



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende prosjektering og oppføring av befalskvarter. Klagenemnda fant at innklagede brøt forskriftens § 17-3 (2) ved ikke å gi begrunnelse for valg av tilbud. Innklagede brøt også forskriftens § 3-8 (4) ved ikke å gi nærmere begrunnelse i samsvar med regelverkets krav og derved avskjære klager fra å etterprøve tildelingsbeslutningen før kontrakt med valgte leverandør ble inngått. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 17. september 2007 i sak 2007/64

Klager: Malthus AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Forutberegnlighet. Likebehandling. Avvisning. Begrunnelse og klagefrist. Innsyn.

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. november 2006 i DOFFIN-databasen en åpen anbudskonkurranse vedrørende prosjektering og oppføring av befalskvarter i Skjold leir.

- (2) Det fremgikk om "Kontraktens gjenstand" i kunngjøringen punkt II.1.6):

"Kontrakten gjennomføres som en totalentreprise og omfatter prosjektering og oppføring av 50 stk modulbaserte kvarter a 25 m² i Skjold leir. I tillegg skal det etableres parkeringsareal og 25 stk carporter i tilknytning til kvarterene. De modulbaserte kvarterene skal være flyttbare. Konkurransen omfatter også opsjon på oppføring av ytterligere 50 kvarter i Skjold leir."

- (3) Av konkurransegrunnlaget datert 5. desember 2006 fremgikk det av del I "Instruks til tilbyder" punkt 1 "Orientering":

"Det skal bygges 50 kvarter til befal i en eller flere bygninger. Kvarterene skal være modulbaserte og hver modul skal enkelt kunne flyttes og transporteres andre steder i landet dersom behovet for kvarter endrer seg. Hvert kvarter skal være 25 m² BTA og er beregnet for en person. Det skal være tilgang til 3 m² låsbart bodareal for hvert kvarter. 50 % av kvarterene skal i tillegg ha tilgang til carport, dvs 25 carporter m/tilgang til motorvarmer.

Inkludert i prosjektet er også tilkobling til vann, avløp, fjernvarme, tele/data og strøm.

Leverandørene innbys også til å gi pris på følgende opsjoner:

- *Kvarter a 25 m² (inkl boder, carporter og tilhørende infrastruktur) for eventuell utførelse 1 – 3 år etter kontraktsinngåelse.*
- *Kvarter a 40 m² (inkl boder, carporter og tilhørende infrastruktur) for eventuell utførelse 1 – 3 år etter kontraktsinngåelse.*
- *Overgang fra vannbåren oppvarming til elektrisk oppvarming basert på panelovner.”*

- (4) Det hitsettes fra konkurransegrunnlaget punkt 13 **”Prinsipp for valg av tilbud – tildelingskriterier”**:

”Tildeling av kontrakt skjer på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet fra staten. Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på følgende tildelingskriterier:

<i>1. Pris</i>	<i>40 %</i>
<i>2. Leveringstid</i>	<i>25 %</i>
<i>3. Leveringsdyktighet</i>	<i>20 %</i>
<i>4. Produktet (Planløsning, kvalitet)</i>	<i>15 %”</i>

- (5) Det ble holdt befarings 18. desember 2006.

- (6) Innen tilbudsfristen 11. januar 2007 var det inngitt tre tilbud. Blant tilbyderne var Malthus AS (heretter kalt klager) og Boligplan AS (heretter kalt valgte leverandør). Åpningen ble gjennomført uten at tilbyderne deltok og anbudsprotokollen ble ikke offentliggjort.

- (7) Det fremgikk av anskaffelsesprotokollen av 26. januar 2007 punkt 10 **”Tilbudene”** at klagers tilbud lød på kroner 32 362 500, tilbyder AS Ferdighus på kroner 34 317 125, mens valgte leverandørs tilbud var på kroner 23 464 125. Det fremgikk også følgende om antatt verdi på anskaffelsen:

”4. Anslått verdi på anskaffelsen

Entreprisekostnaden er beregnet til NOK 20.046.000,- eks mva

Prosjektkostnaden er beregnet til NOK 29.800.000,- inkl mva (59 %)”

- (8) Av en pressemelding datert 22. januar 2007 vedrørende anskaffelsen fremgikk det at *”prosjektet har en investeringskostnad på 31,9 millioner kroner.”*

- (9) I brev datert 26. januar 2007 meddelte innklagede om følgende beslutning:

”Etter avsluttet evaluering har ”Forsvarsbygg Utvikling Nord besluttet at det skal inngås kontrakt med følgende firma:

Boligplan AS

[...]

