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier og vår vurdering av de innkomne anbud, besluttet å inngå kontrakt med entreprenørfirma Håkon Skuggedal.

Oppdraget er bestilt og vil bli igangsatt så snart som mulig.”

- (20) Klager påklaget tildelingen via sin advokat i brev datert 10. januar 2006.

- (21) Kontrakt ble inngått mellom innklagede og Skuggedal 12. januar 2006.

- (22) I brev av 17. januar 2006 meddelte innklagede til klagers advokat at klagen ikke ble tatt til følge.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (23) Anskaffelsen omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616. Etter forskriftsendringen av 9. september 2005, med ikrafttredelse 20. oktober 2005, gjelder forskrift om offentlige anskaffelser nå alle kommunale innkjøp, det vil si også ved innkjøp innen forsyningssektoren, jf nytt 2. ledd i forsyningsforskriften av 5. desember 2003 nr. 1424 § 3.
- (24) Dersom det forutsettes at forskriftsendringen ikke er relevant for anskaffelsen, vil forskrift om offentlige anskaffelser likevel komme til anvendelse. Verdimessig er vann- og avløpsdelen av anskaffelsen underordnet anskaffelsen av gang- og sykkelsti. 60 % av kostnadene i klagers opprinnelige tilbud gjaldt gang- og sykkelvei, mens 40 % gjaldt vann- og avløp. Hoveddelen av anskaffelsen faller således innenfor klassisk sektor. Det er galt når innklagede har delt kostnadene i anbudsskjemaets kapittel 20 – kabelgrøft/trekkerør/fundamenter – på to. Den klare hoveddelen av disse kostnadene relaterer seg til gang- og sykkelvei.
- (25) Uansett har innklagede gjennom brevvekslingen i desember 2005 forpliktet seg til å følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser.
- (26) Under enhver omstendighet er innklagede bundet av de grunnleggende reglene nedfelt i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (27) Innklagede har sammenblandet kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Dette er et klart brudd på forskriftens § 15-2, jf § 12-5. Videre innebærer det et brudd på lovens § 5 i det innklagede ikke har gjennomført konkurransen i henhold til de spilleregler som er oppstilt i konkurransegrunnlaget.
- (28) Innklagede har brutt forskriftens § 17-2 og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved at bare tildelingskriteriet pris er evaluert.
- (29) I vurderingen datert 22. desember 2005 skilles det riktignok mellom kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsvurderingen. Videre evalueres alle tildelingskriterier, ikke bare pris. Spørsmålet er etter dette om feilen knyttet til sammenblandingen av kvalifikasjons- og tildelingsvurderingene og unnlatt evaluering av andre kriterier enn pris, kan anses avhjulpet gjennom den etterfølgende behandlingen i desember. Gitt at det er en reell vurdering som har funnet sted, synes feilen avhjulpet. Innklagedes nye evaluering synes imidlertid ikke å være reell, ettersom kommunestyre fattet vedtak om å anta Skuggedals tilbud den 14. desember 2005. Saken har senere aldri blitt brakt inn for kommunestyret, noe som innebærer at alle etterfølgende begrunnelser ikke har hatt noe med beslutningen å gjøre.
- (30) Uansett foreligger det et brudd på regelverket ved at matrisen som vurderingen i desember er basert på, ikke ble inntatt i konkurransegrunnlaget. Det fremstår lite tillitsvekkende når matrisene utarbeides i ettertid.
- (31) Innklagede har ikke gitt noen begrunnelse for tildelingen, jf forskriftens § 17-3 (2), jf § 3-8 (3). Kravet til begrunnelse kan også forankres i kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5 (3). Uten en tilfredsstillende

begrunnelse utad, er det vanskelig å forstå hvordan oppdragsgiver skal kunne sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

