



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende levering av restavfall til forbrenning som innklagede avholdt sammen med tre andre oppdragsgivere. Klagenemnda fant at valgt leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet "Krav til sikker økonomisk gjennomføringsevne", og derfor skulle vært avvist etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Videre fant nemnda at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5 og i forskriften § 3-1 ved at ikke samtlige leverandører fikk forespørsler om forlengelse av vedståelsesfristen. Nemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 28. september 2009 i sak 2009/128

Klager: Eidsiva Bioenergi AS

Innklaget: GLT- Avfall IKS

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Morten Goller

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a). Vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

(1) GLØR IKS (interkommunalt foretak som eies av kommunene Gausdal, Lillehammer og Øyer), Hias IKS (interkommunalt foretak som eies av kommunene Hamar, Løten, Ringsaker og Stange), SØIR IKS (interkommunalt selskap som eies av kommunene Elverum, Trysil og Åmot) og GLT- Avfall IKS (interkommunalt foretak som eies av kommunene Gjøvik, Østre Toten, Vestre Toten, Søndre Land og Nordre Land) (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 5. desember 2008 en åpen anbudskonkurranse om levering av restavfall til forbrenning.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 1, "Tilbudsinnbydelse" fremgikk det følgende vedrørende anskaffelsen:

"Det ønskes tilbud både fra tilbydere som har forbrenningsanlegg i drift og tilbydere med anlegg under bygging eller planlegging. Kontraktsperioden forutsettes derfor å starte 01.01. 2011, med en varighet på 7 år + opsjon på 2 års forlengelse.

Tilbud skal gis for hvert selskap for seg. Tilbyder kan velge hvor mange selskaper det gis tilbud til. Det er også anledning til å gi et samlet tilbud for alle selskapene."

- (3) Fra Konkurranses grunnlagets punkt 3.2 "Kvalifikasjonskrav – kriterier for deltakelse" hitsettes følgende:

"3.2.2 Tilbyders økonomiske og finansielle kapasitet

Kvalifikasjonskrav:

Det kreves sikker økonomisk gjennomføringsevne.

Dokumentasjonskrav:

- *Foretakets 2 siste årsregnskap (resultatregnskap, balanse, kontantstrømanalyse, noter, styrets beretning og revisors beretning).*
- *Regnskap til og med 3. kvartal 2008 hvis det foreligger, og eventuelle nyere opplysninger som har relevans til foretakets økonomiske og finansielle kapasitet*
- *Investeringsplaner og driftsbudsjetter for vedtatte investeringer med godkjente finansieringsplaner og bekreftelse på godkjent låneopptak.*

Dersom tilbyder baserer seg på underleverandører eller samarbeidspartnere for å gjennomføre kontraktsarbeidet, skal disse oppgis, og tilsvarende dokumentasjon for deres vedkommende vedlegges tilbudet, sammen med en forpliktelseserklæring om at tilbyder har råderett over disse underleverandørers eller samarbeidspartneres ressurser."

- (4) Den 18. desember 2008 ble det avholdt tilbudskonferanse i forbindelse med anbudskonkurransen. På konferansen ble konkurranses grunnlaget gjennomgått. Fra referatet datert 19. desember 2008 hitsettes følgende vedrørende presisering av dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskriteriet "Sikker økonomisk gjennomføringsevne":

"Kvalifikasjonskrav (kap. 3.2):

Krav om investeringsplaner og driftsbudsjetter for vedtatte investeringer gjelder de investeringer selskapet skal foreta vedrørende avfallsforbrenningsanlegg. Budsjettene behøver ikke være altfor detaljerte.

Med godkjent finansieringsplan menes godkjenning av styret. Bekreftelse på godkjent låneopptak må være fra långiver.

[...]

Dokumentasjon (pkt. 6.6):

Det ble fra oppdragsgivernes side presisert at det er viktig at all nødvendig dokumentasjon leveres med tilbudet. Mulighet for oppdragsgiver å be om manglende dokumentasjon i ettertid er begrenset ved en åpen anbudskonkurranse, og manglende dokumentasjon kan føre til at tilbud blir avvist."

- (5) Frist for innlevering av tilbud var 20. januar 2009. Innklagede mottok 6 tilbud i konkurransen, herunder fra Eidsiva Bioenergi AS (heretter kalt klager) og Gjøvik Energi AS (heretter kalt GEAS eller valgte leverandør). Fra GEAS sitt tilbudsbrev vedrørende beskrivelse av selskapets økonomiske og finansielle kapasitet til å bygge og drive et avfallsenergianlegg i Dalborgmarka på Gjøvik hitsettes følgende:

"1 Bakgrunn

Gjøvik Energi AS er et nyetablert selskap som foreløpig er eid 100 % av Daimyo AS. Selskapet har ferdig prosjektert et energigjenvinningsanlegg basert på avfall på ferdig regulert tomt ved Dalborgmarka avfallsdeponi ved Gjøvik.

