



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for konsulentbistand ved anskaffelser. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 8-4 og § 8-5 og lovens § 5 ved ikke å angi minstekrav for kvalifikasjonskriteriene vedrørende bemanning og organisering. Videre fant klagenemnda at innklagede hadde brutt begrunnelsesplikten, jf. forskriftens § 11-14 (4). Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. mai 2009 i sak 2008/214

Klager: Firstventura AS

Innklaget: Garanti-Instituttet for eksportkreditt

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: minstekrav for kvalifikasjonskriteriene, konkurransegrunnlag, fordeling av oppdrag innenfor parallelle rammeavtaler, klarhetskravet knyttet til tildelingskriterier, begrunnelse og klagefrist.

Bakgrunn:

- (1) Garanti-instituttet for eksportkreditt, GIEK, (heretter kalt innklagede) kunngjorde 22. september 2008 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for konsulentbistand ved fremtidige anskaffelser. I kunngjøringens punkt II.1.4) er samlet verdi av kontraktene i løpet av rammeavtalens varighet, dvs 2 år + 1 år + 1 år, anslått til mellom 200 000 kroner og 800 000 kroner eksklusiv merverdiavgift. I kunngjøringens punkt II.1.5) er anskaffelsen beskrevet på følgende måte:

"Det er behov for konsulentbistand til arbeid knyttet til utlysning av anskaffelser og tildeling av kontrakt. Omfang av behov for anskaffelser de nærmeste år:

Alle innkjøp over 1,05 mill kr i GIEK skal gjennomføres med ekstern bistand. Også andre anskaffelser er aktuelle å ha bistand til.

De mest aktuelle typer anskaffelser er: IT-utstyr, IT-tjenester, internrevisjon, organisasjonsutvikling/lederutvikling/rekruttering, grafiske tjenester, trykking, juridisk bistand i enkeltsaker."

- (2) I kunngjøringens punkt III. 2) ble det stilt følgende kvalifikasjonskrav:

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

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørenes organisatoriske og juridiske stilling:

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

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

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

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

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet:

(1) Erklæring om foretakets omsetning de siste årene med relevans til denne kontrakten.

[...]

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 tjenestekontrakter).

- (3) I kunngjøringens punkt IV.2) fremkommer at kontrakt skal tildeles på grunnlag av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på bakgrunn av følgende kriterier:

"Kriteriene listet under (Tildelingskriteriene skal stå i prioritetsrekkefølge dersom det av påviselige grunner ikke er mulig å foreta en vekting): Ja

- 1. God kunnskap og erfaring fra anskaffelser, spesielt det nye regelverket fra 1.1.07. Dokumenteres. Referanser.*
- 2. Gi en skisse over hvordan en anskaffelse tenkes løst, løses i samarbeid med fagpersoner/leder i GIEK*
- 3. Pris*
- 4. Antatt tilgjengelighet når behov for bistand påkalles (ventetid til oppstart av arbeidet)"*

- (4) Innklagede benyttet ikke konkurransegrunnlag. Firstventura AS (heretter kalt klager) innleverte således, på lik linje med de øvrige tilbyderne, tilbud på bakgrunn av det som fremkom i kunngjøringen. Klagers tilbud ble inngitt innen tilbudsfristen 9. oktober 2008.
- (5) Innklagede gav karakterer og vektet tilbudene. Deretter ble syv av de opprinnelige 14 tilbydere innkalt til møte i perioden 21. – 23. oktober 2008. Det ble avholdt møte med klager 21. oktober 2008, som deretter innleverte revidert tilbud 24. oktober 2008.
- (6) På bakgrunn av forhandlingsmøtene, samt innkomne reviderte tilbud, foretok innklagede en ny vurdering, med revurdering av karaktersettingen. Ved brev 31. oktober 2008 meddelte innklagede at Dovre International AS var tildelt kontrakt. Fra brevet hitsettes følgende:

"Etter en samlet vurdering av de ulike tilbudene sammenholdt med tildelingskriteriene, har GIEK besluttet å gå i forhandlinger om kontrakt med Dovre International AS.

Valget av Dovre er basert på følgende vurderinger:

- 1. Tilbudte konsulenter har dokumenter omfattende erfaring fra offentlig anskaffelser innenfor relevante områder, herunder jurist med god erfaring fra*

arbeid med anskaffelsesreglementet. I tillegg tilbyr selskapet ytterligere relevant kompetanse ved behov. Det er gitt relevante og gode referanser.