Evalueringen er gjennomført med en vurdering i to trinn:

- 1. Utvelgelse av tilbydere*
- 2. Evaluering av utvalgte tilbydere i hht tildelingskriteriene.*

Samtlige tilbydere har gjennom sitt tilbudsmateriale vist at de tilfredsstiller kvalifikasjonskravene. Dette betyr at alle leverandørene tilfredsstiller utvelgelseskriteriene.

Neste trinn i evalueringsprosessen var evaluering i forhold til tildelingskriteriene som i dette prosjektet er:

- 1. Pris*
- 2. Leveringstid*
- 3. Leveringsdyktighet*
- 4. Produkt (Planløsning, kvalitet)*

Etter evaluering i forhold til tildelingskriteriene rangeres Boligplan AS som nummer 1.

I hht § 17-3 i Forskrift om offentlige anskaffelser gis øvrige tilbydere klagefrist på beslutningen. Klagefristen settes til 06.02.07. Forsvarsbygg tar sikte på å inngå kontrakt 08.02.07.”

(10) Kontrakt med valgte tilbyder ble etter det innklagede opplyser inngått 15.februar 2007.

(11) I e-post av 29. januar 2007 bad klager om tilbakemelding på hvorvidt klagers tilbud var konkurransedyktig i forhold til de andre tilbudene. Innklagede svarte i e-post av 5. februar 2007 ved å oppgi en lenke til pressemelding om tildelingen. I pressemeldingen datert 29. januar 2007 var det opplyst følgende:

”Boligplan skal bygge befalskvarter

Forsvarsbygg Utvikling Nord planlegger å inngå kontrakt med Boligplan AS om levering av 50 befalskvarter på Skjold. Boligplan var en av tre tilbydere i konkurransen om oppdraget.

Hver hybel blir på om lag 25 kvadratmeter, tilsvarende de som tidligere er levert på Setermoen. [...] Kontrakten har en verdi på om lag 23 millioner kroner inkludert mva og befalskvarterene skal stå ferdig i august.”

(12) I brev av 6. februar 2007 klaget klager på tildelingsbeslutningen på grunnlag av at valgte leverandørs tilbud var kroner 10 millioner lavere enn klagers tilbud. Klager anførte videre at det måtte foreligge betydelige avvik mellom det foretrukne tilbud og tilbudsgrunnlaget og at konkurransen derfor måtte avbrytes/gjenopptas. Innklagede avviste klagen i brev av 7. februar 2007 under henvisning til at innklagede ikke kunne se at det var avvik av betydning mellom det foretrukne tilbudet og tilbudsgrunnlaget.

- (13) Klager bad deretter i brev av 12. februar 2007 om innsyn i det valgte tilbud. Den 1. mars 2007 oversendte innklagede deler av det valgte tilbud. Klager etterlyste i e-post av 5. mars 2007 og i påfølgende brev av 12. mars 2007 vedlegg 10 "*Beskrivelse av produktet som leveres*" i det valgte tilbud. I brev av 15. mars 2007 fremmet klager klagen for Forsvarsdepartementet. Denne ble oversendt fra innklagede til Forsvarsdepartementet i brev av 12. april 2007. I brev av 18. april 2007 gav Forsvarsdepartementet klager medhold i innsynbegjæringen. Innklagede oversendte de etterspurte dokumenter 25. april 2007. Innklagede svarte på de øvrige fremsatte anførsler i anledning klagesaken i brev til klager av 17. april 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Brudd på kravet til forutberegnlighet

- (14) Innklagede hadde et budsjett for oppdraget på kroner 31 900 000 inkl mva, jf innklagedes pressemelding av 22. januar 2007. Valgte leverandør ga tilbud med pris på kroner 23 464 125 inkl mva, mens klagers tilbud lød på kroner 32 362 500 inkl mva. Dette vil si at innklagede hadde overbudsjettet med ca 36 %.

