



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling vedrørende bygging av en vannledning. Klagenemnda fant at klager skulle ha vært avvist fra konkurransen på grunn av mangelfull HMS-egenerklæring, jf forskriftens § 15-12 (1) bokstav c, jf § 12-10. Klagenemnda fant videre at innklagede brøt de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i anskaffelseslovens § 5 ved ikke å avvise klagers tilbud da det var klart at HMS-egenerklæringen ikke oppfylte lovens krav. Klagers anførsler ble derfor ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 15. oktober 2007 i sak 2007/69

Klager: Trulssen Maskin AS

Innklaget: Målselv kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Avvisning.

Bakgrunn:

(1) Målselv kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. oktober 2006 i DOFFIN-databasen en konkurranse med forhandling vedrørende bygging av vannledning fra Storjord til Akkaseter.

(2) Det hitsettes fra konkurransegrunnlaget punkt 6.8 "VEDLEGG TIL TILBUDET":

"Som et minimum skal følgende dokumentasjoner vedlegges tilbudet (ikke ettersendes):

[...]

> HMS-egenerklæring, jfr. pkt. 6.7"

(3) Av konkurransegrunnlaget punkt 6 fremgikk det følgende om tildelingskriteriene:

"6.12 KRITERIER FOR VALG AV TILBUD

Det tilbud som er økonomisk mest fordelaktig vil bli valgt.

Følgende kriterier vil bli lagt til grunn for oppdragsgivers valg (opplistingen er vilkårlig):

- > *Tilbudssum (inkl. antatt pris på eventuelle regningsarbeider, påslagsprosenter, opsjoner o.l.)*
- > *Eventuelle forbehold fra tilbyder.*
- > *Fremdrift og leveringstid.*
- > *Erfaring fra lignende oppdrag (referanser).*
- > *Leveransesikkerhet relatert mot tilbyders soliditet og finansielle stilling.*
- > *Service og bistand etter at byggherren har overtatt arbeidene.*
- > *Beskrivelse av forslag til arbeidsopplegg.*
- > *Disponibel maskinpark.*
- > *Kapasitet hos tilbyder, spesielt med tanke på nøkkelpersonell for anlegg og drift."*

- (4) De samme tildelingskriterier fremgikk av udatert anskaffelsesprotokoll. Det var her videre opplyst at kriteriene var oppgitt i en ikke prioritert rekkefølge, samt at det også var angitt at det ved vurderingen skulle vektlegges *"Internkontroll, kvalitetssikring og administrative- og økonomiske rutiner"*.
- (5) Det ble gjennomført befaring på anleggsstedet 1. november 2006.
- (6) Innen tilbudsfristen 9. november 2006 kom det inn syv tilbud. Blant tilbyderne var Trulssen Maskin AS (heretter kalt klager) og Brødrene Karlsen Anleggsdrift AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Den 13. november 2006 ble det avholdt forhandlingsmøte med tre utvalgte leverandører, blant disse klager og innklagede.
- (8) Klager innga reviderte priser 15. november 2006. Det fremgår av udatert anskaffelsesprotokoll at klagers endelige tilbud lød på kroner 2 563 625, mens valgte leverandørs tilbud var angitt til kroner 2 311 864. Det følger av sakens opplysning og redigert anbudsoversikt av 16. november 2006 at innklagede under tilbudsevalueringen foretok endringer i etterspurt mengde i oversiktens post 24, *"Graving av kabelgrøft"*. Oppgitt mengde var her endret fra etterspurt 400 til 450 meter. For post 34 var det lagt til ytterligere 12 enheter. Videre var post 28 *"Drenering kabelkummer"* lagt inn. Innklagede hadde endret samlet pris på de enkelte poster på grunnlag av de inngitte enhetspriser og ny mengde.
- (9) Av notat datert 15. november 2006 kalt *"Gjennomgang av kvalifikasjoner"* fremgår det følgende:

"2. Lovlig etablert foretak ref. pkt. 3.3

Tabellen viser gjennomgangen av dokumentasjonen tilhørende pkt. 3.3 i konkurransegrunnlaget.

Tabell 1:

<i>Nr.</i>	<i>Tilbyder</i>	<i>Firmaattest</i>	<i>Skatteattest</i>	<i>HMS-erklæring</i>
5	<i>Brødrene Karlsen Anleggsdrift AS</i>	<i>OK</i>	<i>OK</i>	<i>OK</i>
7	<i>Trulsen Maskin AS</i>	<i>OK</i>	<i>OK</i>	<i>Ikke underskrevet av ansatte representant</i>

Kommentar til innholdet i tabell 1:

Tabell 1 viser at alle kravene med unntak av HMS-erklæringen for Trulsen Maskin AS ikke er underskrevet av ansattes representant.

Oppsummering

Ingen av tilbyderne kan diskvalifiseres på grunnlag av vedlagt dokumentasjon i forhold til kravene stilt i konkurransegrunnlaget, forutsatt at tilbyder nr. 7 kan levere gyldig underskrifter på HMS-erklæringen."