- 2. Det valgte firma har tilbudt en meget erfaren konsulent, og et godt team bak. Det er i vurderingen lagt vekt på systematikken, tilbyders vektlegging av prosess og formål, samt kvalitetssikring i forhold til regelverket.*
- 3. Prisen er i forhold til tilbudet på et rimelig nivå. Timeprisen er i midtsjiktet av de 14 tilbudene.*
- 4. Når det gjelder tilgjengelighet, er det i tillegg til at valgt leverandør kan starte straks og ellers gir et fleksibelt tilbud, tillagt vekt at tilbudet gis lokalt. Ved vurdering av tilgjengelighet er det også lagt vekt på at firmaet har flere ressurser. GIEK kan ha behov for at flere oppgaver løses samtidig.*
[...]

Klagefristen er 14.11.08, kl. 1600.”

- (7) Klager tok kontakt med innklagede per telefon, og gjorde oppmerksom på at ettersom konkurransen var utlyst som en rammeavtale med flere leverandører, ville det være i strid med forutsetningene i kunngjøringen å tildele kontrakt til bare én leverandør.*
- (8) Innklagede sendte deretter ut et nytt tildelingsbrev 11. november 2008, hvor det ble meddelt at tildelingsbeslutningen datert 31. oktober 2008 ble annullert i medhold av forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 (2). Innklagede meddelte videre at man ville inngå kontrakt med tilbyderne rangert som nr. 1 (Dovre International AS) og nr. 2 (Tiger Consulting), heretter kalt valgte leverandører, samt at tildeling av oppdrag innenfor rammeavtalen vil skje etter en minikonkurranse i medhold av forskriftens § 6-3 (2). Fra brevet hitsettes:*

”Ved evalueringen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriene er det benyttet en poengskala fra 1-5. Multiplisert med vektingen av kriteriene oppnådde de to nevnte tilbyderne [dvs de valgte leverandørene – nemndas kommentar] hhv 34 og 32 poeng av totalt 40 poeng. Alle de øvrige tilbyderne fikk lavere poengsummer enn de nevnte tilbyderne.

Dovre International AS fikk hhv 5, 4, 3 og 5 poeng for tildelingskriterium 1, 2, 3 og 4. Tiger Consulting oppnådde hhv 4, 4,5, 3 og 5 poeng.

Ad kriterium nr. 1). Dovre har som selskap en bred og dyp kompetanse med mange gode og relevante referanser. De tilbudte konsulentene har lang erfaring fra offentlige anskaffelser og med gode referanser. Firma er ISO sertifisert. Tiger Consulting har lang erfaring med gode referanser, med noe mindre bredde i kompetansen. Begge firma har flere relevante referanser fra nytt regelverk.

Ad kriterium nr. 2). Løsningsskissen i tilbudet viser hvordan oppgaveforståelsen er. De valgte tilbudene viser god systematikk, god forståelse av prosess og formål. Tiger har fått noe bedre skår på systematikk.

På pkt. 3 vedrørende pris, er Dovre og Tiger like gode. Noen av de innkomne tilbud var bedre i pris, men totalsummen er bedre for Dovre og Tiger. For kriterium 4 har de lik skår.”

(9) Innklagede anmodet samtidig om at vedståelsesfristen ble forlenget fra 14. november 2008 til 28. november 2008. Dersom samtlige tilbydere aksepterte dette innen 12. november kl. 12.00, ville ny klagefrist bli satt til 25. november 2008. I motsatt fall ville klagefristen være 14. november 2008, som var samme dag som den opprinnelige vedståelsesfristen løp ut. Ettersom bare seks av fjorten tilbydere gav tilbakemelding med aksept av forlengelse av vedståelsesfristen, la innklagede til grunn at fristen ikke ble forlenget.

(10) Klager ba ved e-post 13. november 2008 om nærmere begrunnelse for tildelingen. Innklagede gav deretter ytterligere informasjon på e-post samme dag. Der fremkommer følgende:

"Firstventura fikk 31 poeng med hhv 4, 4, 3 og 5 poeng. Da er justering av tilbudet 24.10.08 tatt med i vurderingen. Vi hadde en relativ grov poenginnndeling, derfor har vi i noen tilfeller valgt å operere med halve poeng. Tigers opplegg for å løse oppgaven var en av meget få som fikk over 4 poeng. Det kan også opplyses at selv om Tiger og Firstventura var i samme priskategori (3), var Tigers timepris noe lavere."