Gjøvik Energi blir oppkapitalisert i forkant av byggefasen. Selskapet er i forhandlinger med flere industrielle og finansielle aktører med hensyn til deltakelse i selskapet. [...].

2 Presentasjon av selskapet

[...]

Selskapet har besluttet å gjennomføre en emisjon på (...)¹ kroner for å dekke egenkapitalbehovet til å bygge ut prosjektet på Dalborgmarka. Egenkapitalen vil bli hentet når avfallsanbudet er avklart da dette er siste forutsetning for realisering av energigjenvinningsanlegget.

[...]

3 Anleggsinvesteringer

Investeringsanslagene er basert på tilbud som er mottatt fra den mest aktuelle leverandøren.

Kalkulerte priser på bygg, grunnarbeider og strømproduksjoner er basert på kvalifiserte anslag. De samlede investeringer blir da 390 mill NOK fordelt som følger.

<i>Komponent</i>	<i>Beløp i mill NOK</i>
<i>Komplett anlegg inkl. prosjektering</i>	<i>(...)</i>
<i>Bygg og grunn</i>	<i>(...)</i>
<i>Overføringsledning til Hunton</i>	<i>(...)</i>
<i>Stinnproduksjon, byggelånsrenter og prosjektreserve</i>	<i>(...)</i>
<i>Samlet investering</i>	<i>390</i>

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parantes.]

4 Finansieringsplan

Finansieringsplan for byggefase og driftsfase blir som følger:

Finansiering	Byggefase	
Sum som skal finansieres		390
Fremmedfinansiering	Beløp	
Selgerkreditt anlegg	(...)	
Selgerkreditt øvrig	(...)	(...)
Støtte		
Enova	33,00	33,00
Egenkapital		
(...)	(...)	
Eiere	(...)	(...)
		390,00
Finansiering	Driftsfase	
Sum som skal finansieres		390
Fremmedfinansiering	Beløp	
NIB	178,00	178,00
Støtte		
Enova	33,00	33,00
Egenkapital		
Eiere	(...)	(...)
		390,00

4.1 Egenkapital

Pareto Private Equity innhenter egenkapital på vegne av selskapet. Egenkapitalen kommer fra aktører i Paretos investor nettverk (se vedlegg 5A). Videre vil Enova bidra med støtte og dette kan i mange sammenhenger anses som egenkapital (se punkt 4.2) Videre vil det (...), som er en av anleggsleverandørene, bidra med 66 MNOK i egenkapital (se vedlegg 5B).

Gjøvik Energi har også invitert andre investorer til å delta på eiersiden. GLT- avfall vil ta stilling til invitasjonen når anbudskonkurransen om avfallet er avklart.

Det er også sendt aksjetegningsinvitasjon til GLØR, og også der vil en i realitetsbehandling være avhengig av avfallskontrakten.

Etter at anbudet er avgjort, vil Gjøvik Energi også invitere HIAS med som deleier.

Eventuelt øvrig egenkapital vil skytes inn av Daimyo AS.

Den endelige sammensetning av egenkapitalen vil først bli avklart når avfallsanbudet er tildelt, siden dette er den siste og avgjørende premiss for realisering av prosjektet.

[...]

4.2 Tilskudd

I tillegg til egenkapitalen er prosjektet planlagt med tilskudd fra Enova. Slikt tilskudd kan anses som egenkapital fordi tilskuddet er skattefritt og det utbetales kvartalsvis i investeringsperioden.

Boy Kåre Kristoffersen i Enova har innstilt på at prosjektet skal få et tilskudd på 33 millioner. Saken vil bli behandlet i Enovas styre den 10. februar.

Vedlagt følger e-post fra Enova som bekrefter at saken behandles så snart intensjonsavtalen med Hunton er signert (vedlegg 5C) Videre følger bekreftelse fra Hunton på intensjonen om å samarbeide (5D).

4.3 Fremmedkapital

Gjøvik Energi vil primært være fremmedfinansiert gjennom leverandørene under byggefasen. Etter oppstart vil Nordiske Investeringsbank overta denne finansieringen.

[...]

4.5 Lån fra Nordiska Investeringsbanken(NIB)

Gjøvik Energi tar sikte på å finansiere ferdig anlegg med lån fra Nordiska Investeringsbanken (NIB) (se vedlegg 5E). Banken har besluttet å gå videre med prosjektet. NIB vil bidra med inntil 50 % av totalfinansieringen. Endelig avklaring fra NIB avventer beslutningen om eierfordeling i Gjøvik Energi. Prosjektet vil bli tatt opp til behandling i NIBs styre i aprilmøtet.

Finansiering for byggefasen vil bli opprettholdt av leverandørene inntil NIB eller andre banker overtar engasjementet.

5. Oppsummering

Basert på overnevnte er den finansielle del av prosjektet kartlagt og endelig bekreftelse med hensyn til totalfinansieringen beror utelukkende på beslutning om tildeling av avfallet fra avfallselskapene i Mjøsregionen”.

