



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av DNA-analyser. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 20-15 (1) ved ikke "snarest mulig" å ta stilling til spørsmålet om avvisning. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 15. desember 2008 i sak 2008/197

Klager: GENA AS

Innklaget: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Bjørg Ven og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning

Bakgrunn:

- (1) Utlendingsdirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. juni 2008 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av DNA-analyser.
- (2) Kvalifikasjonskriteriene fremgikk av punkt III.2) i kunngjøringen:

"III.2) KVALIFIKASJONSKRAV

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

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørenes organisatoriske og juridiske stilling:

- (1) Firmaattest*
- (2) Attester for registrering i faglig register som bestemt ved lovgivning i det land hvor leverandør er etablert*
- (3) Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)*
- (4) Krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)*
- (5) Krav til å fremlegge egenerklæring i samsvar med forskriftens vedlegg 2 om HMS (Nasjonale krav)*

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

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet;

- (1) Framleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette.*

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) Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjenstekontrakter)*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

(2) *Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem*
 (3) *Kopi av systemsertifikat utstedt av akkrediterte sertifiseringsorgan eller tilsvarende dokumentasjon (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)''*

(3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget av 30. juni 2008 side 4 at innklagede ville tildele kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende kriterier:

1. *Price. (35 %)*
2. *Quality, including the provision of accurate answers regarding consanguinity based on saliva. (30 %)*
3. *Time required (response time from reception by laboratory/institute of saliva samples to the analysis is presented to the UDI) (12 %)*
4. *Management of the requisite handling procedures as mentioned in the present invitation to tender. (10 %)*
5. *Statistics and reports, including the kinds of statistics that can be offered. (8 %)*
6. *Service, including availability of permanent contact persons and selection of suitable equipment for the collection of samples and transport. (5 %)*

(4) Seks tilbydere leverte tilbud innen tilbudsfristen 25. august 2008, blant disse var GENA AS (heretter kalt klager) og Orchid Cellmark (heretter kalt valgte leverandør).

(5) Klager ble informert om valg av leverandør i brev av 29. september 2008:

"TENDER – DNA ANALYSES OF CONSANGUINITY RELATIONSHIPS IN CONNECTION WITH APPLICATIONS FOR FAMILY REUNIFICATIONS

We thank you for your participation in the above-mentioned competitive tendering. The competition was between six different companies, and the results are somewhat close. Unfortunately, GENA AS didn't win the competitive tendering this time.

Below is an anonymised table, showing the result, based on a method called the "highest value" method.

[...]

	<i>Maximum possible score</i>	<i>Company no. 1</i>	<i>Company no. 2</i>	<i>Company no. 3</i>	<i>Company no. 4</i>	<i>Company no. 5</i>	<i>Company no. 6</i>
<i>Price</i>	35	24	22	14	0	35	0
<i>Quality</i>	30	30	19	27	26	15	25
<i>Time required</i>	12	2	7	0	8	10	12
<i>Management</i>	10	10	6	8	6	6	6
<i>Statistics and reports</i>	8	8	6	7	4	6	6
<i>Service</i>	5	5	4	4	3	3	3
<i>Total Score</i>	100	79	64	60	47	75	50

GENA AS is company no. 5, and the winner is company no. 1 – Orchid Cellmark.

The deadline for appealing this decision is 13 October 2008 – see www.kofa.no."

- (6) Saken ble klaget inn for klagenemnda i brev av 14. november 2008. Det fremgår av brev av 24. november 2008 at innklagede vil avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har avgjort saken.
- (7) I brev av 28. november 2008 avviste innklagede klager fra konkurransen på grunn av manglende skatteattest og HMS-erklæring:

"I Deres tilbud er det lagt ved en skatteattest for innbetaling av merverdiavgift. Det mangler imidlertid skatteattest for innbetaling av skatt og arbeidsgiveravgift. Videre er det lagt ved en HMS-egenerklæring som avviker fra den erklæring som følger av forskrift om offentlige anskaffelser, vedlegg 2, og som er obligatorisk å benytte. For det første dekker Deres HMS-egenerklæring ikke følgende avsnitt i HMS-egenerklæringen:

"Jeg bekrefter at virksomheten er lovlig organisert i henhold til gjeldende skatte- og arbeidsmiljøregulverk når det gjelder ansattes faglige og sosiale rettigheter. Jeg aksepterer at oppdragsgiver etter anmodning vil bli gitt rett til å gjennomgå og verifisere virksomhetens system for ivaretagelse av helse, miljø og sikkerhet."