[...]

Tilbyder nr. 7, Trulssen Maskin AS

Bemanning:

Trulssen Maskin AS er et lite firma med 2-3 ansatte. For dette prosjektet er det ikke oppgitt hvor mange ansatte som kan settes inn i driften. Firmaet har en med ADK-sertifikat. Det er i brev av 15.11 forespeilet et samarbeid med O.M. Simonsen Transport. Det er ikke vedlagt noen opplysninger om dette firma. En går imidlertid ut fra at en del av opplistet maskinpark tilhører dette firma. Det er ikke spesifisert om tilbudte maskineier O.M. Simonsen har vært med i et samarbeid tidligere. Bemanningsmessig tror vi firmaet vil slite med å gjennomføre prosjektet.

Kvalitetssystem:

Det teoretiske kvalitetssystem er ikke tilfredsstillende i henhold til prosjektet.

Referanser:

Firmaet har lagt ved referanser fra tre oppdrag fra 2002-2004. Referanselisten mangler oppdragets verdi. Ut fra referanselisten og de oppdrag firmaet har gjennomført i løpet av perioden 2002-2006 har de ikke hatt relevante arbeider for VA i 2005 og 2006.

Pris:

Tilbyder har nest laveste pris. De har en uforståelig lav pris på trekking og skjøting av kabler.

Fremdrift:

Tilbyder hadde i utgangspunktet en byggetid på 18 uker. Etter forhandlinger kom de med et tilbud om en byggetid på 9 uker. Vi er usikker på hvor seriøst dette er da de ikke har spesifisert bemanning til firma O.M. Simonsen som skal være bientreprenør.

5. Tilbudssum jfr. 6.12

Tabell 3 viser gjennomgangen av dokumentasjonen tilhørende pkt. 6.12 i konkurransegrunnlaget.

Tabell 3: Oversikt over tilbudssum

Nr	Tilbyder	Pris
5	Brødrene Karlsen Anleggsdrift AS	2.296.398
7	Trulssen Maskin AS	2.311.864

6. Oppsummering

Bemanningsmessig sett, vil tilbyder nr. 5 kunne gjennomføre oppdraget. Tilbyder nr. 7 (Trulssen Maskin AS) har en for lav bemanning. Slik arbeidsmarkedet i bransjen er i dag, er det problemer å få tak i kvalifisert mannskap.

Trulssen Maskin AS har ikke lagt ved tilfredsstillende dokumentasjon på kvalitetssystem.

Med hensyn til faglig og teknisk kapasitet er Brødrene Karlsen Anleggsdrift AS kvalifisert.

Trulssen Maskin AS har en mangelfull referanseliste, lite tilfredsstillende kvalitetssystem og få ansatte.

Vekting av tilbyderne:

I den konkrete vurderingen av tilbydere er ikke soliditet og finansiell stilling vurdert, men anbudspris er tatt med i vurderingen.

Tabell 4: Oversikt over vekt. Poeng og veid poeng for faglig, teknisk kapasitet og pris.

	Vekt	5. Brødrene Karlsen Anleggsdrift AS	5. Brødrene Karlsen Anleggsdrift AS	7. Trulssen Maskin AS	7. Trulssen Maskin AS
	%	Poeng	Sum	Poeng	Sum
Pris	30	10	3	8	2,4
Total bemanning	10	10	1	6	0,6
Bemanningsoppdrag	20	10	2	6	1,2
Referanser	30	10	3	6	1,8
Byggetid	10	8	0,8	10	1
	Sum total		9,8		7,0

(10) En udatert matrise inneholder følgende:

"1. Gjennomgang av vedlagt dokumentasjon, kvalifikasjoner"

	Tilbyder 7 Trulssen Maskin	Tilbyder 3 Brødrene Karlsen	Tilbyder 6 Målselv Maskin
Rettidig levert	Ja	Ja	Ja
Tilbudssum inkl.mva	2.176.988	2.256.115	2.369.250
Tilbudsbrev, signatur	OK	OK	OK
Forbehold	Ingen	Forutsatt 540l/min vann for pluggrensing	Ingen
Firmaattest	OK	OK	OK
Skatteattester	OK	OK	OK
Hms-erklæring	OK	OK	OK
Sentral godkjenning	Må søke	Ja	Ja
Bemanningsoppdraget	Dan Trulsen ADK 5 gravemaskiner	ADK sertifikat 2 gravemaskiner 1 hjullaster	ADK sertifikat 3 gravemaskiner 1 hjullaster

	1 hjullaster 1 traktor 1 borerigg	borerigg og lastebiler	lastebiler moxy mt 30
Foretakets viktigste leveranser 3-5 år	Totalt 3 anlegg Systemhus, forsvaret, Målselv kommune	Mange anlegg 4 VA på 1-2,5 mill	Mange store VA anlegg
Byggetid	18 uker	12 uker	9 uker
Underentreprenør maskiner	Ikke dokumentert	OK	OK

- (11) Fra meddelelse om tildeling av kontrakt datert 17. november 2007 hitsettes:

”Brødrene Karlsen Anleggsdrift AS er valgt som entreprenør for utbygging av vannledning Storjord – Akkaseter.

