



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for innsamling og transport av restavfall fra institusjoner, skoler og næringsliv i Gloppen, Stryn, Hornindal, Eid, Selje og Bremanger kommuner. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet, jf lovens § 5, ved å ha gitt motstridende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, samt brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved for vag angivelse av deler av kvalifikasjonskriteriene. Innklagede hadde videre brutt kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5 for deler av kvalifikasjonskriteriene.

Klagenemndas avgjørelse 2. februar 2009 i sak 2008/100

Klager: Tenden Container og Gjenvinning AS

Innklaget: Nordfjord Miljøverk IKS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum, Jakob Wahl

Saken gjelder: Forutberegnelighet. Kvalifikasjonskriterier. Avvisning. Likebehandling. Konkurranse. Etterprøvbarhet.

Bakgrunn:

- (1) Nordfjord Miljøverk IKS (heretter kalt innklagede) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for innsamling og transport av restavfall fra institusjoner, skoler og næringsliv i Gloppen, Stryn, Hornindal, Eid, Selje og Bremanger kommuner den 6. mars 2008. Konkurransen var kunngjort som en EØS-anskaffelse, mens kontraktens totalverdi i kunngjøringen punkt II 2.1. var anslått til kr 50 000,-.
- (2) I kunngjøringens punkt III.2.1-2.3 fremgår krav til innlevering av dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Det hitsettes fra punkt III.2.1-2.3:

”III.2 KVALIFIKASJONSKRAV

III.2.1) Sett opp krav til tilbyders organisatoriske og juridiske stilling

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

(1) Firmaattest

(2) Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)

(3) Krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)

(4) Krav til å fremlegge egenerklæring i samsvar med forskriftens vedlegg 2 om HMS (Nasjonale krav)

Sjå konkurransegrunnlaget

III.2.2) Sett opp krav til tilbyders økonomiske og finansielle kapasitet

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet:

- (1) Foretakets siste års beretning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall*
- (2) Framleggeise av foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette*
- (3) Erklæring om foretakets omsetning de siste årene med relevans til denne kontrakten*

Krav til tilbyders økonomiske og finansielle kapasitet

III.2.3) Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

- (1) Oversikt over foretakets totale bemanning*
- (2) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)*
- (3) Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjeneste kontrakter)*
- (4) Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy*
- (5) Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelsen av denne kontrakten (gjelder for bygge- og anleggskontrakter)*

Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner”

- (3) Det fremgår videre av kunngjøringen punkt IV.2) at konkurransen skal avgjøres etter hva som vurderes som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. Vedståelsesfristen er oppgitt til å være 21. mai 2008, jf kunngjøringens punkt IV.3.7.
- (4) I konkurransegrunnlaget s. 1 Orientering om konkurransen, er det oppgitt at konkurransen gjennomføres etter reglene for kjøp med kontraktsverdi under kr 1,7 millioner. Det er oppgitt krav til oppdragstaker i konkurransegrunnlaget på side 3. Det hitsettes fra side 3:

”Kvalitetssikring

Oppdragstakar skal ha eit kvalitetssikringssystem for å sikre at:

- *tømming av behaldarar overhaldes*
- *køyretøy og personell har eit lett identifiserbart identifikasjon*
- *spill plukkast opp*
- *renovatørane opptre korrekt i forhold til arbeidsmiljø, service og miljøprofil*
- *rutinar for rapportering og kontroll fylgjast*

Tilbodet

*Tilbodet skal innehalde eit **tilbods**brev der totalprisen kjem tydeleg fram. Saman med tilbods brevet skal prismatrise for einingsprisane vedleggast. Sjå vedlagte prismatrise.*

Eventuelle vilkår som ikkje er nemnt i konkurransegrunnlaget og som tilbydar vil ha med skal noterast i tilbods brevet.

*Saman med tilbodet **skal** det vere vedlagt:*

- ☐ *Skatteattestar frå Fylkesskattekontor og kemner (skjema RF-1 244)*
- ☐ *Firmaattest*
- ☐ *HMS erklæring, sjå vedlegg I*
- ☐ *Siste års regnskap og årsmelding*

*I tilbodet **skal** det vere med:*

- ☐ *Oversikt over firmaets totale bemanning og funksjonar*
- ☐ *Referanseliste over relevante leveransar*
- ☐ *Oversikt av utstyr som skal nyttast i forbindelse med oppdraget*
- ☐ *Oversikt over kvalitetssikringssystem for oppdraget*
- ☐ *Eigenerklæring om relevant lovgjeving*

Tilbodet skal vere mottatt hos NoMil innan 23. april 2008 kl. 12:00. Tilbodet skal leverast i lukka konvolutt til administrasjonen.

