

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om bilauksjonstjenester. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ikke ta hensyn til underkriterier som fremgikk av konkurransegrunnlaget ved tildelingsevalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 27. april 2009 i sak 2008/182

Klager: Økern bilauksjon AS

Innklaget: NAV Hjelpemiddelsentral Oslo

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Bjørg Ven.

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør. Tildelingsevaluering.

Bakgrunn:

- (1) NAV Hjelpemiddelsentral Oslo (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 25. januar 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bilauksjonstjenester. Bilauksjonstjenestene omfattet innlevering av biler, henting av biler, reparasjon/service, demontering av utstyr, klargjøring før salg, salg av biler, samt registrering av biler hos Statens Vegvesen. Anskaffelsen gjaldt inngåelse av rammeavtale med en leverandør for to år med mulighet til forlengelse i 1 + 1 år. Tilbudsfristen var satt til 12. mars 2008.
- (2) Det var i kunngjøringen del III blant annet opplyst følgende:

"DEL III: JURIDISKE, ØKONOMISKE, FINANSIELLE OG TEKNISKE OPPLYSNINGER

III.1)VILKÅR I KONTRAKTEN

*III.1.1) Sikkerhetsstillelse og garantier som kreves (hvis relevant)
Bankgaranti kr. 5.000.000.*

*III.1.2) De viktigste finansierings- og betalingsvilkår og/eller henvisninger til relevante bestemmelser
Se konkurransegrunnlaget.*

*III.1.3) Krav til foretaksform for eventuell leverandørgruppering kontrakten tildeles (hvis relevant)
Ingen.*

III.1.4) Andre særlige vilkår som gjelder utførelsen av kontrakten:

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)

(5) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under):

Kopi av forsikringsavtale.

Kopi av standard auksjonsvilkår.

Bankgaranti for kr. 5.000.000."

- (3) Av konkurransegrunnlaget på side 6 fremgikk det at kvalifikasjonskravene var omhandlet i konkurransegrunnlagets del 2:

”2. OM KONKURRANSEGRUNNLAGET

[...]

2.2 Konkurransegrunnlaget består av følgende

Del 1 — Anbudsinnsbydelse (dette dokument).

[...]

Del 2 — Kvalifikasjonskrav

Det vises til forskrift om offentlige anskaffelser, § 5-5 samt konkurranseinnbydelsens

111.2.1.3 hvor det stilles krav til dokumentasjon på vurdering av kvalifikasjoner anbyder har.

Anbyder anmodes derfor til å legge ved dokumentasjon på krav som stilles i vedlegg 3.

[...]”

- (4) Kvalifikasjonskriteriene fremgikk videre av konkurransegrunnlagets del 2 vedlegg 3. Det hitsettes herfra:

”DEL 2 – KVALIFIKASJONSKRAV

Vedlegg 3 – kvalifikasjonskrav

Anbyder skal legge ved følgende dokumentasjon:

BANKGARANTI:

Det kreves bankgaranti for kr. 5.000.000”

- (5) Det fremgikk videre av samme del av konkurransegrunnlaget at det var utarbeidet en sjekkliste for kvalifikasjonskravene. Det hitsettes fra denne i konkurransegrunnlagets side 24:

“Kvalifikasjonskrav sjekkliste

<i>DOKUMENTASJON</i>	<i>SJEKKLISTE</i>
<i>[...]</i>	
<i>Bankgaranti for 5.000.000</i>	
<i>[...]</i>	

”

- (6) Den inngåtte rammeavtalens punkt 5.5.1 inneholder en bestemmelse om bankgaranti. Denne rammeavtalen var ikke en del av konkurransegrunnlaget. Det hitsettes fra avtalen:

”5.5 Sikkerhetsstillelse for oppfylld av Leverandørens forpliktelser

5.5.1 Bankgaranti

Leverandøren skal som sikkerhet for sine forpliktelser i henhold til Avtalen, stille en garanti utstedt av norsk bank eller annen godkjent kreditinstitusjon. Kopi av garantien vedlegges Avtalen i Bilag 6.

Bankgarantien skal i kontraktsperioden være pålydende kr. 5.000.000 (fem millioner kroner). Avtalens ikrafttredelse og gyldighet forutsetter at Leverandøren innen 10 kalenderdager etter avtaleinngåelse får utstedt en signert bankgaranti tilsvarende foran nevnte bankgaranti og som er tilfredsstillende for Kunden. Kunden er ikke forpliktet til å foreta utbetaling i henhold til korrekte og betalbare fakturaer etter denne Avtalen, før bankgarantien er forelagt og godkjent av Kunden.”