Valget er tatt med grunnlag i at tilbudet fra Br. Karlsen Anleggsdrift AS var det mest fordelaktige for Målselv kommune.”

- (12) Klager bad i brev av 23. november 2006 om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør.

- (13) Innklagede svarte følgende i brev av 30. november 2006:

”Etter forhandlinger og evaluering er vi kommet fram til følgende rekkefølgerangering mht. hvilke tilbud som anses som de økonomisk mest fordelaktige for tiltakshaver:

- 1. Tilbyder nr. 3.*
- 2. Tilbyder nr. 7. Trulssen Maskin AS.*
- 3. Tilbyder nr. 6.*

Tilbudene er evaluert ut fra tildelingskriteriene som angitt i tilbudsgrunnlagets pkt. 6.12.

Ut fra stor likhet mht. rangering på de øvrige kriterier, er avgjørende vekt lagt på prisdifferanser og referanser.

Prisforskjell fra tilbyder nr. 3 til tilbyder nr. 7 er i størrelsen kr. 15.000,- inkl. mva.

Prisforskjell fra tilbyder nr. 3 til tilbyder nr. 6 er i størrelsen kr. 265.000,- inkl. mva.

Likhet på de øvrige kriterier er en følge av likhet i valg av utstyr og tekniske løsninger, samt at alle tilbydere er erfarne firmaer.”

- (14) Klager innga klage på saksbehandlingen og anmodet om innsyn i anskaffelsesprotokollen i brev av 3. desember 2006 og i brev av 12. desember 2006.

- (15) I brev av 15. desember 2006 tilbakeviste innklagede innvendingene fra klager.

- (16) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 16. desember 2006.

- (17) Klage ble inngitt til klagenemnda 7. juni 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klager

- (18) Klager bestrider innklagedes anførsel om at klager skulle ha blitt avvist. Klager er ansett som kvalifisert og ble innkalt til forhandlinger. Dermed har innklagede ansett den leverte HMS-egenerklæringen for å være tilstrekkelig utfylt.
- (19) Konkurranses grunnlaget punkt 6.8 er ikke til hinder for at det kunne fastsettes tilleggsfrist for innlevering av rettmessig HMS-egenerklæring. I klagenemndas avgjørelse i sak 2003/14 ble formkrav i konkurranses grunnlaget ikke ansett som hindring for at oppdragsgiver likevel fastsatte en tilleggsfrist for ettersending.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (20) Valgte leverandørs tilbud skulle ha blitt avvist på grunnlag av at dette inneholder forbehold som ikke lot seg prise eller avklares under forhandlingene. Valgte leverandør har for det første tatt forbehold om bruk av grøftekasser. Innklagede opplyser at innklagede ikke vurderte grøftekasser som nødvendig. Imidlertid fremgår det av notat av 15. november 2006 og korrespondanse med Målselv næringsforum at det måtte prioriteres å sikre grøftene mot sammenrasing med hensyn til sikkerhet. Slik sikring vil bestå i bruk av grøftekasser.
- (21) Valgte leverandør har videre tatt forbehold om maksimalt 400 meter avstand mellom kummene. Det er ikke opplagt at kummene kan legges med samme avstand gjennom hele traseén. Avstanden vil avhenge av terrengets beskaffenhet med mer. Som referatet fra forhandlingene viser, antok klager at avstanden mellom kummene kunne komme til å bli ca 500 meter.
- (22) I innklagedes "Gjennomgang av vedlagt dokumentasjon" fremgår det at valgte leverandør også har tatt forbehold i form av "forutsatt 540l/min vann for pluggrensing".

Ikke reell konkurranse

- (23) Konkurransen bærer preg av at det på forhånd var avgjort hvem som skulle få kontrakten.

Befaring

- (24) Innklagede har brutt forskriftens § 12-3 ved ikke å sende ut referat fra gjennomført anbudsbeffaring av 1. november 2006.

Forhandlinger

- (25) Innklagede har brutt reglene om utvelgelse til forhandlinger, jf forskriftens § 16-3. Alle de syv tilbyderne ble i henhold til anskaffelsesprotokollen vurdert å oppfylle kvalifikasjonskravene som var stilt, men bare tre av de syv kvalifiserte firmaene ble innkalt til forhandlinger.
- (26) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i anskaffelseslovens § 5 ved ikke dokumentere at utvelgelsen til forhandlinger er gjort i henhold til forskriftens § 16-3.

- (27) Innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet i anskaffelseslovens § 5 ved ikke å føre referat fra forhandlingene og oversende dette til klager før klagebehandling av saken.