- (32) Innklagede opplyste i brev av 15. desember 2005 at det ville bli gitt en ny klagefrist etter at innklagede hadde evaluert tilbudene på nytt. Innklagede fulgte ikke den spilleregelen de selv hadde etablert. Innklagedes opptreden er direkte urederlig og i strid med lovens § 5 (1) og (3).
- (33) Valgte leverandør var ikke kredittverdig, og oppfylte således ikke kravene som var satt for deltakelse i konkurransen. Valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriftens § 15-12 (1) bokstav a. Avvisningsplikten kan også forankres i lovens § 5, jf klagenemndas avgjørelse i sakene 2003/146, 2003/167 og 2003/219.
- (34) Klager har krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse. Det fremstår som klart at dersom saksbehandlingsfeilene tenkes bort, ville klager blitt tildelt kontrakt.

Innklagedes anførsler:

- (35) Anskaffelsen reguleres ikke av forskrift om offentlige anskaffelser. Det fremgår av Moderniseringsdepartementets brev med "Informasjon om endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og ny veileder i konkurranseeksponering" at endringen klager viser til, ikke gjelder innkjøpsprosesser påbegynt før ikrafttredelsen 20. oktober 2005. Den aktuelle innkjøpsprosess ble påbegynt ved kunngjøringen 11. oktober 2005, og berøres dermed ikke av forskriftsendringen.
- (36) Når en anskaffelse, som her, omfatter innkjøp fra både forsyningssektoren og klassisk sektor, må det tas utgangspunkt i hvilken del av prosjektet som antas å ha størst beløp. Det følger av innklagedes kostnadsberegning at vann- og avløpsdelen av prosjektet (kr. 11,1 mill) ble antatt å være klart mer kostnadskrevende enn gang- og sykkelveien (kr. 8,7 mill). Budsjetten ble vedtatt i desember 2005. Disse budsjetterte kostnadene på totalt 19,8 mill omfattet imidlertid ikke bare anbudsprisen, men også en sikkerhetsmargin for tilleggskostnader, samt utgifter til innklagedes og innklagedes konsulents prosjektering av byggeledelse (kr 800 000,-), kjøp av 2 pumpestasjoner (totalt kr 1 000 000,-) og erverv av grunn til gang- og sykkelvei (kr 1 000 000,-). I valgte leverandørs tilbud utgjorde vann- og avløpsdelen den største delen av anskaffelsen. Dette er selvfølgelig ikke noe direkte bevis for hvilke vurderinger innklagede gjorde i forkant av konkurransen, men det bekrefter at vann- og avløpsdelen utvilsomt var størst. Innklagede er av den oppfatning at det var korrekt å dele kostnadene i kapittel 20 på to mellom vann- og avløpsdelen og gang- og sykkelveidelen.
- (37) Dessuten utgjorde anskaffelsen en del av et større prosjekt, der vann- og avløpsanlegget utgjør den overveiende største delen. Dette delprosjektet er et vann- og avløpsanlegg der det bygges gang- og sykkelvei over vann- og avløpsledningene.
- (38) Innklagede anså det som naturlig å ta utgangspunkt i den dominerende delen av anskaffelsen, vann- og avløpsanlegget. Anskaffelsen faller etter dette inn under forsyningsforskriftens virkeområde, slik denne var utformet på tidspunktet da konkurransen ble iverksatt. Kontraktens anslåtte verdi overstiger imidlertid ikke

terskelverdien i forsyningsforskriftens § 11, slik at forsyningsforskriften likevel ikke kommer til anvendelse.