Brudd på kravet til likebehandling

- (15) Det er ikke gjennomført en reell konkurranse. Det er flere momenter som tyder på at det foreligger relasjoner mellom klager og innklagede, og at valgte leverandør i realiteten fikk tildelt kontrakten før tilbudsevaluering ble sluttført.
- (16) Valgte leverandør har i sitt tilbud under "*Oversikt over leverandørens kapasitet*" oppgitt at "*Boligplan AS har bestilt produksjonskapasitet til 50 befalskvarter samt opsjon på ytterligere 50 kvarter*" før innlevering av tilbud. Videre har valgte leverandør gitt en tilbudspris som er vesentlig lavere enn markedspris, noe som betyr at det kan ikke være tatt høyde for den økonomiske risiko de nødvendigvis måtte løpe dersom konkurransen ikke var avgjort på forhånd. Valgte leverandørs referanseliste angir en rekke til dels store prosjekter utført på oppdrag for innklagede, mens andelen og volumet i oppdrag utført for øvrige oppdragsgivere er beskjedent. Valgte leverandør møtte heller ikke på tilbudsbehandling, noe som kan tyde på kunnskap om bytte av byggetomt. Klager mener også at valgte leverandør må ha visst hvilke opsjoner som ville bli vektlagt i evalueringen. Sannsynligheten for å treffe på de to opsjoner som senere ble valgt, er så liten at muligheten kan utelukkes. Samtidig er klager forledet til å arbeide med hovedtilbudet samt 30 opsjoner. Kravet om den urealistiske korte leveringstiden tyder også på at innklagede allerede hadde bestemt seg for å bruke valgte leverandør, som hadde bestilt modulene allerede før konkurransen avholdes, og derved er i en særstilling tidsmessig.

Avvisning

- (17) Avviket mellom forventet verdi på anskaffelsen og valgte leverandørs tilbud er urealistisk stort og må forklares med avvikende ytelser i sammenlignende tilbud. Dette skulle ha ledet til nærmere gransking og/eller forkastelse av valgte leverandør. Det foreliggende pristilbud har så store avvik at det ville vært naturlig å behandle valgte leverandørs tilbud som om det forelå en åpenbar feilprising.
- (18) Valgte leverandør leverte ikke fullstendig tilbud i henhold til forespørselen. Innklagede ber i sin forespørsel om hele 30 opsjoner. Valgte leverandør gav tilbud på

to av alternativene benevnt som A5 og B5. Tilbudet på B5 oppgis av valgte leverandør å være mangelfullt ved at det ikke omfattet underetasje/carport. Avvikene mellom de 32 opsjonene har sammenheng med andre forhold enn ren prisstigningsregulering. Det sier seg selv at stykkprisen per kvarter vil avhenge av antall som bestilles. Dersom en bestiller 50 kvarter blir prisen lavere enn om man bestiller 10. Det blir følgelig ikke korrekt å hevde at innklagede kan regne seg frem til de opsjonspriser som ikke er gitt.

- (19) Omfattende arbeider inngår ikke i de forutsatte arbeider fra valgte leverandør. Valgte leverandørs tilbudsdokumentasjon i vedlegg 10 "*Beskrivelse av produktet som leveres*" beskriver i detalj tilbudets omfang, men nevner ikke arbeid i grunnen, betongarbeid/fundament, utomhusarbeid, carporter, svalgang, plassbygd takkonstruksjon, elektroarbeider, rørleggerarbeider og brannalarmanlegg. Badene har dessuten lavere standard enn forskrevet ved at det ikke inngår flis. Det må være rimelig å anta at ytelser som ikke er spesifisert i valgte leverandørs "*Beskrivelse av produktet som leveres*" heller ikke er medtatt i tilbudet. Av dette følger at tilbudet fra valgte leverandør oppfattes som ufullstendig og burde ha vært forkastet. Innklagede bekrefter at det var nødvendig å levere supplerende ytelser for om lag kroner 10 millioner for å komplettere det mangelfulle tilbudet fra valgte leverandør. Dette er en bekreftelse på at valgte leverandørs tilbud har vesentlige mangler og følgelig skulle vært forkastet.