Ulovlige tildelingskriterier

- (28) Tildelingskriteriet "*Forbehold*" er ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og er dermed i strid med forskriftens § 17-2 og anskaffelseslovens § 5, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/59. I klagenemndas sak 2005/117 ble "*Forbehold*" godtatt som tildelingskriterium med henvisning til at innklagede i realiteten hadde tenkt å vurdere tilbyders forbehold som hadde en "*økonomisk og/eller risikomessig konsekvens for Kontraktsforvalter*". Innsendt dokumentasjon i saken viste også at det var dette innklagede faktisk hadde vurdert. Dette er ikke tilfelle med kriteriet slik det er benyttet i angjeldende konkurranse. Hva som legges i kriteriet i den foreliggende sak er ikke nærmere presisert.
- (29) Tildelingskriteriet "*Leveransesikkerhet relatert mot tilbyders soliditet og finansielle stilling*" er også i strid med forskriftens § 17-2, jf anskaffelseslovens § 5.
- (30) Kriteriet "*Erfaring fra lignende oppdrag (referanser)*" er oppgitt også som et kvalifikasjonskriterium, og alle tilbyderne er ansett som kvalifisert. Det er ikke spesifisert på hvilken måte kriteriet skulle vurderes, eller at kriteriet skulle oppfattes som en parameter på kvalitet. Klager kan heller ikke se at kriteriet faktisk er benyttet på denne måten.
- (31) Kriteriet "*Total bemanning*", som vektlagt i notatet datert 15. november 2006, er heller ikke et lovlig tildelingskriterium.

Tildelingsevalueringen

Uforsvarlig vurdering:

- (32) Innklagede har foretatt en uforsvarlig og usaklig skjønnsutøvelse ved tilbudsevalueringen. Prisdifferansen mellom tilbudene er mindre enn 1 %, og det kan ikke være en forsvarlig skjønnsutøvelse å tillegge en slik minimal prisforskjell avgjørende vekt.

Vektlegging av forhold som ikke er oppgitt i kunngjøring eller konkurransegrunnlag:

- (33) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5 ved å vektlegge kriterier som ikke er oppgitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. I følge den udaterte anskaffelsesprotokollen er kriteriet "*Internkontroll, kvalitetssikring og administrative- og økonomiske rutiner*" inntatt som et tildelingskriterium. I henhold til matrisen tatt inn i notatet datert 15. november er det videre vurdert "*Pris, total bemanning, bemanning oppdrag, referanser, byggetid*".

Alle tildelingskriteriene er ikke vurdert:

- (34) Innklagede har brutt forskriftens § 17-2 ved ikke å vurdere alle tildelingskriteriene, blant annet kriteriet "*Forbehold*". Tilbudet fra valgte leverandør inneholder flere forbehold, blant annet i tilknytning til graving med grøftekasser og at "*trekking kan gjennomføres med en avstand mellom kummer på 400 m*".
- (35) Kriteriet "*Leveringstid*" synes ikke vurdert som oppgitt i konkurransegrunnlaget. Klager har tilbudt vesentlig kortere byggetid, 9 uker mot valgte leverandørs tilbudte

12 uker. Det synes som om dette ikke er vektlagt, noe som begrunnes med en leveranse fra Troms Kraftforsyning. Dette er forhold som er ukjente for klager, og som heller ikke var et tema under forhandlingene.

Brudd på kravet til etterprøvbarehet:

- (36) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i anskaffelseslovens § 5 ved ikke å dokumentere at tildelingskriteriene faktisk er vurdert, eller på hvilken måte de oppgitte kriteriene er vurdert og vektet. Matrisen av 15. november 2006 hevdes av innklagede ikke å danne grunnlaget for valget av leverandør.

Uventet og ulovlig vektning av tildelingskriteriene:

- (37) Kravet til forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5 er brutt ved at tildelingskriteriene er vektet og poengsatt i strid med konkurransegrunnlaget. Det var ikke oppgitt på forhånd at kriteriene skulle vektes. I notat av 15. november 2006 er imidlertid enkelte av tildelingskriteriene vektet med 10 %, mens to av kriteriene er vektet med 30 %.

Feil faktum lagt til grunn:

- (38) Innklagede har brutt regelverket ved å legge feil faktum til grunn for evalueringen av tilbudene.

- (39) De priser som er lagt til grunn ikke er korrekte. Innklagede utførte endringer i de mengdene som opprinnelig var gitt, og regulerte summene etter de oppgitte enhetsprisene, jf oversikten over "*Redigerte anbud etter forhandlinger*". Innklagede har dermed ensidig, og uten å informere tilbyderne, endret premissene for tilbudet ved å øke de opprinnelige fastlagte mengdene. Klager fikk ikke mulighet til å tilpasse enhetsprisene til de endrede mengdene, ved å gi generelle rabatter eller redusere enhetsprisene for de postene der mengdene ble mangedoblet. Post 28 i prisangivelsen ble økt fra 150 til 450 lm, altså et tillegg på 200 %. Post 34 besto opprinnelig av 7 stk kumanvisere, men her er det under evalueringen plusset på ytterligere 12, altså en markant økning også her. Endringene i mengdene er årsaken til at klagers tilbud ble de angitte kroner 12 371 dyrere. Differansen mellom tilbudene er uansett så liten, under 1 %, at priskriteriet er gitt en uventet og ulovlig stor vekt i forhold til de andre kriteriene i konkurransen, når denne prisforskjellen har blitt avgjørende for valg av leverandør. Disse endringene er foretatt for at valgte leverandørs tilbud skulle fremstå som det rimeligste. Det synes heller ikke som om valgte leverandørs forbehold om krav om tillegg, kr 500 pr meter, for bruk av grøftkasser og maksimal avstand mellom kummene er hensyntatt ved beregningen av deres tilbudspris.