Opninga av tilbod som er mottatt innan fristen vil skje umiddelbart etter tilbodsfristen. Opninga vil ikkje vere offentleg.

Tilbydar må vedstå tilbodet i 90 dagar.

Det er ikkje anledning til å levere alternativt tilbod.”

- (5) I konkurransegrunnlaget på side 4 går det vidare frem at valg av leverandør

”vil skje etter ”lågaste pris” prinsippet. Tilbod som ikkje inneheld obligatoriske vedlegg og opplysningar som nemnt over vert avviste. Det er ein føresetnad at leverandøren ikkje er i konkursforhandlingar eller er insolvent og driv verksemda i samsvar med gjeldande lover og reglar”.

- (6) Tilbudsfristen i konkurransegrunnlaget side 3 var satt til 23. april 2008 kl 12.00. Det kom inn tre tilbud. Oppdraget ble tildelt Retura NoMil AS, jf innklagedes tildelingsbrev av 2. mai 2008:

”Styret i NoMil hadde saka om tildeling av kontrakt oppe i styremøte den 30.04.08 og under sak 06/08 vart det gjort slikt vedtak:

”Styret viser til offentleg utlysing av anbod på innsamling og transport av restavfall frå institusjonar, skular og næringsliv, og innsamling av anbod som er vurdert ut frå vilkåra for tildeling av kontrakt slik det går fram av konkurransegrunnlaget.

Med dette som bakgrunn vedtek styret at kontrakta vert tildelt Retura NoMil as. Tildeling av kontrakt skal varslast i samsvar med § 17-3 i Forskrift om offentlige anskaffelser og slik det går fram av konkurransegrunnlaget.”

Vi viser til tidlegare tilsendt opningsprotokoll for anbodet som viser anbodssummane ved dei einskilde anbod. Ved kontrollrekning vart det gjort mindre endringar, utan at det førte til endringar i rangering av anboda. Dykkar anbod hadde ei totalramme på kr 716 985,60 og Retura NoMil as si totalramme vart ved kontrollrekning på kr 699504,-.”

- (7) Valgte leverandør er et aksjeselskap eid av fire aksjonærer hvorav oppdragsgivers eierandel i selskapet er 33,33 %, jf opplysninger gitt i valgte leverandørs årsregnskap for 2007.
- (8) Klager påklaget beslutningen i brev av 8. mai 2008. Det ble i klagen bedt om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør, herunder begrunnelse for hvordan regnskap, soliditet, pris og løyver var vurdert.
- (9) Innklagede besvarte klagen den 13. mai 2008. Innklagede tok ikke klagen til følge, og opprettholdt tildelingsbeslutningen.
- (10) Klager, ved Maskinentreprenørenes forbund, tilskrev innklagede i brev av 20. mai 2008 hvor det ble bedt om ytterligere begrunnelse for tildelingen. Det hitsettes fra brevet:

”[...]

I konkurransegrunnlaget av 05.03.2008 er det oppgitt en rekke krav som skal være oppfylt for at leverandøren anses som kvalifisert, såkalte kvalifikasjonskrav. Det skal blant annet legges ved dokumentasjon på leverandørens kvalitetssikringssystem, utskrifter av attester for betaling av skatt og merverdiavgift, firmaattest, HMS-erklæring samt siste års regnskap og årsmelding. Det er videre satt krav om at tilbudet inneholder en oversikt over firmaets totale bemanning og funksjoner, referanseliste over relevante leveranser, oversikt over utstyr som skal nyttes med mer. Det opplyses videre på konkurransegrunnlagets s. 4 at tilbud som ikke inneholder obligatoriske vedlegg og opplysninger vil bli avvist. Dette følger også av forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (l) a.

Det bes derfor dokumenteres at valgt leverandør faktisk har innlevert all etterspurt dokumentasjon samt gitt andre relevante opplysninger. Videre bes oppdragsgiver redegjøre for hvordan vurderingen av kvalifikasjonskravene er gjennomført, herunder bes det beskrives hva som er ansett som minstekrav for å anse en leverandør for å være kvalifisert til oppdraget. Kopi av anskaffelsesprotokollen eller annen dokumentasjon som viser hvordan kriteriene er vurdert bes oversendt.