Begrunnelse og klagefrist

- (20) Den korte tiden fra tilbudsfrist til kontraktstildeling utgjør en saksbehandlingsfeil. Allerede dagen etter at klager fremmet klage på kontraktstildeling avvises klagen. Saksbehandlingstiden har eliminert klagers mulighet for en ordinær klageprosess og å avskjære kontraktstildelingen. Klager hadde ikke tilstrekkelig tid til å angripe kontraktstildelingen. Innklagede ga innsyn i det aktuelle dokumentet 25. april 2007. Den avgjørende dokumentasjonen for å forfølge saken forelå med andre ord ikke før ca 70 dager etter urettmessig kontraktstildeling.

Manglende innsyn

- (21) Innklagede nektet klager innsyn i vesentlige dokumenter. Klager oppfatter at formålet var å nekte innsyn som kunne avsløre en regelstridig kontraktstildeling. Ved å tilbakeholde det vesentlige dokument for å vurdere om tilbudene var sammenlignbare, har innklagede vunnet tid til å gjennomføre kontraheringsprosessen.

Erstatning

- (22) Klager anfører at han skulle vært tildelt kontrakten og finner det naturlig å stille krav om beregnet positiv kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Brudd på kravet til forutberegnlighet

- (23) Innklagedes budsjett på kroner 32 millioner inkluderer byggherrens egne gjennomføringskostnader i tillegg til entreprisekostnaden.

Brudd på kravet til likebehandling

- (24) Dersom valgte leverandør faktisk hadde bestilt moduler for tilbudsinnlevering er det et forhold som står for valgte leverandørs egen regning og risiko.

- (25) Klager stiller videre spørsmål om valgte leverandør har fått eksklusiv informasjon om utløsning av opsjonene. Det er fremdeles ikke utløst opsjoner på kontrakten. Før eventuell utløsning av opsjonene vil finne sted, må det utarbeides løsningsdokumenter og forprosjekt. Forprosjektet må deretter oversendes til Forsvarsdepartementet for godkjenning. Det er således ikke blitt gitt eksklusiv informasjon til valgte leverandør.
- (26) Tidsfristen var ikke et absolutt krav, men et uttrykk for en ønsket ferdigstillelse.
- (27) Innklagede ble kjent med at valgte leverandør hadde sett feil på oppmøtetidspunktet for tilbudsbeferingen og at dette var årsaken til at de ikke møtte opp. Det ble skrevet et referat av 19. desember 2006 fra beferingen som ble sendt til samtlige påmeldte tilbydere.
- (28) Innklagede bestrider at det foreligger avvikende opplysninger gitt til konkurrentene. Flytting av tomt ble besluttet og kjent først etter at kontrakten med valgte leverandør ble inngått. Under evalueringen var dette ukjent for så vel innklagede som valgte leverandør.