For det andre er Deres HMS-egenerklæring ikke undertegnet, verken av daglig leder eller av en representant for de ansatte.

For både skatteattest og HMS-egenerklæring følger det av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (1) bokstav b, at oppdragsgiver plikter å avvise tilbud der leverandøren har unnlatt å levere skatteattester og/eller HMS-egenerklæring i samsvar med forskriften § 17-4.

- (8) Avvisningen ble påklaget til innklagede i brev av 2. desember 2008:

"UDI har vurdert vårt tilbud på DNA-testing, og har ikke avvist vårt tilbud pga dette, og det er vårt utgangspunkt for klagen til KOFA.

Ad HMS erklæringen: Denne er utarbeidet av GENA sin kvalitetsansvarlige i samarbeid med daglig leder. Den inngår i dokumentunderlaget som danner grunnlaget for vår ISO 17025 akkreditering for rettsgenetiske analyser. På denne bakgrunn mente og mener vi at erklæringen bør være et fullverdig alternativ til formuleringene i Innkjøpsdirektivet. UDI har da heller ikke på noe tidspunkt gjort anførsler mot vår tekst. Vi beklager selvsagt at erklæringen ikke er signert, men kan ikke se at dette er vesentlig i denne sammenheng.

Ad skatt og avgiftserklæringen: GENA har ingen skatt eller avgiftsrestanser. Vi henvendte oss derfor til Skatteetaten for å få dette bekreftet og fikk tilsendt attesten vi vedla vår søknad. Nå forstår vi at vi også skulle ha henvendt oss til Kemnerkontoret for en egen attest derfra. Dette gjorde vi i dag, og det varte mindre enn ti minutter før erklæringen forelå i fax-form (se vedlegg 1). Heller ikke på dette punkt har UDI på noe tidspunkt gjort anrop om at vårt anbudsmateriale var mangelfullt.

Det er GENA's oppfatning at UDI har en selvsagt plikt til å opplyse mindre bedrifter om formelle mangler knyttet til anbudsmaterialet, slik at vi får anledning til å rette disse opp. Det kan ikke være rimelig at en stor statlig institusjon med store ressurser, herunder advokater og erfarne innkjøpsmedarbeidere, ikke skal gi mindre bedrifter uten

tilsvarende ressurser anledning til å rette opp formalfeil. Dette gjelder særlig når slike forhold kan rettes uten at de forsinker anbudsprosessen eller påvirker konkurranseforholdet anbyderne imellom. Vi mener dette følger klart av Forvaltningsloven.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Det er ikke grunnlag for å avvise klagen slik innklagede hevder. Innklagede hadde ikke rett til å avvise klager fra konkurransen. Det er riktig at klagers tilbud manglet skatteattest for innbetaling av skatt og arbeidsgiveravgift og at HMS erklæringen klager leverte ikke var signert. Forskriften § 20-13 (1) bokstavene b og c må imidlertid ses i sammenheng med §§ 21-1 (3) og 21-3. Tilleggsfristen som omtales her må tolkes utvidende på bakgrunn av innklagedes store kompetanse og innkjøpsressurser.
- (10) Klager bemerker også at innklagede ikke hadde noen merknader til formalitetene ved evalueringen av tilbudene, og kan ikke i ettertid påberope seg mangler ved klagers tilbud som ville vært lette å rette opp. Det ville heller ikke påvirket konkurranseforholdet mellom tilbyderne om klager hadde fått anledning til å rette opp manglene.
- (11) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget hvilke momenter som ville ble vektlagt ved evaluering av tilbudene i forhold til tildelingskriteriet kvalitet. Etter klagers mening er det fire forhold som er relevante og vesentlige ved denne evalueringen; personalets kompetanse og erfaring med den typen analyser som skulle foretas, kvalitet og kapasitet på laboratorieutstyret, kvalitet og kapasitet på det administrative datasystemet og kvalitet i de administrative prosedyrer. Disse kriteriene samsvarer med de som benyttes i EUs krav til kvalitet i ISO – 17025 sertifiseringen. I tillegg er kriteriene erfaring fra tidligere kontrakter og størrelsen på tilbyderens relevante, men ikke vesentlige momenter ved vurderingen. Klager benytter samme type prøveinnsamlingsmetode, analysemetode og statistikkprogrammer som sine største utenlandske konkurrenter. Nøyaktigheten burde derfor være den samme. Innklagede har i dette tilfellet basert evalueringen på de mindre vesentlige momentene erfaring fra tidligere kontrakter og størrelsen på tilbyderens. Dette er etter klagers mening feil metodebruk.
- (12) Subsidiært anføres at det er i strid med forbudet mot diskriminering å basere vurderingen på størrelse og tidligere erfaring, da det utelukker norske selskap fra konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (13) Klagen må avvises, da klager nå er rettmessig avvist fra konkurransen. De klagegrunner som er oppgitt i klagen vil da bare ha hypotetisk interesse, idet de ikke kan påvirke klagers rettslige stilling eller utfallet av konkurransen. Klager ble avvist fra konkurransen fordi skatteattest og HMS erklæring ikke var vedlagt klagers tilbud. Det var ikke anledning til å gi tilleggsfrist for levering, da tilbudene allerede var evaluert, og innklagede hadde derfor plikt til å avvise klager fra konkurransen.