Når det gjelder krav til firmaenes økonomiske soliditet bes det særlig redegjøres for vurderingen som er foretatt av valgt leverandør. Som vedlagte kredittvurdering viser, har selskapet svært dårlig soliditet og anses som ikke kredittverdige. Det er også allment kjent at valgt tilbyder nylig har vært gjennom frivillig gjeldsforhandlinger, der nettopp oppdragsgiver har ettergitt betydelige gjeldsposter. Det er i konkurransegrunnlaget oppgitt at det er en forutsetning for deltakelse at leverandørene ikke er i konkursforhandlinger eller er insolvente. Av regnskapet for 2006 fremgår at valgt leverandør har negativ egenkapital. Vi er ikke kjent med hvorvidt selskapet løpende er i stand til å dekke sine betalingsforpliktelser, men registrerer at det gjentatte ganger har vært nødvendig med gjeldssanering. Det er derfor mye som tyder på at selskapet er å anse som insolvent etter konkursloven § 61, 2. ledd. Det bes derfor om en særskilt redegjørelse for vurderingen som er foretatt av valgte leverandørs soliditet og likviditet. Videre bes det redegjøres for oppdragsgivers ettergivelse av gjeld til valgt leverandør, herunder beløpenes størrelse.

Både eierinteressene og de ellers tette båndene som ser ut til å eksistere mellom valgt leverandør og NoMil IKS innebærer etter vår oppfatning en betydelig risiko for at likebehandlingsprinsippet ikke er tilstrekkelig ivaretatt ved gjennomføringen av konkurransen. Et opplagt konkurransevidende forhold er den allerede nevnte ettergivelsen av betydelig gjeldsposter. Private aktører vil vanskelig kunne konkurrere med virksomheter som ved gjeldssanering stadig får hjelp av morselskap, i strid med normale forretningsmessige prinsipper. Dersom det foregår andre former for krysssubsidiering, for eksempel i form av at valgt leverandør på andre måter nyter godt av oppdragsgivers ressurser (felles kontorløsninger, tilgang til drifts- eller anleggsmidler, tilgang på personell el), bes det opplyses om dette.

Det oppleves av min klient som om konkurransen i denne saken ikke har foregått på likverdige vilkår, og etter forretningsmessige prinsipper. Det synes som om valgt leverandør på ulike måter krysssubsidieres og oppnår åpenbare fordeler i forhold til private leverandører det konkurreres med. [...]"

(11) Innklagede svarte på brevet den 27. mai 2008. Det hitsettes fra brevet:

"[...]Alle tilbyderane blei vurdert i samsvar med krava i anbodsdocumenta. NoMil har i sin saksbehandling og vedtak i denne saka godkjent alle oppdragstakarar for å ha oppfylt kvalifikasjonskrava i konkurransegrunnlaget. Tildeling har skjedd med grunnlag i beste pris på oppdraget.

*Alle dei vedlegg som det i konkurransegrunnlaget var stilt krav om **skal** vere med, har alle oppfylt.*

Vi viser forøvrig til Forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (1) om forhold der oppdragsgiver skal avvise leverandører. Valte leverandør oppfyller dei krav som i gitte tilbud er relevante.

De har i dykkar brev vektlagt ei tilbakemelding på om valte leverandør har oppfylt krava til økonomisk soliditet.

Vi viser til ovannevnte forskrift og då til § 11-10 (2) der oppdragsgiver kan avvise leverandør. NoMil ser ikkje at det er forhold ved valte leverandør som gir rett til å avvise tilbyder.

Vi kan elles opplyse følgjande. Reura NoMil as har på eigarsida fire aksjonærar, der NoMil IKS har 33.3 prosent.

Under oppdragsgjevar si vurdering av tilbyderane var oppdragsgjevar kjent med at Retura NoMil as i januar/februar 2008 gjennomførte ein frivillig akkord, der alle kreditorane deltok likt. Vidare hadde styret i Retma NoMil as vendt seg til eigarane med eit forslag til utviding av aksjekapitalen. Emisjonen blei vedteken den 30. april 2008.

I denne samanheng gjeld saka forholdet mellom NoMil som oppdragsgjevar i eit konkret tilbud og Retma NoMil as som oppdragstakar.