(11) I en ny e-post samme dag fra innklagede fremkommer følgende:

"Vi mener at de to tilbydernes/tilbudenes egenskaper er beskrevet i vårt brev av 11.11.08. De relative fordeler i forhold til Firstventura gjelder kriterie nr. 1 for Dovre Internationals vedkommende og kriterie nr. 2 for Tiger Consultings vedkommende. For kriterie nr. 1 hadde Dovre de mest erfarne konsulenter av de som ble tilbudt som ansvarlige konsulenter for GIEKs oppdrag. Når det gjelder kriterie nr 2, hadde Tiger en systematikk og opplegg for gjennomføringen som vi vurderte som bedre. Å gå nærmere inn på hva dette går ut på, kan vi ikke gjøre, da dette ikke er offentlig tilgjengelig materiale."

(12) Klager påklaget anskaffelsen til innklagede ved brev 14. november 2008.

(13) Innklagede avviste klagen ved brev 20. november 2008. Vedrørende tildelingskriterium nr. 4 uttalte innklagede at:

"Det er korrekt at Dovre International AS, Tiger Consulting og Firstventura AS alle fikk samme poengsum ved vurderingen av tildelingskriterium nr. 4 om tilgjengelighet. Den vurdering som er skjedd, ligger innenfor anskaffelsesregelverkets rammer for det lovlig skjønn. Vi kan for øvrig ikke gjengi det konkrete innholdet i det enkelte tilbud, og viser til vår taushetsplikt for drifts- og forretningshemmeligheter iht forskriftens § 3-6."

(14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. desember 2008. Kontrakt ble inngått 14. november 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(15) Klager anfører at ettersom kunngjøringen bare oppstiller kvalifikasjonskrav i form av krav til dokumentasjon, og ikke fastsetter hvilke minimumskrav leverandørene må

oppfylle for å bli kvalifisert, foreligger det brudd på forskriftens § 8-4 og § 8-5, samt lovens § 5 om forutberegnelighet.

- (16) Det anføres videre at det foreligger brudd på forskriftens § 8-1 ved at det ikke er utarbeidet et konkurransegrunnlag. Det vises i den forbindelse til at det i kunngjøringen blant annet ikke er gitt opplysninger om hvilke kontraktsbetingelser som skal regulere forholdet mellom kontraktspartene. Slike opplysninger er sentrale i forhold til tilbudets innretning og pris. I tillegg er det gitt svært begrensede opplysninger om hva ytelsen skal inneholde.
- (17) Klager viser dessuten til forskriftens § 6-3 som omtaler ulike måter å tildele kontrakt på innenfor en rammeavtale med flere leverandører. I foreliggende sak fikk leverandørene først opplysninger om hvordan tildelingen skulle skje i det siste tildelingsbrevet 11. november 2008. Det anføres at dette er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (18) Det anføres i tillegg at tildelingskriterium nr. 1, beskrevet som *"God kunnskap og erfaring fra anskaffelser, spesielt det nye regelverket fra 1.1.2007. Dokumenteres. Referanser"*, er uklart, og således i strid med klarhetskravet som kan utledes av grunnleggende prinsipper i lovens § 5.
- (19) Klager er videre av den oppfatning at det fremkommer av tildelingen at både selskapets kompetanse som sådan og de tilbudte konsulenters kompetanse og referanse er vurdert både i kvalifikasjonsvurderingen og i tildelingsvurderingen. Det anføres at dette er i strid med lovens § 5 og forskriftens § 13-2 andre ledd.
- (20) Det vises dessuten til at under tildelingskriterium nr. 4 om tilgjengelighet har tre tilbydere, kanskje flere, fått samme poengsum. Når leverandørene har fått samme poengsum indikerer dette at de har samme tilgjengelighet. Klager har bedt om at innklagede dokumenterer dette, noe innklagede har avslått med henvisning til taushetsplikten i forskriften § 3-6. Klager anfører på denne bakgrunn at begrunnelsesplikten i forhold til kriterium nr. 4 ikke er oppfylt, samt at forskriftens § 3-6 ikke kommer til anvendelse på denne typen opplysninger. Subsidiært anføres at evalueringsmodellen ikke honorerer de relevante forskjellene mellom tilbudene.
- (21) Klager anfører at innklagede, ved tildelingsbrevet 11. november 2008 og opplysningene som fremkommer i e-post korrespondansen 13. november 2008, har brutt begrunnelsesplikten i forskriftens § 11-14 (1) og (4).
- (22) Klagefristen etter den nye tildelingen 11. november 2008 er satt til tre dager, noe som er i strid med forskriftens § 13-3 om *"rimelig tid"*.
- (23) Det bes om at klagenemnda tar stilling til spørsmålet om vilkårene for positiv eller negativ kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (24) Ettersom forskriften § 8-5 (1) oppstiller en *"kan"* regel med hensyn til fastsettelse av minimumskrav, anføres at det ikke foreligger brudd på regelverket når slike minstekrav ikke er oppstilt. Det vises dessuten til klagenemndas sak 2006/51 hvor klagenemnda uttalte at innkjøper har stor frihet til å velge om det skal oppstilles kvalifikasjonskrav,