- (14) Innklagede har ikke brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. Det bemerkes for det første at det ikke er et generelt krav at oppdragsgiver skal oppgi på forhånd hvilke momenter som vil bli vektlagt under tildelingskriteriene.
- (15) Videre er det uten betydning når klager lister opp fire punkter der klager har vurdert seg selv til å være på linje med sine utenlandske konkurrenter, og bedre enn minst en av de sannsynlige norske. Klagenemnda kan bare prøve om innklagedes vurdering er basert på feil faktum, eller er grovt urimelig eller usaklig.
- (16) Innklagede har ikke basert evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet på mindre vesentlige kriterier. På enkelte områder ble klagers tilbud vurdert som like godt som valgte leverandørs, mens på andre områder ble valgte leverandørs tilbud vurdert som bedre.
- (17) Klager har vist til at *"bedømmelsesgrunnlag som hviler på størrelse og tidligere erfaring i utgangspunktet utelukker norske selskap fra konkurransen"*. Innklagede kan ikke se at denne anførselen er nærmere begrunnet. Det kom i konkurransen inn tilbud fra flere norske selskap, samt rettsmedisinsk institutt ved Universitetet i Oslo. Innklagede mener derfor at dette ikke har utelukket norske selskap fra konkurransen.

Klagenemndas vurdering

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III.

Avvisning av klager

- (19) Innklagede har anført at saken må avvises fra behandling i klagenemnda fordi klager er rettmessig avvist fra konkurransen, og spørsmål vedrørende tildelingsevalueringen derfor etter innklagedes mening bare har hypotetisk interesse.
- (20) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstavene b at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"har unnlatt å levere skatteattest i samsvar med § 17-14 (skatteattest) med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*. Videre fremgår det av § 20-12 (1) bokstav c at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"har unnlatt å levere egenerklæring i samsvar med § 17-15 (HMS-egenerklæring), med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (21) Klagenemnda forstår klagers anførsel i premiss 10 slik at klager mener at avvisningen har skjedd for sent. I denne saken har innklagede avvist klager etter at kontrakt er tildelt, og etter at klager har klaget inn innklagede til klagenemnda. Etter § 20-15 (1) skal oppdragsgiver snarest mulig ta stilling til spørsmålet om avvisning. Klagenemnda er av den oppfatning at avvisning i dette tilfellet ikke har blitt foretatt i samsvar med § 20-15 (1). I de tilfeller hvor innklagede har en plikt til å avvise vil imidlertid innklagede alltid kunne påberope seg avvisning selv om ikke oppdragsgiver *"snarest mulig"* har tatt stilling til avvisningsspørsmålet, jf. klagenemndas saker 2005/156 premiss 46 og 2007/109 premiss 88.
- (22) Klager har erkjent at det ikke var lagt ved skatteattest for skatt ved klagers tilbud, og at den innleverte HMS-egenerklæringen ikke fulgte ordlyden i vedlegg 2 til forskriften,

samt at den ikke var signert. Det anføres imidlertid at innklagede skulle ha fastsatt en tilleggsfrist for innlevering av skatteattest. Det å gi tilleggsfrist er en rett oppdragsgiver har frem til han begynner å evaluere tilbudene. I dette tilfellet hadde innklagede allerede evaluert tilbudene, og retten til å fastsette tilleggsfrist var dermed falt bort.

- (23) Siden klager er blitt rettmessig avvist har klager ikke saklig klageinteresse i å få avgjort de andre anførsle, jf. klagenemndsforordningens § 6 2. ledd.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forordningen § 20-15 (1) ved å unnlate å "*snarest mulig*" ta stilling til spørsmålet om avvisning.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

15. desember 2008
Andreas Wahl