Vi har vurdert at Retura NoMil as har oppfylt minstekrava til leverandør og til å vere kvalifisert til oppdraget. Selskapet er ikkje i konkursforhandlingar og når det gjeld soliditet så har selskapet sett inn tiltak for å styrkje den. Og sett i forhold til oppdragets omfang er det vår vurdering at det ikkje er tilstrekkeleg grunnlag for å avvise Retura NoMil as som oppdragstakar med bakgrunn i soliditet. Vi kjenner ikkje til at selskapet i dag ikkje dekker sine betalingsforpliktelser.

NoMil IKS har sjølvsagt vurdert alle innkomne tilbud ut fra Lov om offentlig anskaffelser og det konkurransegrunnlaget som låg til grunn for konkurransen. Kravet til likebehandling vil vi klart meine er ivaretatt. Med bakgrunn i dei vurderingar NoMillKS har gjort i denne saka både ved tildeling av kontrakt og handsaming av klage frå TCG ser vi ikkje at det er grunnlag for å endre på vårt vedtak, og gjennomføringa av kontrakta vil gå som føresett.”

- (12) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 23. mai 2008. Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 17. juni 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at konkurransen er gjennomført i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og god anbudsskikk i lovens § 5 og forskriftens § 3-1. Det vises til at det er gitt ulik informasjon i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget når det gjelder hvilket regelverk konkurransen skal gjennomføres etter, vedståelsesfristens lengde og hvilke tildelingskriterier som skal legges til grunn.
- (14) Klager anfører at manglende presisering og klarhet av hvilke kvalifikasjonskrav som gjelder eller hvordan dokumentasjonskravene i konkurransen vil bli vurdert, også er i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet og forskriften § 8-1. Det vises til at det i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget er angitt en rekke krav om innlevering av dokumentasjon av forhold ved leverandørens virksomhet. Dette gjelder blant annet kompetanse, kvalitetssikringssystem, erfaring og økonomisk soliditet, jf konkurransegrunnlagets side 3, uten at nivået for hva som vil bli ansett som tilstrekkelig kvalifikasjoner er angitt. Disse kravene må forstås som kvalifikasjonskrav, jf klagenemndas sak 2004/238 premiss 28.
- (15) Klager anfører at det foreligger brudd på prinsippet om etterprøvbarhet i lovens § 5 da innklagede ikke har dokumentert at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene stilt i konkurransen. Innklagedes vurdering av kvalifikasjonskravene vedrørende valgte leverandørs økonomiske soliditet, erfaring, referanser, kvalitetssikringssystemer er heller ikke dokumentert.
- (16) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kravet til økonomisk soliditet, jf § 11-10(1)a jf § 8-4(1).
- (17) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling ved å ha lagt avgjørende vekt på informasjon som ikke fremkommer av tilbudet. Informasjonen er verken tilsendt fra valgte leverandør eller er offentlig tilgjengelig eller etterprøvbar, og er tilfeldigvis kjent for innklagede grunnet eierinteresser hos valgte leverandør. Det følger av konkurransegrunnlaget at vurderingen av soliditet skulle bygge på siste års regnskaper og årsberetninger.
- (18) Valgte leverandørs fremlagte regnskap og årsmelding for 2007, samt perioderegnskap for 2008 pr 31. mars 2008 viser at valgte leverandør var i en svært vanskelig økonomisk situasjon, med negativ egenkapital og store driftsunderskudd. Også i 1. kvartal 2008 gikk valgte leverandør med store driftsunderskudd. Virksomheten ville vært insolvent,

og senere konkurs, uten de stadige økninger av aksjekapitalen og frivillig saneringene av gjeld, senest vinteren 2008 parallelt med gjennomføringen av anbudskonkurransen. Klager er kjent med at kreditorer, herunder også innklagede, også tidligere har godtatt frivillig gjeldssanering. Innklagede har som eier/deleier og kreditor vært en avgjørende bidragsyter for at valgte leverandør har overlevd.