- (40) Innklagede har lagt til grunn feil faktum ved vurderingen av klagers tilbudte maskinpark, personell og fremdrift, jf notat av 15. november 2006. I revidert tilbud av 15. november 2006 tilbys et samarbeid med O.M. Simonsen, som vil medføre en fordobling av tilgjengelige ressurser og en reduksjon av byggetiden fra 18 til 9 uker. Det ble ikke etterspurt dokumentasjon på det som ble tilbudt i det reviderte tilbudet. Innklagede opplyser at tildelingskriteriet "*Disponibel maskinpark*" skulle forstås som i hvilken grad den disponible maskinparken var egnet til å utføre oppdraget. Dette var ikke opplyst i konkurransegrunnlaget, og er heller ikke en opplagt tolkning. Det er ikke anledning til å la tildelingskriteriene fungere som minimumsstandarder, slik synes er tilfelle i det innklagede opplyser at "*overkapasitet*" ikke har gitt uttelling.

Erstatning

- (41) Klager anfører at det skal gis erstatning for den positive kontraktsinteresse. Klager ville ha blitt tildelt oppdraget dersom saksbehandlingen hadde foregått etter forskriftens og konkurransegrunnlagets bestemmelser.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klager

- (42) Klagers tilbud skulle ha blitt avvist som følge av mangelfullt utfylt HMS-egenerklæring, jf konkurransegrunnlaget punkt 6.8 og klagenemndas sak 2007/14 premiss (43) og (44).
- (43) Det ble lagt til grunn i notat datert 15. november 2006 under punkt 2 "*Lovlig etablert foretak*" at klager kunne få muligheten til å levere en ny HMS-egenerklæring i signert stand. Det var uttrykkelig fastslått i konkurransegrunnlaget punkt 6.8 at det ikke vil bli gitt anledning til å ettersende dette. Det ble ikke gitt tilleggsfrist etter forskriftens § 5-16 (3), og klager tok heller ikke initiativ til besørge at en rettmessig erklæring ble innlevert.
- (44) Å innrømme en tilleggsfrist som forskriftens § 5-16 (3) åpner for ville bryte med kravet til forutberegnelighet og likebehandling. I klagenemndas avgjørelse i sak 2003/14, som klager viser til, var tema om det å gi en tilleggsfrist var i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling. Dette fordi det var opplyst at denne skulle vedlegges tilbudet, og at det i motsatt fall ville bli avvist. I den foreliggende sak skiller faktum seg ved at det uttrykkelig står "*ikke ettersendes*".

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (45) Ingen av forbeholdene i valgte leverandørs tilbud ble ansett å ha en økonomisk eller risikomessig konsekvens.

Befaring

- (46) Det er korrekt at det ikke ble ført noe referat fra befaringen. Innklagede anså dette for ikke å være nødvendig da det under befaringen ikke ble stilt noe spørsmål, eller ble tatt opp forhold av betydning for gjennomføringen av arbeidene eller utforming av tilbud.

Forhandlinger

- (47) Innklagede inviterte de tre tilbyderne som var rangert som de tre rimeligste per tilbudsåpningen, jf anskaffelsesprotokollen. Konkurransegrunnlaget punkt 6.2 og 6.11 var forenlige med anskaffelseslovens § 5 og anskaffelsesforskriftens § 16-3. Gjennom å velge ut de tre tilbud man vurderte oppfylte tildelingskriteriene best og som hadde en "*reell mulighet*" til å nå opp i konkurransen, slik de forelå per tilbudsfristens utløp, var kravet til konkurranse oppfylt. Innklagede anså det ikke sannsynlig at de øvrige tilbudene ville ha nådd opp i konkurransen grunnet prisdifferansene. Under enhver omstendighet har dette ikke hatt betydning for klager, i det klager har deltatt i forhandlingene. Det er videre dokumentert at det er ført referat fra forhandlingene.

Ulovlige tildelingskriterier

- (48) Det bestrides at "*Forbehold*" er et ulovlig tildelingskriterium, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2005/171 premiss (32) og (33). I konkurransegrunnlaget punkt 6.5 er

det redegjort for hvordan forbehold ville bli vurdert, herunder er det opplyst at oppdragsgiver vil legge vekt på at tilbudet er uten forbehold. Dette kan etter innklagedes oppfatning ikke forstås annerledes enn at tilbud uten forbehold er å foretrekke fremfor tilbud med forbehold som har en *"økonomisk og/eller risikomessig konsekvens"*.