hvilke krav som skal stilles, og i tilfelle hvordan kravene skal dokumenteres. I foreliggende konkurranse har innklagede oppstilt dokumentasjonskrav for leverandørenes kvalifikasjoner. Det må på denne bakgrunn anses tilkjennegitt i tilstrekkelig grad at innklagede ville legge vekt på det dokumentasjonen viste om den enkelte leverandørs egnethet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene sett i forhold til oppdragets art og omfang.

- (25) Det er ikke krav om at det skal utarbeides konkurransegrunnlag i tillegg til kunngjøring, og det foreligger således ikke brudd på forskriftens § 8-1 (1).
- (26) I de tilfeller oppdragsgiver ikke har angitt noe særskilt i kunngjøringen, er metoden for fordeling av kontrakt innenfor en parallell rammeavtale fastsatt i forskriftens § 6-3. Det er ingen plikt til å angi fordelingsmetoden i kunngjøringen, og det foreligger derfor ikke brudd på forskriften § 6-3 (2)
- (27) Innklagede anfører videre at tildelingskriterium nr. 1 har direkte tilknytning til den tjeneste som tilbys, slik at det ikke er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Tildelingskriteriet er heller ikke uklart, da det er mulig for alle *"rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører"* å tolke tildelingskriteriene på samme måte, slik det er stilt krav om i rettspraksis og klagenemndas praksis. Kvaliteten på denne type leveranser er i stor grad ensbetydende med kompetansen til den som utfører arbeidet. Det sentrale er således den utførende konsulent. Referanser er tillatt som tildelingskriterium.
- (28) Vedrørende spørsmålet om samme forhold er vurdert under kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsvurderingen, vises det til Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til anskaffelsesregelverket, hvor det fremgår i punkt 9.3.3 at noen forhold kan trekkes inn både ved kvalifikasjonsvurderingen og ved tildelingsvurderingen. Ved vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, er det tillatt å legge vekt på om leverandøren vil kunne oppfylle kontrakten, noe som er vurdert i forbindelse med fremlagt dokumentasjonen i henhold til kunngjøringens punkt III.2.3. Vurderingen av hvor godt leverandøren vil kunne oppfylle kontrakten skal foretas under tildelingsvurderingen, og det er i denne vurderingen lagt vekt på tilbudenes innhold ved vurderingen av tildelingskriterium nr. 1. Innklagede bestreder på denne bakgrunn at det foreligger brudd på lovens § 5 og forskriftens § 13-2 (2).
- (29) Innklagede viser videre til at seks av de syv tilbyderne som innklagede hadde møte med, hadde god tilgjengelighet, slik at de oppnådde karakteren 5. Tilbudenes besvarelse inneholder forretningshemmeligheter. Det ligger innenfor anskaffelsesregelverkets ramme for innklagedes lovlige skjønn å gi lik poengsum for tilgjengelighet for tilbudene, selv om tilbudenes ordlyd ikke er identisk.
- (30) Det er ikke riktig at innklagede bare har gitt begrunnelse i brev 11. november 2008 og i e-post 13. november 2008. Det er også gitt begrunnelse i brev til klager 20. november 2008. Etter innklagedes vurdering er begrunnelsesplikten etter forskriften § 11-14 oppfylt ved tildelingsbrevet 11. november 2008, og senere opplysning om klagerens poengsum, samt ved brev 20. november 2008.
- (31) I tildelingsbrevet 31. oktober 2008 ble klagefristen satt til 14 dager. I forbindelse med annulleringen av tildelingsbeslutningen, meddelt ved brev 11. november 2008, ble det

angitt at den nye klagefristen ville bli satt til 25. november 2008 under forutsetning av at samtlige tilbydere aksepterte forlengelse av vedståelsesfristen til 28. november 2008. Slik aksept ble ikke gitt, og innklagede hadde da ikke noe annet valg enn å fullføre konkurransen innenfor den opprinnelige vedståelsesfristen 14. november 2008. Klagefristen ble da 4 dager. Forskriften angir ikke noe absolutt minimum for klagefristen. Det anføres således at det, i lys av de konkrete omstendighetene, ikke foreligger brudd på forskriften.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste og følger etter sin opplyste verdi lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. § 2-1 (5) vedlegg 6 nr 21.