- (39) Anskaffelsen reguleres etter dette bare av lov om offentlige anskaffelser.
- (40) Innklagede har foretatt en kvalifikasjonsvurdering. Innklagede erkjenner imidlertid at dette ikke fremkom klart av rapporten fra innklagedes konsulent av 9. september 2005.
- (41) Alle tildelingskriteriene er vurdert. Dette er dokumentert i rapporten fra innklagedes konsulent i brev av 22. desember 2005.
- (42) Innklagedes nye evaluering var reell og ble grundig dokumentert i brevet av 22. desember 2005.
- (43) Evalueringsmatrisen ble ikke utarbeidet før kunngjøringen av konkurransen. Det forelå således ingen plikt til å fremlegge matrisen for leverandørene.
- (44) Anskaffelsesforskriftens regler om begrunnelsesplikt gjelder ikke for denne anskaffelsen. Innklagede bestrider ikke at en viss rett til begrunnelse og innsyn kan utledes av lovens § 5. Men kravene som eventuelt oppstilles må være av en helt annen karakter enn det som følger av forskriftens positivrettslige regel. Det sentrale er at opplysningene som gis må kunne danne grunnlag for en klagebehandling, noe klagen til innklagede og klagen til KOFA i seg selv beviser at var tilfellet, og at det for øvrig er sikret en form for etterprøvbarehet i dokumentasjonen. Også det sistnevnte kravet er oppfylt. Allerede før klagen til KOFA ble klager gitt innsyn i flere av sakens dokumenter, herunder i innklagedes konsulents vurdering av innkomne tilbud datert 9. november 2005.
- (45) Innklagede erkjenner å ha begått en saksbehandlingsfeil ved at det i brev av 15. desember 2005 ble gitt uttrykk for at det ville bli gitt ytterligere en mulighet til å klage.
- (46) Begrepet "kredittverdig" kan ikke kobles direkte til ratingselskapenes bruk av denne typen begreper. Vurderingen av leverandørenes kredittverdighet ble basert på en helhetsvurdering på bakgrunn av dokumentasjon som forelå ved inngivelse av tilbud. Skuggedal fikk karakteren B av Dun & Bradstreet. I rapporten fikk Skuggedal betegnelsene "veletablert" på grunnfakta, "bra" på eier/juridisk, "tilfredsstillende" på økonomi og "tvilsom" på betalingserfaring. Skuggedal fremla videre en bankgaranti i tilbudet sitt. Etter en helhetsvurdering av disse opplysningene kom innklagede til at Skuggedal var tilstrekkelig kredittverdig til å tilfredsstille kravet i konkurransegrunnlaget. Innklagede fant således at Skuggedal var kvalifisert til konkurransen. Denne vurderingen var saklig og korrekt.
- (47) Det foreligger ikke grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (48) 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