- (7) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 4.1:

”4.12 Kriterier for tildeling av kontrakt

NAV HMS vil velge det økonomisk mest fordelaktige anbudet basert på følgende kriterier med

tilhørende vekting i prosent:

- *Høyeste netto sum, etter fradrag av utgifter, som kan forventes innbetalt til NAV HMS: 60 %*
- *Relevant erfaring fra tilsvarende arbeidsoppgaver: 15 %*
- *Kvalitet på service og oppfølging av kundeforholdet: 10%*
- *Kvalitetsstyring av egen virksomhet: 10 %*
- *Tjenester knyttet til mottak og henting av biler: 5 %*

- (8) Av konkurransegrunnlagets punkt 5.2 fremgikk det at innklagede ønsket utlevert salgsdokumentasjon. Det hitsettes fra punktet:

"5.2 Salgsdokumentasjon — Statistikk på siste 100 biler solgt

NAV HMS ønsker å få utlevert salgsdokumentasjon sammen med anbudet for å kunne vurdere anbyders salgsevne. Dette gjøres ved å se på følgende informasjon:

- *Gjennomsnittpris på takst*
- *Gjennomsnittpris på salgssum*
- *Andel biler solgt over takst i prosent*
- *Andel biler solgt under takst*
- *Andel biler ikke solgt siste 3 måneder*

Anbyder anmodes om å tilrettelegge en liste på siste 100 biler solgt på auksjon i 2007/2008. Dato skal oppgis og anbyder skal kunne dokumentere med salgsrapport at dette er et periodisk utvalg for gitt dato og at bilene ikke er tilfeldig sammensatt."

- (9) Økern bilauksjon AS (heretter kalt klager) og Oslo Bilauksjon AS (heretter kalt valgte leverandør) leverte tilbud innen fristen. Begge tilbyderne ble ansett kvalifiserte.

- (10) Det hitsettes fra valgte leverandørs tilbud vedrørende bankgaranti:

"Del 2 — Kvalifikasjonskrav

Bankgaranti

Nordea Bank ASA stiller bankgaranti på NOK 5 000 000 til Oslo Bilauksjon as sine kunder. Individuelle bankgarantier gis i tillegg. Før kontraktsinngåelse vil NORDEA utstede garantidokument til NAV HMS."

- (11) Det hitsettes videre fra klagers tilbud vedrørende bankgaranti:

"Kvalifikasjonskrav:

[...]

- *Bankgaranti stilles fra Handelsbanken v/Geir Yksnøy Eriksen Tlf:22 62 64 11"*

- (12) Innklagede evaluerte tilbudene, og meddelelse om tildeling av kontrakt av 31. mars 2008 ble sendt klager 10. april 2008. Det fremgikk av brevets konklusjon at valgte leverandør vant anbudskonkurransen på bakgrunn av høyere forventet innbetaling til innklagede. Når det gjaldt de øvrige tildelingskriteriene ble tilbyderne vurdert likt. Det hitsettes fra meddelelsen om kontraktstildeling punkt 1:

"Høyeste netto sum, etter fradrag for utgifter, som kan forventes innbetalt til NAV HMS: 60%.

Økern bilauksjon AS har de siste årene solgt biler for NAV Hjelpemiddelsentral Oslo, og Oslo bilauksjon AS har de siste årene solgt biler for NAV Hjelpemiddelsentral Akershus. Det er ingen anbydere som ikke har solgt biler for NAV tidligere, slik at bruk av resultatene fra salg for NAV ikke vil være til ulempe for anbydere som ikke tidligere har solgt biler for NAV. Sammenligning av resultatene fra salg av biler for NAV gir et godt grunnlag for valg av leverandør. Dette er fordi Oslo fylke og Akershus fylke er omtrent like store i folketall. Videre er bilene innvilget etter samme regelverk i begge fylkene, og regelverket er tolket i begge fylkene av enheter som er relativt

store og har erfarne medarbeidere. Det antas på denne bakgrunnen at massen av biler som den enkelte anbyder har fått inn for salg for NAV i hovedsak er lik, og at oppnådd salgpris derfor er direkte sammenlignbar mellom de to anbyderne. Begge anbyderne har tilrettelagt en liste over de siste 100 bilene de har solgt for NAV. Det er i listene oppgitt hva bilene er taksert til. Begge anbydere bruker NAF til takseringen. Videre er det oppgitt hva bilene har oppnådd i salgpris på auksjon. Vi kan ikke se at det er forhold i anbydernes prissetting av tilleggstjenester som har så vidt stor betydning at tilleggstjenester som reparasjon og service m.v. på bilene medfører grunn til å korrigere inntrykket oppnådd salgpris gir.