- (49) Kriteriet *"Leveransesikkerhet relatert mot tilbyders soliditet og finansielle stilling"* ble ikke blitt vektlagt, jf notat datert 15. november 2006. Det synes uansett ikke opplagt at dette er et ulovlig kriterium. Det vises i denne sammenheng til klagenemndas uttalelse i premiss (54) i sak 2007/116, som kan tyde på at det forutsettes en konkret vurdering. Det er ikke alene nok å vise til at en henvisning til soliditet per definisjon innebærer et ulovlig tildelingskriterium.
- (50) Kriteriet *"Erfaring fra lignende oppdrag (referanser)"* er et lovlig tildelingskriterium. Det følger av gjeldende rett at det er tillatt å vektlegge hvilken kvalitet på arbeidene man kan forvente basert på oppdragsspesifikk erfaring. Det vil være forskjeller mellom de kvalifiserte tilbydere med hensyn til forventet kvalitet basert på ulik omfang/bredde av tidligere gjennomførte VA-arbeider.
- (51) Innklagede er enig i at *"Total bemanning"* ville vært et ulovlig tildelingskriterium da dette knytter seg til leverandørens generelle kvalifikasjoner, og hører inn under kvalifikasjonsvurderingen. Dette ble imidlertid reparert underveis i prosessen ved at bemanning ikke er nevnt som begrunnelse for valget.

Tildelingsevalueringen

Generelt om evalueringen av tilbudene:

- (52) Poengsettingen som ble foretatt i matrisen i det interne notatet datert 15. november 2006 dannet ikke grunnlag for valget. Klager har uansett ikke sannsynliggjort at den vurdering som ligger til grunn for poenggivningen er usaklig eller ulovlig. Hvilken vekt oppdragsgiver tillegger det enkelte kriterium hører inn under det innkjøpsfaglige frie skjønn. Det bestrides at enkelte kriterier er tillagt uforholdsmessig stor vekt ved evalueringen.
- (53) Etter en totalvurdering fremsto tilbudet fra valgte leverandør som det økonomisk mest fordelaktige. Valgte leverandør ble vurdert å tilby bedre *"Bemanning oppdrag"*, jf tildelingskriteriet *"Kapasitet hos tilbyder, spesielt med tanke på nøkkelpersonell for anleggsledelse og drift"*. Valgte leverandør har dokumentert bredere og mer omfangsrik erfaring av relevans for VA-arbeider gjennom opplysninger om referanseprosjektene. Innklagedes vurdering var at prisdifferansen ikke var stor, men det var en forskjell. Når det gjelder forskjellen på 3 ukers tilbudt leveringstid mellom klager og valgte leverandør, fremgår det av poengmatrisen at denne ble gitt uttelling i klagers favør. Dette ble ikke ansett å oppveie fordelene valgte leverandør hadde med tilbudt lavere pris og bedre VA-kompetanse. Det kan her tilføyes at ferdigstilling og leveringstid ble avhengig av en kraftleveranse. Strøm til anlegget kunne ikke leveres før i mars/april måned, og anlegget kunne ikke kjøres i gang før strøm var på plass.
- (54) Klager kunne muligens klare å dokumentere en maskinpark som var noe større enn valgte leverandør, gjennom opplysninger om O.M. Simonsen. Valgte leverandørs tilbudte maskinpark ble imidlertid ansett riktig tilpasset prosjektet. Vurderingstema under kriteriet *"Disponibel maskinpark"* var ikke hvem som hadde flest maskiner,

slik at eventuell overkapasitet ville fått uttelling. Temaet var i hvilken grad den tilbudte maskinparken var egnet for aktuelle oppdrag. Med dette som utgangspunkt var det ikke grunnlag for at klager skulle gis bedre uttelling på kriteriet, selv forutsatt at det kunne dokumenteres at klager disponerte over den maskinparken som var oppgitt. Kriteriet er ikke benyttet som minimumsstandard, men i tråd med klagenemndas praksis er det ikke gitt uttelling for overkapasitet. Det ble heller ikke gitt plusspoeng for overkapasitet ved vurdering av tilbudene opp mot kriteriet "*Kapasitet hos tilbyder, spesielt med tanke på nøkkelpersonell for anleggsledelse og drift*".

- (55) Innklagede fant det ikke nødvendig eller hensiktsmessig å innhente nærmere opplysninger fra klager av betydning for evaluering av tilbudt bemanning, maskinpark, fremdrift og leveringstid da det forelå usikkerhet omkring disse forholdene knyttet til ferdigstillelse og leveringstid.

Vektlagt forhold som ikke er oppgitt i kunngjøring eller konkurransegrunnlag:

- (56) Kriteriet "*Internkontroll, kvalitetssikring og administrative- og økonomiske rutiner*" har ved en feil blitt inntatt i protokollen. Dette kriteriet er imidlertid ikke vurdert som et tildelingskriterium.
- (57) Innklagede er enig med klager i at kriteriet i matrisen benevnt "*Total bemanning*" ikke dekkes av tildelingskriteriene. Kriteriet ble imidlertid ikke lagt til grunn for valg av leverandør.