Avvisning

- (29) Klager viser til at ytelser som ikke er spesifisert i valgte leverandørs tilbud vedlegg 10 "*Beskrivelse av produkt som leveres*", heller ikke er medtatt i tilbudet. Innklagede mener at utgangspunktet er det motsatte. Med mindre man uttrykkelig spesifiserer at forhold er unntatt, er ytelsene inkludert i tilbudet. Valgte leverandør er kontraktsrettslig forpliktet til å levere det de har inngitt tilbud på, med mindre tilbudet inneholder forbehold. Valgte leverandør har ikke tatt noe slikt forbehold.
- (30) En faktisk forklaring på hvorfor valgte leverandør er i stand til å levere et tilbud med lavere pris enn konkurrentene kan være at de på bakgrunn av tidligere kontrakter med innklagede har et apparat som er velkjørt og oppegående og gjør at de kan inngi et rimelig tilbud. Det kan være en faktisk fordel valgte leverandør kan tenkes å ha, men det er et forhold som verken er ulovlig eller kritikkverdig.
- (31) Det medfører riktighet at valgte leverandør kun innga pris for to av opsjonspostene. Imidlertid ble opsjonene ikke hensyntatt i den endelige vurderingen og hadde således ingen betydning for kontraktstildelingen. Videre har valgte leverandør i fotnoter forbeholdt seg at "*prisstigningen SSB byggindeks fra januar 2007 beregnes frem til overleveringsdato*". Ut fra denne opplysningen vil innklagede kunne beregne seg frem til en estimert pris for opsjonene med et annet tidspunkt for utløsning enn hva som tilbys fra valgte leverandør. I henhold til konkurransegrunnlaget del I pkt. 11 var det åpent for å tilby alternative løsninger.
- (32) For opsjonene på 40 m² befalskvarter har valgte leverandør ikke inkludert carporter i underetasjen. Opsjonene er som sagt ikke vurdert i den endelige evalueringen. En eventuell prissetting av dette forholdet vil uansett ikke påvirke rangeringen av tilbyderne.

Begrunnelse og klagefrist

- (33) Klager hadde tilstrekkelig tid til å angripe beslutningen rettslig om så var ønskelig. Kontrakt ble undertegnet 20 dager etter utsendelsen av tildelingsskrivet av 26. januar 2007.

Klage på innsyn

- (34) Eventuelle feil ved ikke å utlevere de aktuelle dokumenter er nå rettet.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 og etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og III, jf. § 2-2 (3) sammenholdt med § 2-1 (2).

Brudd på kravet til forutberegnlighet

- (36) Det kan utgjøre et brudd på kravet til forutberegnlighet i anskaffelseslovens § 5 (3) dersom innklagede legger til grunn en verdi på anskaffelsen som ikke er i samsvar med den reelle verdien. Anskaffelsens antatte verdi er ikke opplyst i verken kunngjøring eller konkurransegrunnlag. Den anslåtte verdien på anskaffelsen var i henhold til pressemeldingen av 22. januar 2007 om lag kroner 32 millioner. I anskaffelsesprotokollen av 2. januar 2007 punkt 4 "Anslått verdi på anskaffelsen" er (entreprise)kostnaden beregnet til kroner 20 046 000 eks mva, og prosjekteringskostnaden til kroner 29 800 000 inkl 50 % mva. Med unntak av valgte leverandørs tilbud lå de to øvrige innkomne tilbud på om lag 32 millioner kroner og 34 millioner kroner. Klagenemnda kan på grunnlag av dette ikke se at det er et avvik mellom anskaffelsens anslåtte verdi og de innkomne tilbudenes verdi som skulle tilsi at innklagede ikke har foretatt en forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi i samsvar med forskriftens § 2-3, og kan heller ikke se at kravet til forutberegnlighet i anskaffelseslovens § 5 (3) er brutt.

Brudd på kravet til likebehandling

- (37) Anskaffelseslovens § 5 (2) jf forskriftens § 3-1 (4) innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å likebehandle alle leverandørene gjennom hele anskaffelsesprosessen. I denne konkurransen har innklagede valgt en leverandør som tidligere har utført arbeid for innklagede, jf tilsvaret til klagenemnda av 30. juli 2007 s. 4. Kravet til likebehandling medfører at oppdragsgiver har en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordeler en leverandør måtte ha, slik at alle leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen, jf blant annet klagenemndas uttalelse i sak 2003/230 premiss (46).
- (38) Klager har påpekt en rekke forhold som totalt sett kan tyde på at valgte leverandør kan ha fått informasjon om konkurransen som har gitt leverandøren en særstilling. Kravet til likebehandling følger av anskaffelseslovens § 5 (2), jf forskriftens § 3-1 (4). Om valgte leverandør har fått opplysninger om konkurransen/kontrakten som ikke andre tilbydere fikk, og eventuelt i hvilken grad dette kan ha påvirket resultatet, er imidlertid uklart. Klager har ikke nærmere kunne dokumentere at leverandørene ikke er behandlet likt.