Kvalifikasjonskrav

- (33) Klager anfører at manglende presisering av hvilke minimumskrav leverandørene skal oppfylle, herunder at det bare er stilt krav om dokumentasjon, er i strid med forskriftens § 8-4 og § 8-5, samt det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i lovens § 5.
- (34) Det følger av forskriftens § 8-4 (1) at oppdragsgiver *"kan stille minimumskrav til leverandørene, herunder til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling."* Krav til leverandørenes kvalifikasjoner skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen, jf. forskriftens § 8-5 (1).
- (35) I foreliggende sak er det stilt krav til dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravene organisatorisk og juridisk stilling, jf. kunngjøringens punkt III.2.1), økonomisk og finansiell stilling, jf. kunngjøringens punkt III.2.2), og tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. kunngjøringens punkt III.2.3).
- (36) Når det gjelder tilbydernes økonomiske og finansielle stilling kreves det dokumentert *"foretakets omsetning de siste årene med relevans til denne kontrakten"*. Det første spørsmålet blir således om det skulle vært stilt minimumskrav knyttet til hvilken økonomisk og finansiell stilling den enkelte tilbyder må inneha, jf. forskriftens § 8-4 og § 8-5.
- (37) I klagenemndas sak 2008/98 ble det anført at det var uklart hvilket krav som ble stilt til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet ettersom innklagede ikke hadde stilt noe konkret krav, men bare angitt hvilken dokumentasjon som skulle innsendes. Ved vurderingen av denne problemstilling, viste klagenemnda til sak 2004/238, hvor klagenemnda uttalte følgende:

"Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene fremgår underforstått av kravene til dokumentasjon. Dersom oppdragsgiver har bedt om dokumentasjon på et forhold som vedrører leverandørenes kvalifikasjoner, innebærer dette at oppdragsgiver skal vurdere om leverandørenes 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.

[...]

Innklagede har stilt krav om at leverandørene skal levere inn årsregnskap for de siste tre årene. For at dette dokumentasjonskravet skal ha noe innhold, må det etter klagenemndas syn innfortolkes et kvalifikasjonskrav tilknyttet leverandørenes økonomiske og finansielle stilling.

Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget hvor terskelen for avvisning på grunn av økonomisk og finansiell stilling går, og innklagede må ha adgang til å utøve et forsvarlig skjønn ved fastsettelsen av nivået.”

- (38) I sak 2008/98, premiss (73) tolket man disse uttalelsene slik at det *”innebærer at det ikke kan være noen plikt til å fastsette uttrykkelige minstekrav til leverandørenes økonomiske og finansielle stilling når innklagede har bedt om dokumentasjon for denne. Der det ikke er stilt spesifikke krav, vil oppdragsgiver ha en ”stor skjønnsfrihet” innenfor rammene av hva som anses nødvendig på bakgrunn av oppdragets art og omfang.”*
- (39) På bakgrunn av ovenstående er klagenemnda kommet til det ikke foreligger plikt til å stille minimumskrav i vedrørende tilbydernes økonomiske og finansielle stilling, slik at det ikke foreligger brudd på lovens § 5 eller forskriftens § 8-4 og § 8-5 knyttet til dette kvalifikasjonskriteriet.
- (40) Når det gjelder dokumentasjonskravet knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner, er dette beskrevet som *”oversikt over foretakets totale bemanning”, ”Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, bygge- og anleggskontrakter)”, samt ”Foretakets siste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjenestekontrakter)”*. Spørsmålet blir således om det skulle vært stilt minimumskrav i forhold til hvilket nivå tilbyderne måtte inneha for å bli kvalifisert, jf. forskriftens § 8-4 og § 8-5, jf. lovens § 5.
- (41) Klagenemnda behandlet tilsvarende problemstilling i sak 2008/100, hvor det i premiss (39) uttales at:
- ”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 kvalifikasjonskriterier er i strid med kravet til forutberegnelighet og klarhet i lovens § 5 fordi de i realiteten gir oppdragsgiver et for vidt skjønn.”*
- (42) Ettersom kvalifikasjonskravene knyttet til bemanning og organisering, herunder dokumentasjonskravet for foretakets leveranser de siste tre år, i herværende sak er formulert på samme måte som i sak 2008/100, må tilsvarende resonnement legges til grunn. Klagenemnda er derfor kommet til at det foreligger brudd på forskriftens § 8-4 og § 8-5, samt lovens § 5 om forutberegnelighet ved at det ikke er angitt minstekrav i tilknytning til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Konkurransegrunnlag