Oslo bilauksjon AS oppnådde gjennomsnittlig 41,5 % høyere salgpris per bil enn Økern bilauksjon AS.

I de fleste tilfeller vil oppnådd salgpris vise beløpet som kan forventes innbetalt til NAV HMS.

Begge anbyderne har også tilrettelagt en liste over de siste 100 bilene de har solgt. Økern bilauksjon AS har framlagt en liste over de siste 100 bilene de har solgt uansett hvem som er oppdragsgiver, og uansett om bilene er taksert eller ikke. Oslo bilauksjon AS har framlagt en liste over de siste 100 bilene som er solgt der bilen har vært taksert. Taksering av bilene gjøres gjerne for institusjonelle oppdragsgivere (kredittforetak, offentlige etater m.v.), mens det ikke er vanlig med uavhengig taksering av biler som selges for privatpersoner. Listen fra Økern bilauksjon AS har et stort innslag av privatkunder, mens listen fra Oslo bilauksjon AS bare inneholder biler fra institusjonelle oppdragsgivere. Dette medfører at listene ikke er direkte sammenlignbare.

Oslo bilauksjon AS oppnådde gjennomsnittlig 80 % høyere salgpris per bil enn Økern bilauksjon AS.

På bakgrunn av oppnådd pris ved faktiske salg av biler for NAV HMS antar vi at Oslo bilauksjon AS vil generere en klart høyere innbetaling til NAV HMS enn Økern bilauksjon AS, slik at Oslo bilauksjon AS vinner dette tildelingskriteriet i anbudskonkurransen.”

- (13) Tildelingen ble påklaget av klager i brev av 21. april 2008. Klagen ble avvist i innklagedes brev av 29. april 2008.
- (14) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 15. mai 2008.
- (15) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 14. oktober 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist fra anbudskonkurransen fordi han ikke dokumenterte en bankgaranti på fem millioner kroner på kvalifiseringstidspunktet. Det anføres at valgte leverandørs bankgaranti verken var innlevert til rett tid eller oppfyller de kravene som stilles i konkurransegrunnlaget. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist fra konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 11-10 bokstav a.
- (17) Klager anfører at kravet til bankgaranti må forstås slik at den enkelte tilbyder må fremlegge dokumentasjon på at en eventuell bankgaranti vil bli stilt ved en eventuell kontraktsinngåelse. Dette harmonerer med rammeavtalens punkt 5.5.1, og med at det er forbundet med betydelige kostnader (2 % av garantisummen) å utarbeide en bankgaranti, slik at det ville være

uforholdsmessig å kreve fremlagt en fullstendig skriftlig bankgaranti på kvalifikasjonstidspunktet.