- (19) Det anføres at det kan være brudd på likebehandlingsprinsippet dersom valgte leverandør har oppnådd fordeler i konkurransen på beskostning av øvrige leverandører. Det vises til at det er tette bånd mellom innklagede og valgte leverandør ved at innklagede eier valgte leverandør og at det er ettergitt betydelig gjeld uten at det synes forretningsmessig forsvarlig. Innklagede har tildelt oppdraget til et selskap de har betydelig eierinteresse i og som har unngått konkurs kun ved stadige økninger av aksjekapital og gjeldssaneringer, der innklagede har bidratt med betydelige midler. Innklagede og valgte leverandør har også på andre måter et tett og nært forhold, blant annet har virksomhetene felles kontoradresse og samme faksnummer. Det fremgår også av regnskapet for 2007 at utgifter til lønn har blitt halvert, noe som også indikerer en sammenblanding av de økonomiske forholdene i de to selskapene. Klager opplever at konkurransen bærer preg av et ønske om å tildele kontrakt til et selskap der innklagede selv har eierinteresser.
- (20) Klager anfører at innklagede ikke har oppfylt kravet til begrunnelse i forskriften § 11-14(4) da det ikke er redegjort for hvordan kvalifikasjonsprosessen som ligger til grunn for tildelingen er gjennomført. Saksbehandlingen forut for tildelingen bes begrunnet, og det anføres at begrunnelsesplikten ikke er oppfylt så lenge innklagede ikke har redegjort for sine vurderinger av kvalifikasjonskravene som i dette tilfellet førte direkte til at klager ikke ble tildelt kontrakten.
- (21) Klagenemnda bes uttale seg om erstatningsspørsmålet dersom nemnda finner at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede erkjenner at det er gitt ulik informasjon i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget når det gjelder hvilken del av regelverket konkurransen skal gjennomføres etter, vedståelsesfristens lengde samt tildelingskriteriene. Innklagede anfører imidlertid at feilen ikke har hatt betydning for tildelingen eller på annen måte svekket klagers stilling i konkurransen.
- (23) Innklagede anfører at kvalifikasjonskravene er tilstrekkelig detaljert angitt i konkurransen da det ikke alltid er mulig at det stilles klare og nøyaktige krav til hvordan kvalifikasjonskriteriene skal vurderes. Det vises til at det i konkurransegrunnlaget under *"Val av leverandør"* er angitt at *"Det er ein føresetnad at leverandøren ikkje er i konkursforhandlingar eller er insolvent og driv verksemda i samsvar med gjeldande lover og reglar"*. Innklagede viser videre til at det er stilt krav om at leverandøren skal fremlegge diverse dokumentasjon knyttet til leverandørens kvalifikasjoner, herunder leverandørens økonomiske situasjon. I denne sammenhengen er av interesse at siste års regnskap og årsmelding skal fremlegges. Valgte leverandør har innlevert alle de etterspurte dokumenter, herunder etterspurt regnskap og årsmelding for 2007 og perioderegnskap for 2008 pr 31. mars 2008.

- (24) Innklagede anfører at han verken hadde rett eller plikt til å avvise valgte leverandør fra deltakelse i konkurransen. Innklagede anfører at det ikke var grunnlag for å avvise valgte leverandør på grunnlag av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til økonomi. Det vises til at det ikke er satt eksplisitte kvalifikasjonskrav utover at leverandørene ikke skal være insolvente eller under konkursbehandling. Dette medfører at det ikke stilles strenge krav til leverandørenes økonomiske stilling, men at også selskaper med svak økonomi anses for kvalifiserte så lenge innsendt dokumentasjon viser at selskapet ikke er insolvent eller står i fare for å gå konkurs i nær fremtid. Valgte leverandør var verken insolvent eller under konkursbehandling. Det var imidlertid gjort grep for å bedre den økonomiske situasjonen i selskapet, noe som også gikk frem av tilbudet fra valgte leverandør. Forslag om frivillig sanering og emisjon ble fremmet på ekstraordinær generalforsamling 28. januar 2008, og ble godkjent før tilbudsfristens utløp. Innklagede kunne, selv om de nærmere opplysningene om selve emisjonen og gjeldssaneringen ikke fremgikk av tilbudet, legge vekt på dem. Det vises til forskriftens § 12-4 om rett til å innhente supplerende opplysninger. Innklagede satt som eier av valgte leverandør inne med disse opplysningene, og la de derfor til grunn uten å kontakte valgte leverandør. Dette kan imidlertid ikke medføre at det var ulovlig å vektlegge dette, så lenge det er hjemmel for å innhente opplysningene. Det foreligger ingen holdepunkter for at selskapet er insolvent, og kontraktens verdi tilsier at den kan gjennomføres av et selskap med en noe svak økonomi så lenge selskapets regnskap og annen dokumentasjon viser at selskapet ikke står foran en nært forestående konkurs.
- (25) Innklagede anfører at opplysninger om gjeldssaneringen og den planlagte emisjonen er forhold som ikke har betydning for vurderingen av om regelverket for offentlige anskaffelser er fulgt, og dermed ikke relevant for klagenemndas behandling av saken.
- (26) Innklagede anfører at det ikke er forbud mot at datterselskap delvis eid av oppdragsgiver deltar i konkurranser, og innklagedes påstand om at det er tette bånd mellom innklagede og valgte leverandør og at valgte leverandør kan ha oppnådd konkurransemessige fordeler, er ikke nærmere begrunnet. Det er ikke grunnlag for å hevde at kravet til likebehandling er brutt. De kravene som stilles til likebehandling og konkurranse i en konkurranse hvor datterselskap deltar, er oppfylt.
- (27) Innklagede anfører at det ikke er grunnlag for å hevde at begrunnelsen ikke er tilstrekkelig i henhold til regelverkets krav. Det vises til at bestemmelsene om begrunnelse i forskriften § 22-3(1) jf § 20-16(1) er knyttet til tildelingskriteriene som skal gis, det er ikke krav om at begrunnelsen også skal inneholde en redegjørelse for valgte leverandørs oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Begrunnelsen gitt i brev av 2. mai 2008 oppfyller dermed regelverkets krav til begrunnelse selv om kvalifikasjonsvurderingen ikke er nevnt.
- (28) Innklagede har uansett i senere korrespondanse med klager begrunnet hvorfor valgte leverandør anses kvalifisert. Det vises blant annet til brev av 27. mai 2008 samt ytterligere begrunnelse gitt i tilsvaret til klagenemnda.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter

sin opplyste verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt kravet til forutberegnelighet og god anbudsskikk er oppfylt

- (30) Det følger av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at leverandørene i anskaffelsesprosessen skal kunne forholde seg til at opplysninger gitt i anbudsdokumentene er riktige.
- (31) Det er erkjent av innklagede at han har gitt motstridende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlag med hensyn til regelverk, tildelingskriterier og vedståelsesfristens lengde. Innklagede har etter dette brutt lovens krav i § 5 om forutberegnelighet ved at anbudsdokumentene inneholdt motstridende opplysninger.

Hvorvidt kvalifikasjonskriteriene er tilstrekkelig klart angitt

- (32) Klager har anført at manglende presisering og klarhet av hvilke kvalifikasjonskrav som gjelder, er i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i lovens § 5 og forskriftens § 3-1, samt i strid med forskriften § 8-4(1). Klager har vist til at det i anbudsdokumentene er angitt en rekke krav om innlevering av dokumentasjon av forhold ved leverandørens virksomhet uten at nivået for hva som er tilstrekkelige kvalifikasjoner er angitt. Dette gjelder blant annet kompetanse, kvalitetssikringssystem, erfaring og økonomisk soliditet, jf konkurransegrunnlaget side 3.
- (33) Det følger av forskriften § 8-4(1) at oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene, herunder til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Krav til leverandørens kvalifikasjoner skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen, jf forskriftens § 8-5(1).
- (34) Det følger av konkurransegrunnlaget på side 4 at det er en forutsetning at leverandørene ikke skal være insolvente eller under konkursbehandling. Klagenemnda legger til grunn at dette er et kvalifikasjonskrav som korresponderer med dokumentasjonskravene i dette tilfellet om siste års regnskap og årsmelding. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at klagers anførsel om manglende klarhet av kvalifikasjonskriteriene ikke kan føre frem for kvalifikasjonskriteriet som gjelder økonomisk soliditet.
- (35) Spørsmålet er om det foreligger andre kvalifikasjonskriterier, og i såfall om de er tilstrekkelig klart angitt i konkurransegrunnlaget.
- (36) Klagenemnda uttalte i sak 2004/238 at kvalifikasjonskravene følger underforstått av kravene til dokumentasjon, men at det må være bedt om dokumentasjon på forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner. Det hitsettes fra avgjørelsen premiss (28) følgende:

”Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene fremgår underforstått av kravene til dokumentasjon. Dersom oppdragsgiver har bedt om dokumentasjon på et forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, innebærer dette at oppdragsgiver skal vurdere om leverandørens kvalifikasjoner oppfyller det nødvendige minstekrav. I motsatt fall ville det ikke hatt noen hensikt å be om slik dokumentasjon. En annen sak er at oppdragsgiver har en stor skjønnsfrihet når det gjelder hvilket nivå kravet skal legges på.”