Alle tildelingskriteriene er ikke vurdert:

- (58) Innklagede bestrider brudd på forskriftens § 17-2 da alle tildelingskriterier er evaluert. Innklagede har kun nedfelt skriftlig de kriterier hvor man mente det var grunnlag for å skille mellom tilbudene, jf brev av 30. november 2006. Innklagede har vurdert forbeholdene inntatt i tilbudet fra valgte leverandør. Når det gjelder prisen som er gitt på graving med grøftekasser, vurderte innklagede det slik at det ikke ville bli nødvendig. Valgte leverandør har videre forutsatt at trekking kan gjennomføres med en avstand mellom kummene på 400 m. I henhold til den beskrivelse som er gitt i konkurransegrunnlaget, var arbeidene nettopp forutsatt utført på den måten. Det vises til post 35 hvor det fremgår at innklagede har lagt til grunn 12 kabeltrekksnummer. Aktuelle strekning er 4 km. Følgelig dreier ikke dette seg om et reelt forbehold.

Uventet og ulovlig vektning av tildelingskriteriene:

- (59) Innklagede har ingen plikt etter forskriften til å vekte tildelingskriteriene. Med mindre man har bestemt seg på forhånd foreligger det heller ingen plikt til å oppgi hvordan kriteriene vil bli vektet. I denne konkurransen var det ikke bestemt på forhånd.

Brudd på kravet til etterprøvbarehet:

- (60) Det erkjennes at kravet til etterprøvbarehet i anskaffelseslovens § 5 er brutt, idet man ikke har sikret skriftlig dokumentasjon for at samtlige kriterier er vurdert, og hvordan disse er vurdert. Den dokumenterte matrisen har begrenset verdi som dokumentasjon for den evalueringen som munnet ut i tildelingsbeslutningen. Det ble ikke laget en ny matrise i forbindelse med innklagedes endelige vurdering, og det ble heller ikke sørget for en fullstendig skriftlig dokumentasjon av denne.

Feil faktum:

- (61) Innklagede bestrider at det er lagt til grunn feil faktum.
- (62) Innklagede har ikke endret mengder i det reviderte anbudsoppsettet i den hensikt at valgte leverandørs tilbud skulle fremstå som det rimeligste. Valgte leverandør har tilbudt dyrere enhetspriser på to av de tre aktuelle poster. Det betyr at oppjusteringen var i disfavør av valgte leverandør.
- (63) Innklagede så det ikke som problematisk i forholdet til kravet til forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5 å regulere mengdene ved evalueringen av tilbudene grunnet endrede forhold. Dette dreide seg om regulerbare mengder, og innklagede fant det ikke sannsynlig at tilbyderne ville endre sine tilbudte enhetspriser i forhold til små justeringer. Innklagede har som følge av innsigelsene fra klager knyttet til justeringen av mengdene under behandlingen for klagenemnda justert oppsettet slik at det er de opprinnelige mengdene som er lagt til grunn. Dette viser at korrekt prisdifferanse er kroner 18 341 i favør av valgt leverandør. Det dreide seg ikke om en økning fra 150 til 400 på post 28, slik klager hevder, men fra 400 til 450.
- (64) Innklagede vurderte det slik at tilbudte enhetspriser for eventuelle regningsarbeider og påslagsprosenter ikke endret rangeringen. Når det gjaldt timesatsene for eventuelle regningsarbeider hadde klager noe lavere satser, men dette ble ikke ansett å veie mer enn nevnte prisforskjell i kombinasjon med de fordeler valgte leverandør ble ansett å ha i forhold til VA-kompetanse.
- (65) Det bestrides at klager har inngitt det rimeligste tilbudet. Innklagede har som følge av innsigelsene fra klager foretatt en regneøvelse basert på et estimat bygget på erfaring og det konkrete anbudsgrunnlag. Dette summerer seg til kroner 37 375 for klager og kroner 41 250 for valgte leverandør. Dersom man legger disse summene på toppen av tilbudssummene for evalueringen, blir resultatet kroner 14 466 i favør av valgte leverandør.
- (66) Ingen av forbeholdene ble ansett å ha en økonomisk eller risikomessig konsekvens, og følgelig ble det ikke vektlagt i valgte leverandørs disfavør ved evaluering av kriteriet "*Forbehold*", og heller ikke prissatt og tillagt tilbudssummen. Innklagede vurderte det slik at det var overveiende sannsynlig at det ikke var nødvendig å bruke grøftekasser for å sikre utrasing gjennom bløte partier grunnet frost da de aktuelle arbeider ville foregå på vinterstid. Klagers forbehold i form av "*forutsatt 549 l/min vann for pluggrensing*" ble ikke vurdert å ha noen økonomisk eller risikomessig konsekvens, fordi man hadde tilstrekkelig tilgang på vann. Det bestrides ikke at det generelt vil være slik at avstand mellom kummene vil kunne variere avhengig av terrengets beskaffenhet. Det fastholdes imidlertid at avstanden mellom kummene ikke vil kunne overskride 400 m i aktuelle terreng.