- (43) Klager anfører at det er i strid med forskriftens § 8-1 at det ikke er utarbeidet konkurransegrunnlag.
- (44) Etter forskriftens § 8-1 (1) første punktum er det fastsatt at oppdragsgiver skal utarbeide et konkurransegrunnlag dersom *"vilkårene for konkurransen ikke kan beskrives tilstrekkelig utfyllende i kunngjøringen"*. I bestemmelsens andre punktum, bokstavene a – d angis at konkurransegrunnlaget skal gi en *"tilstrekkelig og fullstendig beskrivelse"* av en rekke nærmere beskrevne forhold, herunder hvilke alminnelige og spesielle kontraktsbetingelser som gjelder for oppdraget.
- (45) I herværende sak ga kunngjøringen en relativt utfyllende beskrivelse av hva som skal anskaffes. Det dreier seg om kjøp av konsulenttjenester i forbindelse med gjennomføring av innklagedes fremtidige anskaffelser som følger regelverket om offentlige anskaffelser og herunder juridisk bistand i enkeltsaker,. Det var videre angitt at alle innkjøp over 1,05 millioner kroner skulle foretas med ekstern bistand, men at det også kunne være aktuelt med bistand i forbindelse med andre anskaffelser. I tillegg fremkom at rammeavtalens varighet er 2 + 1 + 1 år, og at samlet verdi av anskaffelsen i løpet av rammeavtalens varighet er mellom 200 000 kroner og 800 000 kroner.
- (46) Anskaffelsen kan ikke anses for å være spesielt komplisert eller omfattende. Etter klagenemndas oppfatning må derfor kunngjøringen anses for å inneholde tilstrekkelig informasjon til at tilbyderne skal kunne inngi tilbud. Klagenemnda kan derfor ikke se at oppdragsgiver skulle ha utarbeidet konkurransegrunnlag i dette tilfellet. Klagers anførsel fører således ikke frem.

Fordeling av oppdrag innenfor en parallell rammeavtale

- (47) Klager anfører at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at leverandørene først får kunnskap om hvordan tildelingen innenfor rammeavtalen skal foretas ved tildelingsbrevet 11. november 2008.
- (48) Forskriftens § 6-3 (1) angir at tildeling av kontrakt innen rammeavtaler inngått med flere leverandører skal foretas på grunnlag av vilkårene fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres ny konkurranse. Av bestemmelsens annet ledd følger videre at dersom ikke alle vilkårene for tildeling er fastsatt i rammeavtalen, skal tildeling foretas *"etter at det er iverksatt ny konkurranse mellom partene"*, også kalt minikonkurranse. Minikonkurransen skal da gjennomføres på grunnlag av vilkårene som ble brukt for å tildele rammeavtalen
- (49) Det fremgår ikke av forskriften at innklagede må opplyse tilbyderne på forhånd om innklagede har tenkt å anvende prosedyrene som angitt i forskriftens § 6-3 (1) eller § 6-3 (2), og klagenemnda kan ikke se at det er i strid med kravet til forutberegnelighet at klager ikke fikk informasjon om dette før ved brev om tildeling av 11. november 2008.

Tildelingskriterium nr. 1 – klarhetskravet. Tildelingsevaluering

- (50) Klagenemnda forstår klager slik at det anføres at tildelingskriterium nr. 1 er uklart og således i strid med lovens § 5, og videre at det er i strid med lovens § 5 og forskriftens § 13-2 (2) når innklagede har vurdert leverandørenes generelle kompetanse og de tilbudte personers spesielle kompetanse både ved kvalifikasjonsvurderingen og under tildelingsevalueringen.

- (51) I klagenemndas praksis er det lagt til grunn at hvorvidt et tildelingskriterium oppfyller kravet til klarhet, må ses på bakgrunn av den konkrete konkurransen og utformingen av konkurransegrunnlaget. Generelt er det slik at jo mindre detaljert og presist konkurransegrunnlaget er, desto større krav stilles det til utformingen av tildelingskriteriene. Det legges dessuten vekt på hvilken leverandørgruppe oppdragsgiver henvender seg til, og om leverandørene må antas å oppfatte innholdet i tildelingskriteriet på samme måte.
- (52) Foreliggende konkurranse omfatter kjøp av konsulenttenester i forbindelse med fremtidige anbudprosesser. I kunngjøringen er det spesifisert hvilke typiske innkjøp oppdragsgiver antar at de skal foreta. Oppdraget retter seg mot tilbydere som har inngående kjennskap til regelverket om offentlige anskaffelser. Når det i denne sammenheng stilles krav om god kunnskap og erfaring fra anskaffelser, spesielt det nye regelverket, herunder dokumentasjon og referanser, er det etter klagenemndas oppfatning mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke dette kriteriet på samme måte. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at det ikke foreligger brudd på lovens § 5 – klarhetskravet.
- (53) Klager anfører videre at det er i strid med lovens § 5 og forskriftens § 13-2 (2) når innklagede har vurdert leverandørenes generelle kompetanse og de tilbudte personers spesielle kompetanse både ved kvalifikasjonsvurderingen og ved tildelingsevalueringen.
- (54) Klagenemnda er i premiss (42) kommet til at det foreligger brudd på forskriftens § 8-4 og § 8-5, samt lovens § 5 om forutberegnelighet ved at det ikke er oppstilt minimumskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner. Klagenemnda har da ikke grunnlag for å ta stilling til denne anførselen.