- (49) Bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med gang- og sykkelvei faller inn under klassisk sektor, mens bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med vann- og avløpsanlegg omfattes av forsyningssektoren, jf forsyningsforskriften av 5. desember 2003 nr. 1424 § 4 bokstav a. Ved forskriftsendring av 9. september 2005 ble det bestemt at blant annet kommuner skal følge forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 også når det skal gjøres innkjøp innen forsyningssektoren. Denne endringen trådte i kraft 20. oktober 2005. Endringen ble ikke gitt tilbakevirkende kraft for innkjøpsprosesser som ble påbegynt før dette tidspunktet, jf Moderniseringsdepartementets skriv med *"Informasjon om endringer i regelverket om offentlige anskaffelser ..."*. Konkurransen i foreliggende sak ble kunngjort 11. oktober 2005. Forskriftsendringen får således ikke betydning her.
- (50) Når en anskaffelse består både av kjøp innen klassisk sektor og kjøp innen forsyningssektoren, må det etter klagenemndas oppfatning sees hen til hvilken del av anskaffelsen som utgjør den største delen, når det skal avgjøres om forholdet faller inn under virkeområdet til forskrift om offentlige anskaffelser eller forsyningsforskriften. Tilsvarende er lagt til grunn i juridisk litteratur, jf Dragsten og Lindalen, *Offentlige anskaffelser Kommentartutgave I* (2005) s. 365. Dette utgangspunktet følger videre av EU-direktiv 2004/17/EF artikkel 9.
- (51) Spørsmålet i det følgende blir da hvorvidt det var gang- og sykkelveien eller vann- og avløpsanlegget som ble ansett å utgjøre den største delen av anskaffelsen.
- (52) Ut fra sakens dokumenter kan klagenemnda ikke se at innklagede før igangsettelse av konkurransen har foretatt en vurdering av hvilken del av anskaffelsen som ville utgjøre hoveddelen. Kostnadsberegningen innklagede viser til ble først vedtatt i desember 2005. I tillegg inneholdt kostnadsberegningen også andre elementer enn de som var knyttet til den konkrete anskaffelsen. Når det gjelder leverandørenes tilbud, hevder klager at i deres tilbud utgjør gang- og sykkelveien 60 % av anskaffelsens verdi, mens innklagede hevder at i valgte leverandørs tilbud utgjør vann- og avløpsdelen den største delen. Partene er videre uenige om hvor stor del av kapittel 20 – kabelgrøft/trekkerør/fundamenter – som skal henføres under vann- og avløpsdelen og gang- og sykkelveidelen. Det er vanskelig for klagenemnda å fastslå hvilke deler av leverandørenes priser som skal henføres under henholdsvis gang- og sykkelvei eller vann og avløp. Ettersom klagenemndas saksbehandling kun er basert på skiftlighet, har nemnda etter dette ikke mulighet til å ta stilling til hvilken del av anskaffelsen som utgjør den største delen.
- (53) Klager har anført at innklagede gjennom brevveksling i desember 2005 uansett har forpliktet seg til å følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser. Etter klagenemndas oppfatning kan den fremlagte korrespondansen fra perioden etter at anbudene ble inngitt her ikke forstås slik at oppdragsgiver har forpliktet seg til å følge anskaffelsesforskriften på avtalerettslig grunnlag. Dersom en oppdragsgiver ønsker å følge et bestemt regelverk på avtalerettslig grunnlag, må dette gjøres kjent for leverandørene i kunngjøring eller konkurransegrunnlag, jf kravet til forutberegnelighet.

- (54) Uansett vil lov om offentlige anskaffelser komme til anvendelse på anskaffelsen. Det er ut fra bestemmelsene i denne loven klagenemnda foretar sine vurderinger i det følgende.

Innklagedes kvalifikasjons- og tildelingsvurdering

- (55) Det følger av innklagedes konsulents brev av 22. desember 2005 at det er foretatt selvstendige kvalifikasjons- og tildelingsvurderinger, samt at tilbudene var evaluert ut fra alle de oppgitte tildelingskriteriene. Partene er imidlertid uenige om hvorvidt evalueringen av 22. desember var reell eller ikke. Klagenemnda har fått opplyst at innklagede mottok nye opplysninger om oppfyllelse av kvalifikasjonskravene fra valgte leverandør selv den 12. desember, dvs etter at valg av leverandør ble kommunisert 2. desember, men før kommunestyret fattet sitt vedtak om å anta Skuggedals anbud 14 desember. Før kommunestyret traff vedtaket 14. desember 2005 hadde innklagede en oppfatning om kredittverdigheten til Skuggedal, jf innklagedes konsulents brev av 13. desember 2005. Det fremgår av den fremlagte dokumentasjonen at innklagedes rådgiver den 15. desember gjorde kjent at det ville bli foretatt en ny vurdering av kvalifikasjoner og tildeling. Før evalueringen ble sammenfattet skriftlig 22. desember 2005 mottok innklagede en ny vurdering fra Dun & Bradstreet om kredittverdigheten til den valgte leverandør. Klagenemnda har på dette grunnlag ikke holdepunkter for å si at innklagedes evaluering slik den er reflekter i brev av 22 desember 2005 ikke var reell.