Erstatning

- (67) Innklagede bestrider at det dreier seg om vesentlige regelbrudd, og at det er sannsynliggjort at klager med klar sannsynlighetsovervekt ville fått kontrakten dersom regelbruddene ikke hadde funnet sted. Innklagede bestrider videre at de erkjente regelbrudd kan gi grunnlag for negativ kontraktsinteresse. Karakteren av regelbruddene, hvor noen har blitt rettet opp i løpet av prosessen, tilsier ikke at

klager ville ha unnlatt å delta i konkurransen dersom man på forhånd hadde hatt kunnskap om disse.

Klagenemndas vurdering:

- (68) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og III. Klagen er rettidig.
- (69) Klager har anført en rekke feil ved anskaffelsesprosessen som i hovedsak er knyttet til evalueringen av tilbudene. Innklagede har imidlertid anført at klagers tilbud skulle vært avvist, og klagenemnda tar derfor stilling til dette først.

Avvisning av klager

Forskriftens § 15-12 (1) bokstav c hjemler en plikt for oppdragsgiver til å avvise leverandører som *"har unnlatt å innlevere HMS-egenerklæring i samsvar med §12-10 (HMS-egenerklæring)."* Av § 12-10, jf vedlegg 2 til forskriften, følger det at for arbeid som skal utføres i Norge skal leverandørene fremlegge en HMS-egenerklæring som skal være underskrevet av daglig leder og en representant for de ansatte.

- (70) Den innleverte HMS-egenerklæring i den foreliggende sak mangler signatur fra de ansattes representant i henhold til forskriftens vedlegg 2. Det fremgår av sakens opplysning at det heller ikke er blitt gitt tilleggsfrist til å levere inn en rettmessig versjon i ettertid til tross for at innklagede var klar over at signaturen manglet, jf. notat av 15. november 2006. Innklagede har heller ikke plikt etter regelverket å gi slik tilleggsfrist, og klager skulle derfor ha vært avvist fra konkurransen i henhold til forskriftens § 15-12 (1) bokstav c slik innklagede hevder.
- (71) Innklagede avviste ikke klagers tilbud da det ble klart at HMS-egenerklæringen ikke oppfylte lovens krav. Tvert i mot ble det gjennomført forhandlinger med klager om pris på anskaffelsen til tross for at innklagede var forpliktet til å avvise klager fra konkurransen. Klagenemnda behandlet tilsvarende spørsmål knyttet til unnlatt avvisning av klagers tilbud i sak 2006/108 premiss (37), og uttalte der følgende:

"Innklagede har ikke avvist klagers tilbud slik regelverket foreskriver, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 15-13, jf § 3-8 (1). Innklagede har heller ikke dokumentert at klagers tilbud er besluttet avvist. Når innklagede på denne måten har forholdt seg passiv til klagers tilbud, er dette i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5."

- (72) Klagenemndas sak 2003/14, som klageren har vist til, gjaldt forståelsen av forskriftens § 12-10 (3) når HMS-egenerklæringen ikke foreligger ved tilbudsfristens utløp uten opplysning om tilleggsfrist. Erklæringen kan da ettersendes innen en kort tilleggsfrist satt av oppdragstaker. I vår sak har innklagede uttrykkelig utelukket ettersendelse av HMS-egenerklæringen, og dermed avskåret seg tilleggsfrist. Det er for øvrig heller ikke senere fremsendt en formelt korrekt HMS-egenerklæring med nødvendig underskrift av en representant for de ansatte. Det må derfor bero på en

misforståelse at innklagede i sin udaterte matrise gjengitt ovenfor under (10) har anmerket "OK" i rubrikken for HMS-egenerklæring fra klager.

- (73) Etter klagenemndas oppfatning skulle innklagede ha tatt stilling til spørsmålet om avvisning av klager på grunnlag av mangelfull HMS-egenerklæring på et tidligere tidspunkt, før de involverte klager i forhandlingene, og således gav innklagede berettigede forventninger om fortsatt deltakelse i konkurransen. Klagenemnda finner med utgangspunkt i dette at innklagede i denne saken har brutt de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i anskaffelseslovens § 5 ved ikke å avvise klagers tilbud.

Klagers øvrige anførsler

- (74) Ettersom klagenemnda i det foregående er kommet til at klagers tilbud skulle ha vært avvist i henhold til forskriftens § 15-12 (1) bokstav c, jf § 12-10, finner klagenemnda ikke grunnlag for å behandle klagers anførsler.

- (75) Klagenemnda finner heller ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Målselv kommune har brutt de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i anskaffelseslovens § 5 ved ikke å avvise klagers tilbud da de oppdaget at HMS-egenerklæringen ikke tilfredsstilte lovens krav.

Klagers anførsler er ikke blitt behandlet.

For klagenemnda
15. oktober 2007


Kai Krüger