- (18) Det fremgår av tilsvarets punkt 3b at valgte leverandør ikke fremla bankgaranti på kvalifikasjonstidspunktet. Klager har ikke fått innsyn i valgte leverandørs tilbud, og må derfor forutsette at slik dokumentasjon ikke ble fremlagt, og valgte leverandør skal dermed avvises, jf. § 11-10 bokstav a.
- (19) Klager anfører for tilfellet av at klagenemnda kommer til at valgte leverandør rettidig har fremlagt en bankgaranti, at innklagedes bankgaranti ikke oppfyller de kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget. Kravet må forstås slik at valgte leverandør må stille en bankgaranti på fem millioner kroner til sikkerhet for valgte leverandørs forpliktelser overfor innklagede. Bekreftelsen fra Nordea viser at den stilte bankgarantien er en *"rammegaranti"* som gjelder *"overfor enhver Kommittent hvis fordring er oppstått i henhold til skriftlig kommisjonsavtale"*.
- (20) Klager anfører videre at valgte leverandørs bankgaranti heller ikke oppfyller kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget med hensyn til hvilken type mislighold det skal stilles sikkerhet for. Garantien gjelder tilsynelatende ikke de tilfeller hvor valgte leverandør misligholder sine plikter overfor innklagede, dersom dette misligholdet beror på at kjøper ikke har betalt kjøpesummen til valgte leverandør. Bankgarantien er da i realiteten kun en garanti mot at valgte leverandør underslår kjøpesummen eller går konkurs.
- (21) Klager anfører at klager oppfyller kravet til bankgaranti. Dersom klagenemnda kommer til motsatt resultat, anfører klager at begge tilbyderne skulle vært avvist, og konkurransen avlyst.
- (22) Klager anfører at innklagedes tildeling basert på gjennomsnittlig salgspris på de siste 100 solgte NAV bilene strider mot opplysninger gitt i konkurransegrunnlaget, og prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5. Det anføres at innklagede er bundet av de underkriterier som fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 5.2, og det fremgår verken av begrunnelsen eller det etterfølgende avslaget på klagen at beregningene er basert på underkriteriene som er oppstilt i konkurransegrunnlaget. Innklagede har avgjort konkurransen alene ved å vurdere gjennomsnittlig salgspris. Dette gir ikke et korrekt bilde av tilbydernes salgsevne, da valgte leverandør hadde helt andre og dyrere biler inne til salg enn klager i denne perioden. Tildelingen er i strid med reglene for beregning som innklagede har oppstilt i konkurransegrunnlaget.
- (23) Klager anfører at den beste salgsevnen slik den skal måles etter konkurransegrunnlaget fremgår ved å se på gjennomsnittspris på salgssum i forhold til gjennomsnittspris på takst. Hadde innklagede fulgt reglene i konkurransegrunnlaget og tatt hensyn til at klager solgte sine biler vesentlig høyere over takst enn valgte leverandør, ville klager vunnet dette kriteriet, og skulle følgelig vært tildelt kontrakten.
- (24) Klager stiller seg undrende til innklagedes uttalelse om at man ikke har tillit til taksering av hjelpemiddelsentralbiler (HMS-biler). Det anføres at innklagede selv har oppstilt takst som et relevant tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget, og verditaksering er også en forutsetning for fremtidige salg av HMS-biler, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3.2.4. I henhold til konkurransegrunnlagets punkt 4.6 og forskriftens § 8-2 kan ikke innklagede endre konkurransegrunnlaget etter at tilbudsfristen er gått ut. Innklagede meddelte ikke klager om endringer i tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut, og innklagede plikter da å ta hensyn til de underkriterier som er angitt i konkurransegrunnlaget.
- (25) Når det gjelder innklagedes anførsel om at valgte leverandør har høyere omsetning på HMS-biler enn klager, og at klager bruker lengre tid på salg av HMS-biler, er ikke disse momentene angitt i konkurransegrunnlaget, og det er således ikke anledning til å legge vekt på dem ved tildelingsevalueringen. Det vises videre til innklagedes anførsel om at det ikke er mulig å se forskjell av betydning på bilparken som de to tilbyderne har solgt for NAV hjelpemiddelsentral.

Klager fastholder påstanden om at valgte leverandør hadde dyrere HMS-biler inne til salg enn klager. Dette er illustrert ved innklagedes dokument som viser at bilene solgt gjennom valgte leverandør i gjennomsnitt er taksert 209 % høyere enn HMS-bilene solgt gjennom klager. Dette er en klar indikasjon på at sammenstillingsgrunnlaget ikke er korrekt, og en ren vurdering av salgspris på HMS-bilene gir ikke et korrekt bilde av hvilken tilbyder som kan forventes å generere den høyeste innbetalingen til innklagede. Det korrekte vil være å vurdere forholdet mellom takst og salgspris som angitt i tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget.

(26) Klager ber klagenemnda ta stilling til erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

(27) Innklagede bekrefter at valgte leverandør ikke fremla bankgaranti i kvalifiseringsomgangen. Valgte leverandør har imidlertid, og hadde på tilbudstidspunktet, en slik bankgaranti som dekker enhver kommittent de selger bil for.

(28) Innklagede anfører at heller ikke klager fremla bankgaranti i sitt tilbud, og skulle vært avvist dersom valgte leverandør skulle vært avvist på dette grunnlaget. At klager *"stillet midler til rådighet for en slik bankgaranti"* som klager anfører i klagen av 14. oktober 2008, utgjør ingen bankgaranti.