Innklagedes evalueringsmatrise

- (56) Det følger av kravet til forutberegnelighet at dersom oppdragsgiver på forhånd har utarbeidet en evalueringsmatrise med prioritering eller vekting av tildelingskriteriene, skal denne gjøres kjent for leverandørene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Innklagede har forklart at evalueringsmodellen ikke ble utarbeidet før kunngjøring av konkurransen. Innklagede var således ikke forpliktet til å gjøre evalueringsmatrisen kjent for leverandørene.

Begrunnelse

- (57) Det følger av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet at oppdragsgiver må gi en begrunnelse for valg av tilbud, jf blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2004/53 hvor nemnda fant at innklagede hadde brutt lovens § 5 ved at "[i]nnklagede [ikke har] begrunnet sitt valg av tilbud på en måte som er etterprøvnbar". I innklagedes meddelelse av 3. januar 2006 ble det ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor Skuggedals tilbud var valgt.
- (58) I sak 2003/218 uttalte klagenemnda i tilknytning til begrunnelsesplikten i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2) at innklagede "oppfylte [...] bestemmelsens krav ved å legge ved evalueringsskjemaet som viser hvilken karakter leverandørene har fått under hvert av kriteriene og total karakter". Klagenemnda legger til grunn at tilsvarende må gjelde i forhold til begrunnelsesplikten som kan utledes av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Etter at denne saken ble brakt inn for klagenemnda, fikk klager innsyn i innklagedes evalueringsmatrise som viste hvilken karakter leverandørene fikk under hvert av kriteriene og total karakteren hver av leverandørene oppnådde. Det er sannsynliggjort at evalueringsmatrisen forelå på tidspunktet for meddelelse. Men så lenge denne ikke var lagt ved meddelelsen av 3. januar 2006, kan man vanskelig se at klager er gitt noen begrunnelse for innklagedes

valg av tilbud som tilfredsstiller lovens krav. At klager i ettertid fikk innsyn i evalueringsmatrisen, er en annen sak.

Klagefrist

- (59) Leverandørene ble ikke gitt noen frist for å påklage innklagedes valg av tilbud basert på tilbudsevalueringen av 22. desember 2005. Innklagede erkjenner å ha begått en saksbehandlingsfeil ved at det i brev av 15. desember 2005 ble opplyst at det ville bli gitt en slik klagefrist. Klagenemnda finner at innklagede gjennom dette har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Avvisning av valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav?

- (60) I konkurransegrunnlaget var det oppstilt flere kvalifikasjonskrav, og det stod videre at dersom en tilbyder ikke oppfylte kravene ville vedkommendes tilbud ikke gå videre i konkurransen. Det følger av kravene til forutberegnelighet og likebehandling at innklagede måtte avvise leverandører som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene.
- (61) Spørsmålet er om Skuggedal oppfylte kvalifikasjonskravet "*Kredittvurdering – skal dokumentere at firmaet er kredittverdig*".
- (62) Ved kvalifikasjonsvurderingen har oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling.
- (63) Klagenemnda kan ikke se at det følger av konkurransegrunnlaget at begrepet "*kredittverdig*" skulle kobles direkte til ratingselskapenes bruk av dette begrepet. Klagenemnda finner det således ikke uforsvarlig at innklagede har basert sin evaluering på en helhetsvurdering på bakgrunn av de dokumenter som var kommet inn på tidspunktet for tilbudsfristen utløp. Klagenemnda har heller ingen innvendinger til innklagedes skjønnsmessige vurdering. Det må da legges til grunn at Skuggedal oppfylte kravet til kredittverdighet. Og innklagede hadde således ikke plikt til å avvise Skuggedal.

Erstatning

- (64) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, jf klagenemndsforskriften § 12.

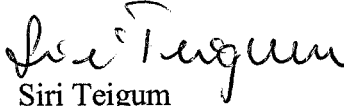
Konklusjon:

Tjøme kommune har brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke er gitt noen begrunnelse for valg av tilbud.

Tjøme kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å opplyse om at det ville bli gitt ny klagefrist, uten at det faktisk ble gitt.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
22. januar 2007


Siri Teigum