- (37) Klagenemnda finner at det i denne saken foreligger kvalifikasjonskrav basert på dokumentasjonskravene der kvalifikasjonskravene ikke er nærmere angitt. Spørsmålet er om manglende presisering av disse kvalifikasjonskravene knyttet til kompetanse, kvalitetssikringssystem og erfaring medfører brudd på kravet til forutberegnelighet og klarhet. Klagenemnda uttalte seg i sak 2003/7 om hvilke krav som settes til presisjonsnivået vedrørende kvalifikasjonskriteriene. Det hitsettes fra avgjørelsen side 4:

"Oppdragsgiver plikter å angi i kunngjøringen hvilke krav som "i hovedtrekk" stilles til leverandørenes kvalifikasjoner. Dette innebærer imidlertid i utgangspunktet ikke en plikt til å definere kvalifikasjonskravene i detalj eller å angi nivået som kreves oppfylt. Angivelsen av kvalifikasjonskravene kan imidlertid ikke være så vag eller upresis at det i realiteten gir oppdragsgiver et for vidt skjønn i kvalifiseringen. "

- (38) Kvalitetssikringssystemet er nærmere presisert i konkurransegrunnlaget side 3, og klagenemnda finner på denne bakgrunn at dette kvalifikasjonskravet ikke er i strid med kravet til forutberegnelighet og klarhet i lovens § 5.
- (39) De øvrige kvalifikasjonskravene er ikke presisert, og det er ikke sagt noe om hvilke nivå minstekravene som må oppfylles ligger på, utover innlevering av etterspurt dokumentasjon. Aktuelle leverandører vil derfor ikke kunne vite når de vil være kvalifisert til å delta i konkurransen. Klagenemnda finner at i hvert fall kvalifikasjonskravene knyttet til bemanning, organisering og utstyr er så vagt angitt at angivelsen av disse kvalifikasjonskriteriene er i strid med kravet til forutberegnelighet og klarhet i lovens § 5 fordi de i realiteten gir oppdragsgiver et for vidt skjønn.

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk soliditet

- (40) Klager har anført at innklagede skulle vært avvist på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kravet til økonomisk soliditet.
- (41) Etter forskriftens § 11-10 (1) bokstav a har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller de krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen.
- (42) Det følger av konkurransegrunnlaget at det er en forutsetning at leverandørene ikke skal være insolvente eller under konkursbehandling. Klagenemnda legger til grunn at dette er et kvalifikasjonskrav, se premiss (34) ovenfor.
- (43) Innklagede har anført at det ikke stilles strenge krav til leverandørenes økonomi utover kravet om at de ikke skulle være insolvent eller under konkursbehandling. Dette medførte at også leverandører med svak økonomi ble ansett for kvalifiserte så lenge innsendt dokumentasjon viste at selskapet ikke var insolvent eller sto i fare for å gå konkurs i nær fremtid. Innklagede har videre vist til at valgte leverandør verken var insolvent eller under konkursbehandling, og dette er ikke bestridt av klager.
- (44) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har gjort feil ved å legge til grunn at kvalifikasjonskravet om at leverandøren ikke var under konkursbehandling eller var insolvent, var oppfylt. Klagers anførsel fører ikke frem.

Hvorvidt kravet til likebehandling og konkurranse er oppfylt

- (45) Klager hevder at det er brudd på kravet til likebehandling at det er tette bånd mellom innklagede og valgte leverandør. Innklagede eier 33 % av aksjekapitalen av valgte leverandør, og det er på det rene at innklagede mens anbudsprosessen pågikk ettergav gjeld og økte aksjekapitalen i selskapet.
- (46) Kravet til likebehandling innebærer at alle leverandører skal behandles likt i anbudsprosessen. Utgangspunktet er at anskaffelsesregelverket ikke hindrer egne hel- eller deleide selskaper i å konkurrere om oppdrag som den offentlige oppdragsgiveren kunngjør. Klagenemnda har ikke tidligere behandlet spørsmålet om det vil være i strid med kravet til likebehandling å ettergi gjeld og øke aksjekapitalen i eget selskap mens en anbudsprosess pågår. Klagenemnda har heller ikke funnet EF-domstolspraksis eller andre rettskilder som berører dette.
- (47) Det må uansett være på det rene at innklagede som eier av et selskap kan tilføre kapital til selskapet så lenge dette gjøres i henhold til statsstøtteregelverket. Det avgjørende vil være om det offentlige, når det opptrer i markedet, handler på samme måte som en sammenlignbar (privat) investor ville gjort. Dette må gjelde uavhengig av om selskapet deltar i en anbudsprosess eller ikke. Klagenemnda kan imidlertid ikke overprøve om ettergivelsen av gjeld eller økningen av aksjekapital i dette tilfellet var gjort i henhold til statsstøtteregelverket.
- (48) Et annet forhold er at oppdragsgiver har plikt til å sørge for at konkurransen er reell. Det må stilles strenge krav i konkurranser som den foreliggende hvor det er tette bånd mellom oppdragsgiver og valgte leverandør, slik at tilbyderne blir behandlet likt og kan ha tillit til at konkurransen gjennomføres i henhold til regelverket. Klagenemnda kan imidlertid i dette tilfellet ikke se at klager overhode har dokumentert at det foreligger andre forhold som skulle innebære brudd på kravet til likebehandling enn de ovenfor nevnte. Klagers anførsel fører ikke frem.