(29) Det anføres at de to tilbyderne ble vurdert likt på fire av fem tildelingskriterier, slik at det avgjørende for tildelingen ble hvordan tilbyderne ble vurdert for tildelingskriteriet *"Høyest netto sum, etter fradrag for utgifter, som kan forventes innbetalt til NAV HMS"*.

(30) Innklagede anfører at underpunktene som fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 5.2 kun har betydning i den grad de kan belyse tilbyderens oppfyllelse av tildelingskriteriet *"Høyest netto sum, etter fradrag av utgifter, som kan forventes innbetalt til NAV HMS"*. Innklagede ønsket ved utlysing av konkurransen å legge til rette for at også bilauksjonsfirmaer som ikke tidligere hadde solgt biler for NAV Hjelpemiddelsentral (NAV HMS) skulle kunne levere tilbud. Å holde en konkurranse hvor alle tilbydere ble målt på takserte biler ville sannsynligvis ekskludert en del mulige tilbydere. Da begge tilbyderne hadde solgt biler for NAV HMS kunne innklagede basere vurderingen på tidligere oppnådde resultater uten å ekskludere noen fra konkurransen.

(31) Innklagede er av den oppfatning at takstene til klager er urealistiske, og at differansen mellom takst og oppnådd salgspris derfor ikke er egnet til å belyse spørsmålet om hvilken tilbyder som kan forventes å generere den høyeste innbetalingen til innklagede.

(32) Innklagede anfører at bilene som er solgt for innklagede, i gjennomsnitt er like mye verdt når de byttes inn, og det er ikke mulig for innklagede å se av de innsendte listene over bilparken de to tilbyderne har solgt for NAV HMS om det er forskjell av betydning på de solgte bilparkene. Det fremgår av innklagedes tildelingsmeddelelse av 31. mars 2008 at valgte leverandør i snitt oppnår 40 % høyere salgssum enn klager. Dette er en vesentlig forskjell, og det må være fullt legitimt å legge avgjørende vekt på dette ved avgjørelsen av konkurransen.

(33) Innklagede anfører at det ikke foreligger brudd på regelverket for offentlige anskaffelser ved gjennomføringen av anskaffelsen, og at det derfor heller ikke foreligger grunnlag for å tilkjenne klager erstatning.

Klagenemndas vurdering:

(34) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen må etter klagenemndas oppfatning karakteriseres som en uprioritert tjeneste i kategori 27, og den følger da del I og II i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 i tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69.

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist

- (35) Klager har anført at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, fordi han ikke har dokumentert en bankgaranti på fem millioner på kvalifiseringstidspunktet, jf. konkurransegrunnlaget del 2 vedlegg 3.
- (36) Utgangspunktet er at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller de materielle krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, jf. forskriftens § 11-10 (1) bokstav a. At en leverandør har unnlatt å gi tilstrekkelige opplysninger om oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene, medfører ingen plikt til å avvise leverandøren, jf. § 11-10 (2) bokstav g). Oppdragsgiver må imidlertid foreta en forsvarlig vurdering av om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravet, jf klagenemndas avgjørelse 2003/57 og 2004/79 premiss (49).
- (37) Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at kvalifikasjonskravene følger underforstått av kravene til dokumentasjon, se blant annet klagenemndas sak 2004/238 premiss (28), og klagenemnda legger til grunn at det er et kvalifikasjonskrav knyttet til finansiell sikkerhet som korresponderer med dokumentasjonskravet om bankgaranti.
- (38) Spørsmålet er først om valgte leverandør oppfylte dokumentasjonskravet om bankgaranti. Det er på det rene at valgte leverandør ikke la frem en bankgaranti på tilbudstidspunktet. Ordlyden i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget viser at selve bankgarantien skulle følge vedlagt tilbudet. Klagenemnda viser her til at det under "*Dokumentasjonskrav*" i kunngjøringen punkt III.2 (5) var satt opp "*Bankgaranti for kr. 5.000.000*", og til at det samme fremgikk av konkurransegrunnlagets del 2 vedlegg 3. Rammeavtalens bestemmelse om bankgaranti i punkt 5.5.1 kan ikke, som anført av klager, tillegges vekt ved fastsettelse av dokumentasjonskravet om bankgaranti, da rammeavtalen ikke var en del av konkurransegrunnlaget. Da valgte leverandør ikke leverte en bankgaranti sammen med tilbudet, var ikke dokumentasjonskravet oppfylt på tilbudstidspunktet.
- (39) Spørsmålet er så om innklagede har foretatt en forsvarlig vurdering av kvalifikasjonskravet finansiell sikkerhet når dokumentasjonskravet ikke er oppfylt. Valgte leverandør har i sitt tilbud levert en egenerklæring som gikk ut på at Nordea Bank ASA stiller bankgaranti for valgte leverandørs kunder for kr 5 millioner, og at også individuelle bankgarantier kan gis. Det er oppgitt hvilken bank som utsteder bankgarantien, og det fremgår også at Nordea Bank ASA vil utstede egenerklæring før inngåelse av kontrakt. Klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede har foretatt en forsvarlig vurdering av og funnet at valgte leverandør faktisk oppfylte kvalifikasjonskravet med hensyn til finansiell sikkerhet på tidspunktet for tilbudsfristens utløp. Det er da ikke avgjørende at selve bankgarantien ikke forelå som en del av tilbudet. Det forelå således ingen plikt for innklagede til å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (40) Klager har videre anført at innklagedes bankgaranti ikke oppfyller kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget, da kravet må forstås slik at bankgarantien må stilles som en sikkerhet for valgte leverandørs forpliktelse overfor innklagede. Bankgarantien dekker heller ikke den type mislighold bankgarantien skal stille sikkerhet for.
- (41) Klagenemndas kompetanse til å overprøve oppdragsgivers skjønnsutøvelse når det gjelder evalueringen av kvalifikasjonskriteriene, vil være begrenset til om skjønnets fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig, eller er i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5, jf. klagenemndas sak 2008/147 premiss (36).
- (42) Konkurransegrunnlaget sier ikke noe om innholdet av bankgarantien, og det ligger innenfor innklagedes skjønn å vurdere om dokumentasjonen er tilstrekkelig til å avgjøre om leverandørene har den nødvendige finansielle sikkerheten, jf. premiss (39) ovenfor. Anførselen kan ikke føre frem.