Avvisning

- (39) Klagenemnda forstår klagers anførsler dit hen at det hevdes at valgte leverandørs tilbud skulle ha blitt avvist på grunnlag av at det inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget ved at det ikke gis tilbud på opsjonene, jf forskriftens § 15-10 (1) bokstav c).
- (40) I henhold til konkurransegrunnlaget del I *"Instruks til tilbyder"* punkt 1 *"Orientering"* var det opp til den enkelte tilbyder hvorvidt denne ville inngi tilbud på opsjoner. Klagenemnda kan dermed ikke se at valgte leverandørs tilbud var mangelfullt sett hen til de krav som fulgte av kunngjøring og konkurransegrunnlag ved at dette ikke inneholdt tilbud på alle opsjonene som angitt i konkurransegrunnlaget.
- (41) Klager anfører videre at valgte leverandørs tekniske beskrivelse av den etterspurte ytelse var mangelfull, og at dette derfor skulle ha blitt avvist på grunnlag av det medfører avvik fra konkurransegrunnlaget, jf forskriftens § 15-10 (1) bokstav c), jf § 15-6 (1).
- (42) Konkurransegrunnlaget del I *"Instruks til tilbyder"* punkt 15 *"Tilbudets innhold og organisering"* satte i nr. 11 krav til at tilbudet skal inneholde *"Beskrivelse av det produktet og den kvalitet som tilbys strukturert i henhold til bygningsdelstabellen NS3451."* Konkurransegrunnlaget del III A2 *"FUNKSJONSBESKRIVELSE"* inneholdt nærmere spesifikasjoner for de enkelte deler av ytelsen, så som bygningmessige arbeider, VVS-anlegg og elkrafttekniske installasjoner. Av valgte leverandørs tilbudsbrev av 19. januar 2007 fremgår det at det ble tilbudt *"totalentreprise og levering av 50 stk. befalskvarter a 25 m2 ihht. vedlagte tegning"*. Det var videre i vedlegg 10 i valgte leverandørs tilbud vedlagt en beskrivelse av produktet som ble tilbudt. Denne inneholdt en teknisk fremstilling av kvarterene fra valgte leverandørs underleverandør, Lindbäcks Bygg. Vurderingen av om det tilbudte produktet, slik dette fremstilles i denne beskrivelsen, tilfredsstiller oppdragsgivers krav, beror på en teknisk vurdering som klagenemnda ut fra saksbehandlingsformen ikke har grunnlag for å overprøve.
- (43) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle ha blitt avvist på grunnlag av unormal lav pris i forhold til ytelsen som tilbys, jf forskriftens § 15-10 (2) bokstav c).
- (44) Hertil bemerker klagenemnda at forskriftens § 15-10 (2) bokstav c) er en fakultativ avvisningsgrunn, og at det derfor er en rett, men ikke en plikt til å avvise på dette grunnlag. Klagenemnda finner på dette grunnlag ikke å konstatere brudd på regelverket.

Begrunnelse og klagefrist

- (45) Anskaffelsesforskriftens § 17-3 (2) fastslår at meddelelse om tildeling skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen. Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med det såkalte "Alcatel"-prinsippet om at forbigått anbyder skal ha mulighet til å påklage prosedyren før kontrakt blir tildelt, det vil si å kunne anlegge søksmål eller begjære prosessen stanset ved midlertidig forføyning etter lovens §§ 7 og 8a.
- (46) I meddelelse om tildeling av 26. januar 2007 ble det angitt hvilke tildelingskriterier tilbudene ble vurdert opp mot, og opplyst at *"Etter evaluering i forhold til*

tildelingskriteriene rangeres Boligplan AS som nummer 1.” Videre het det at klagefristen var satt til 6. februar 2007. Begrunnelsen inneholdt ingen angivelse av egenskaper ved det valgte tilbud og gav således ikke tilbyderne tilstrekkelig informasjon til å avgjøre om tildelingen var i samsvar med regelverket. Begrunnelsen var dermed ikke gitt i henhold til regelverkets krav, jf forskriftens § 17-3 (2). Klagefristen løper da ikke.