Hvorvidt kravet til etterprøvbarehet er oppfylt

- (49) Klager har anført at innklagede ikke har dokumentert at valgte leverandør har oppfylt dokumentasjonskravene, og at innklagede dermed har brutt lovens prinsipper om etterprøvbarehet i § 5. Klager har også anført at innklagedes vurdering av kvalifikasjonskravene ikke er dokumentert, og således i strid med prinsippet om etterprøvbarehet.
- (50) Av kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5 følger det at oppdragsgiver må kunne dokumentere at det er foretatt vurderinger av tilbydernes kvalifikasjoner. Innklagede har i brev av 13. mai 2008 til klager vist til at valgte leverandør ikke er konkurs og at det heller ikke foreligger begjæring om konkurs. I innklagedes brev av 27. mai til klager heter det blant annet at:

”NoMil har i sin saksbehandling og vedtak i denne saka godkjent alle oppdragstakarar for å ha oppfylt kvalifikasjonskrava i konkurransegrunnlaget.[...] Alle dei vedlegg som det i konkurransegrunnlaget var stilt krav om skal vere med, har alle oppfylt. [...] Valte leverandør oppfyller dei krav som i gitte anbod er relevante”

- (51) Klagenemnda finner at innklagede har dokumentert i tilstrekkelig grad at det er foretatt vurderinger av tilbydernes kvalifikasjoner med hensyn til økonomisk soliditet, og innklagede har ikke brutt kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5(3) hva dette angår. Det samme må gjelde kvalitetssikringskriteriet hvor kravet er tilstrekkelig klart angitt, jf premiss (38) ovenfor og innklagede har opplyst i brev av 27. mai 2008 at kvalifikasjonskravene er oppfylt.
- (52) De øvrige kvalifikasjonskriterier er så vagt angitt at de er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, jf denne sakens premiss (39). Klagenemnda kan vanskelig se at kravet til etterprøvbarhet er oppfylt da innklagede kun har oppgitt at kvalifikasjonskravene er oppfylt uten noen nærmere henvisning til hva kravene består i og hvilke vurderinger som er gjort.

Begrunnelsesplikt

- (53) Når det gjelder klagers anførsel om at innklagede plikter å redegjøre for vurderingen av kvalifikasjonskravene med hjemmel i forskriftens § 11-14 (4), kan ikke klagenemnda se at denne anførselen kan føre frem. Det følger av ordlyden i bestemmelsen at begrunnelsesplikten omfatter en "*nærmere begrunnelse for hvorfor dens forespørsel om å delta er forkastet, eller leverandøren ikke fikk tildelt kontrakt*". Klagenemnda legger til grunn at bestemmelsen omhandler begrunnelsesplikten ved avvisning på grunn av ikke oppfylte kvalifikasjonskriterier, noe som ikke er tilfellet her. Klagers anførsel fører ikke frem.

Erstatning

- (54) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til kravet om erstatning.

Konklusjon:

Nordfjord Miljøverk IKS har brutt kravet om forutberegnelighet, jf lovens § 5 ved å ha gitt motstridende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.

Nordfjord Miljøverk IKS har videre brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved for vag angivelse av deler av kvalifikasjonskriteriene

Nordfjord Miljøverk IKS har brutt kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5 (3) for kvalifikasjonskriteriene bemanning, organisering og utstyr.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
2. februar 2009



Jakob Wahl