Begrunnelsesplikt og taushetsplikt.

- (55) Klager anfører at begrunnelsesplikten i forskriftens § 11-14 (4) verken generelt eller i forhold til hvilken vurdering som ligger til grunn for poengsettingen av tildelingskriterium nr. 4, er oppfylt, samt at forskriftens § 3-6 ikke kommer til anvendelse på opplysninger knyttet til tilgjengelighet og responstid. Videre anføres at begrunnelsesplikten i forskriftens § 11-14 (1) ikke er oppfylt.
- (56) Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å behandle spørsmålet om innklagede, ved tildelingsmeddelelsen 11. november 2008, har gitt *"tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbud til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*, jf. forskriftens § 11-14 (1).
- (57) Kravet til begrunnelse etter forskriftens § 11-14 (1) må vurderes i lys av bestemmelsens formål. I Eidsivating lagmannsretts kjennelse i sak LE-2005-183161 uttalte lagmannretten blant annet at *"bare en begrunnelse som gir anbyderen en mulighet til å vurdere om det er grunnlag for klage eller grunnlag for å begjære tildelingsvedtaket "satt til side"*, tilfredsstiller forskriftens krav til begrunnelse. Av Veileder FAD 2006 side 204, fremkommer at begrunnelsen må ha et slikt innhold at leverandøren får mulighet til å vurdere hvorvidt tildelingsbeslutningen var saklig og forsvarlig, basert på korrekt grunnlag og i samsvar med tildelingskriteriene.
- (58) Ved tildelingsmeddelelsen 11. november 2008 uttalte innklagede at de på bakgrunn av en samlet vurdering av tildelingskriteriene for konkurransen, vil tildele kontrakt til de

valgte leverandører. Det vises deretter til hvilken poengskala som er benyttet, herunder til hvor mange poeng de valgte tilbydere har oppnådd på hvert enkelt tildelingskriterium, samt samlet sett. Det foretas deretter en kort redegjørelse for hvordan de valgte leverandører ble vurdert i forhold til tildelingskriteriene nr. 1 – 3. Vedrørende tildelingskriterium nr. 4 uttales at de valgte leverandører har oppnådd samme poengsum. Samlet sett anser klagenemnda denne begrunnelsen tilstrekkelig for å oppfylle forskriftens krav.

- (59) Klager anfører videre at det foreligger brudd på forskriftens § 11-14 (4), særlig hva gjelder tildelingskriterium nr. 4 om tilgjengelighet/responstid.
- (60) Av forskriftens § 11-14 (4) følger at oppdragsgiver har plikt til å gi en nærmere begrunnelse til leverandører som anmoder om det. Bestemmelsen fastsetter at begrunnelsen skal gis innen 15 dager etter anmodningen ble mottatt, og angi hvorfor klager ikke tildeles kontrakt. I tillegg skal navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen opplyses sammen med det valgte tilbuds egenskaper og relative fordeler.
- (61) I klagenemndas sak 2008/112 er kravet til hva en nærmere begrunnelse skal inneholde beskrevet. Det uttales blant annet at *"Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at en nærmere begrunnelse må forutsettes å skulle sammenligne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet til den leverandøren som anmoder om en nærmere begrunnelse, jf. blant annet sakene 2003/49, 2005/8 (premiss 35) og 2007/30 premiss (33). Videre har klagenemnda lagt til grunn at kravene til den nærmere begrunnelsens innhold og omfang til en viss grad vil måtte fastsettes på bakgrunn av innholdet i leverandørenes skriftlige anmodning, jf. sak 2003/61."*
- (62) Klager ba i e-post 13. november 2008 om en nærmere begrunnelse for tildelingen, herunder med angivelse av hvilken poengsum de oppnådde på de enkelte tildelingskriteriene, samt vurderingen bak poenggivningen.
- (63) Innklagede svarer senere samme dag på e-post, og angir hvilken poengsum klager oppnådde, både hva gjelder det enkelte kriterium, og samlet sett. Klager ber deretter i e-post samme dag om å få vite hvilken vurdering som ligger bak poengsummen for de enkelte kriterium.
- (64) Innklagede svarer samme dag og angir at tilbyder nr. 1 inngav et bedre tilbud enn klager vedrørende tildelingskriterium nr. 1 og at tilbyder nr. 2 hadde bedre tilbud enn klager vedrørende kriterium nr. 2. Ettersom innklagedes svar på klagen er datert 20. november 2008, og således er gitt innen 15 – dagers fristen, skal også de opplysninger som fremkommer der anses som en del av den nærmere begrunnelsen etter § 11-14 (4). I svarbrevet uttales at den vurdering som er foretatt av kriterium nr. 4 ligger innenfor anskaffelsesregelverkets lovlige skjønn, samt at det konkrete innhold i de enkelte tilbud ikke kan gjengis ettersom innklagede har taushetsplikt for dette, jf. forskriftens § 3-6.
- (65) Klagenemnda har hatt tilgang til opplysningene vedrørende tilgjengeligheten til de enkelte tilbydere, og kan ikke se at dette er opplysninger som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Det foreligger således ikke taushetsplikt vedrørende disse opplysningene.