Hvorvidt tildelingsevalueringen er i strid med kravet til forutberegnelighet

- (43) Det er på det rene at innklagede ved evaluering av tildelingskriteriet ”Høyeste netto sum, etter fradrag av utgifter, som kan forventes innbetalt til NAV HMS” utelukkende tok hensyn til tilbydernes gjennomsnittlige oppnådde salgspris for de siste 100 biler solgt for NAV. Det er ikke foretatt en vurdering av gjennomsnittlige takster mot gjennomsnittlige salgspriser.
- (44) Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarehet i lovens § 5, samt om evalueringen er basert på riktig faktisk grunnlag.
- (45) Spørsmålet er om det var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 å ikke vektlegge momentene i konkurransegrunnlaget punkt 5.2 under evalueringen av tildelingskriteriet ”Høyeste netto sum, etter fradrag av utgifter, som kan forventes innbetalt til NAV HMS”.
- (46) Det fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 5.2 at tilbyderne skal innlevere diverse salgsdokumentasjon for at innklagede skal kunne vurdere tilbydernes salgsevne. Slik klagenemnda forstår punkt 5.2 i konkurransegrunnlaget sammenholdt med tildelingskriteriene i punkt 4.12 er tilbydernes salgsevne avgjørende for vurdering av tildelingskriteriet ”Høyeste netto sum, etter fradrag av utgifter, som kan forventes innbetalt til NAV HMS”. Når innklagede ber om opplysninger om siste 100 biler solgt på auksjon for å få frem gjennomsnittlig takst og gjennomsnittlig salgssum, informasjon om hvor mange biler som er solgt over og under takst, og andel biler som ikke er solgt siste 3 måneder, forstår klagenemnda dette som at dette er momenter som skal inngå i vurderingen av tildelingskriteriet ”Høyest netto sum(...)”. Innklagede må forholde seg til opplysninger gitt i konkurransegrunnlaget ved evalueringen av tilbudene, jf. lovens krav om forutberegnelighet. Innklagede har i dette tilfellet ikke gjort det, og det foreligger da et brudd på lovens krav til forutberegnelighet i § 5.

Erstatning

- (47) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndforskriften § 12 (2) femte punktum.

Konklusjon:

NAV Hjelpemiddelsentral Oslo har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ikke ta hensyn til underkriterier som fremgikk av konkurransegrunnlaget ved tildelingsevalueringen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
27. april 2009

Georg Fredrik Rieber-Mohn