- (47) Forskriftens § 3-8 (4) angir at det ved en nærmere begrunnelse for valg av tilbud skal oppgis *”det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler”*. Etter anmodning fra klager i e-post av 29. januar 2007, hvor klager bad om tilbakemelding om hvordan klagers tilbud scoret på tildelingskriteriene, svarte innklagede i e-post av 5. februar 2007 ved å oppgi en lenke til pressemelding om tildelingen. På grunnlag av den fremlagte dokumentasjon kan ikke klagenemnda se at pressemeldingen inneholder annet enn en angivelse av hvem som har fått tildelt kontrakten. Innklagede har ikke omtalt det valgte tilbudets *”egenskaper og relative fordeler”*.
- (48) Ved meddelelse om tildeling av kontrakt skal det i henhold til forskriftens § 17-3 (2) gis en *”begrunnelse for valget”* og en *”frist for leverandørene til å klage over beslutningen”*. I dette ligger at leverandørene må få tilstrekkelig tid ut fra de konkrete forhold, til å vurdere om de skal klage over beslutningen, og til å utforme en slik klage. Klagefristen begynner først å løpe fra det tidspunktet det er gitt en begrunnelse som innholdsmessig er i samsvar med forskriftens krav. Begrunnelsen skal inneholde opplysninger som gjør at leverandørene har tilstrekkelig informasjon til å avgjøre om tildelingen er i samsvar med regelverket. Klagefristen etter § 17-3 (2) løper først fra den dag da beslutningen om tildeling også inneholder en begrunnelse for valget og det skal gå rimelig tid før kontrakt blir inngått.
- (49) I dette tilfelle har klager overhodet ikke fått noen begrunnelse for tildelingen, verken etter forskriftens § 17-3 (2) eller ved særskilt anmodning om begrunnelse etter § 3-8 (4). Det fremgår av sakens dokumentasjon at klager etter departementets saksbehandling i april 2007 ble gitt innsyn i de aktuelle dokumenter. Innsynet kom imidlertid så sent at klager ikke hadde mulighet til å stanse tildelingsprosessen. Klagenemnda går derfor ikke inn på spørsmålet om dette innsyn var egnet til å etterprøve tildelingsbeslutningen. I følge konkurransegrunnlaget har tilbyderne vært utelukket fra å delta i tilbudsåpningen og de har heller ikke hatt tilgang til åpningsprotokollen. Det later til at opplysningen om pris for valgte tilbud først fremkom i pressemeldingen om prosjektet 29. januar 2007. Klager har derfor før kontraktsinngåelsen 15. februar 2007 vært avskåret fra å etterprøve beslutningsprosessen. Klagenemnda anser innklagedes håndtering av klager som et vesentlig regelbrudd i og med at klager i realiteten er blitt avskåret fra å utøve den kontroll som loven og direktivet om håndhevelse sikrer deltagerne i konkurransen for å avverge at kontrakt blir inngått uten at forkastede leverandører blir hørt. Anskaffelsen er ganske visst ikke omfattet av håndhevelsesdirektivet Dir 89/665, men reglene om begrunnelse og klage i den norske forskriften skiller på dette punkt i realiteten ikke mellom anskaffelser over og under EØS terskelverdiene – jfr lovens § 5 med krav til god forretningsskikk som nemnda mener er tilsidesatt i saken.

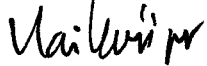
- (50) Klagenemnda har etter resultatet av klagebehandlingen ikke grunnlag for å ta opp spørsmålet om erstatning for positiv kontraktsinteresse, som forutsetter sannsynlighetsovervekt for at kontrakten uten de påviste feil ville gått til klager.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har brutt forskrift 16. juni 2001 nr. 616 § 17-3 (2) i ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud samt forskriftens § 3-8 (4) ved ikke - etter klagers anmodning - å gi en nærmere begrunnelse for sin beslutning om tildeling. Forsvarsbygg har brutt kravet til god forretningsskikk i lovens § 5 ved å avskjære klager fra å etterprøve tildelingsbeslutningen før kontrakt med valgte leverandør ble inngått.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda
17. september 2007



Kai Krüger