- (66) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede har foretatt en inngående sammenligning av de valgte tilbud med klagers tilbud vedrørende tildelingskriterium nr. 4. Ettersom det ikke foreligger taushetsplikt om disse opplysningene, foreligger det brudd på begrunnelsesplikten etter forskriftens § 11-14 (4), i alle fall vedrørende kriterium nr. 4. Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å vurdere om det er gitt tilstrekkelig begrunnelse i forhold til de øvrige tildelingskriteriene angitt i kunngjøringen.

Klagefristen

- (67) Klager anfører at det foreligger brudd på forskriftens § 13-3 når klagefristen etter den nye tildelingen 11. november 2008 ble satt til tre dager. Klagefristen lengde må vurderes ut fra den nye tildelingen av 11. november 2008.
- (68) Etter forskriftens § 13-3 (1) første punktum fremkommer at beslutningen om hvem som er valgt som leverandør til rammeavtalen skal meddeles alle deltakerne *"i rimelig tid"* før rammeavtalen inngås, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-81/98 Alcatel. I Kofas avgjørelse i sak 2008/106 uttales i premiss (70) blant annet at *"I dette ligger at leverandørene må få tilstrekkelig tid ut fra de konkrete forhold, til å vurdere om de skal klage over beslutningen, og til å utforme en slik klage. [...] Fristen må ses i sammenheng med kravet om at det skal være mulig å gå satt til side avgjørelsen, og at oppdragsgiveren skal kunne annullere tildelingsbeslutningen, jf. § 13-3 (2) og § 22-2 (2)."*
- (69) Selv om klagefristen i herværende sak er meget kort, vises det til at klager allerede 31. oktober 2008 fikk en angivelse på hvordan innklagede vurderte i alle fall den ene av de valgte leverandørenes tilbud. Bakgrunnen for at fristen ble såpass kort, var at ikke samtlige tilbydere aksepterte å utsette vedståelsesfristen, slik det ble anmodet om ved tildelingsmeddelelsen 11. november 2008. Det er dessuten på det rene at klager leverte en klage innen fristen, og han har således hatt tilstrekkelig tid til å gjennomgå og vurdere oppdragsgivers beslutning tross den korte fristen. Anskaffelsen kan heller ikke anses for å være spesielt omfattende og komplisert slik at klager trengte mye tid for å utarbeide en klage. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at klagefristen, ut fra de konkrete omstendighetene i saken, var innenfor det som må anses som *"rimelig tid"*, og det foreligger således ikke brudd på forskriftens § 13-3 (1).

Erstatning

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

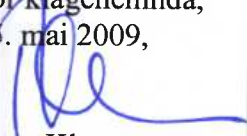
Konklusjon:

Garanti-instituttet for Eksportkreditt har brutt forskriftens § 8-4 og § 8-5, samt lovens § 5 om forutberegnelighet ved ikke å angi minstekrav for kvalifikasjonskriteriene knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Garanti-instituttet for Eksportkreditt har brutt kravene til begrunnelse etter forskriftens § 11-14 (4) ved ikke å omtale i tilstrekkelig grad tildelingskriteriet *"tilgjengelighet"*.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,
25. mai 2009,



Tone Kleven