- (6) I vedlegg 5A til tilbudet var det vedlagt en bekreftelse fra Pareto Private Equity AS, hvorav følgende hitsettes:

”[...]Det bekreftes herved at Pareto Private Equity AS er engasjert som finansiell rådgiver for Daimyo AS i forbindelse med finansieringen av Gjøvik Energi AS. Finansieringen vil bli gjennomført som en kombinasjon av fremmedkapital og egenkapital. All kapital vil bli hentet inn fra Paretos nettverk av nasjonale og internasjonale banker og investorer.

Som den største privateide investeringsbanken i Norge, har Pareto utstrakt erfaring innenfor de områder som er nødvendige for å sikre finansieringen av et energigjenvinningsanlegg på Gjøvik [...]”.

- (7) Bekreftelsesbrev fra (...) datert 20. november 2008 til Daimyo AS vedrørende Gjøvik-prosjektet er vedlegg 5B til tilbudet. Fra brevet hitsettes følgende:

" [...] (...), bekrefter å investere sekstiseks millioner (66,000,000) NOK som egenkapital i prosjektet."

- (8) Vedlegg 5C er e-post korrespondanse mellom saksbehandler i Enova SF og en representant fra Daimyo AS. I Enovas svar datert 14. januar 2009, hitsettes følgende:

" [...]"

Siden Hunton Fiber vil spille en nøkkelrolle for realiseringen av prosjektet, ønsker Enova å få fremlagt signert intensjonsavtale mellom Hunton Fiber og Daimyo/Gjøvik Energi.

Som nevnt vil Enova akseptere at det i en slik intensjonsavtale formuleres inn en tydelig forutsetning om omsøkt Enova- støtte til prosjektet for at avtalen skal være gyldig.

Ber om at dere så raskt som mulig fremskaffer denne dokumentasjonen slik at vi rekker å få søknaden behandlet i neste styremøte i Enova, som er berammet til 10.02.09.

" [...]"

- (9) I vedlegg 5D til tilbudet, er det vedlagt et brev datert 15. oktober 2008 vedrørende prosjektet fra Hunton Fiber AS til Daimyo AS, hvorav innholdet er sladdet som konfidensielt

- (10) I vedlegg 5E til tilbudet følger udatert brev fra aktuell långiver, Nordiska Investeringsbanken (NIB), hvorav følgende hitsettes:

"En forutsetning for at vi skal kunne igangsette en seriøs vurdering av prosjektet er at det kommer inn industrielle og solide eiere i selskapet som kan tilby mer enn kun penger. Konstellasjonen av denne type eiere bør være minimum 30 %. I denne kategorien vil ikke selger av anlegget kunne medregnes selv om de utvilsomt kjenner prosessanlegget.

Dersom NIB går inn i prosjektet, snakker vi om maksimalt 50 % av prosjektkostnadene".

- (11) I vedlegg 5G til tilbudet fra GEAS er det vedlagt bekreftelse fra (...) i brev datert 19. januar 2009 vedrørende leverandørkreditt, hvorav følgende hitsettes:

"På vegne av konsortiet bekrefter vi herved at konsortiet vil kredittfinansiere 40 % av den totale leveransen fra konsortiet til Gjøvik Energi AS frem til ferdigstillelse av anlegget".

- (12) I vedlegg 5H er det gitt bekreftelse fra underleverandør (...) vedrørende tilbud på grunnarbeid pålydende (...) og på betongarbeider pålydende (...) til det planlagte avfallsforbrenningsanlegget. I tillegg fremgikk følgende:

"Tilbudet inkluderer også en mulighet for kjøper til å få en selgerkreditt på hele leveransen"

- (13) I tilbudet var det også vedlagt en protokoll fra styremøte i GEAS datert 15. januar 2009, hvor styret vedtok kostnadsrammen på 390 MNOK. Styret godkjente låneopptak på (...) fra konsortiet som byggelån, (...) som leverandørkreditt for grunn- og betongarbeider, ca 178 MNOK fra Nordiska Investeringsbanken som pantelån og Enovas standardbetingelser for foreslått tilsagn på 33 MNOK.

- (14) En arbeidsgruppe bestående av én person fra hvert av de interkommunale selskapene skulle foreta evalueringen av de innkomne tilbudene. Det var den samme gruppen som hadde utarbeidet kvalifikasjonskravene i konkurransen. Før arbeidsgruppen startet evalueringen av tilbudene, trakk Morten Bratlie, daglig leder i GLT- Avfall IKS seg fra gruppen. Den 6. februar 2009 forelå innstillingen fra arbeidsgruppen, hvorav følgende hitsettes:

"Morten Bratlie, GLT- Avfall, har deltatt i arbeidsgruppen under forberedelsene til anbudskonkurransen, men trakk seg ut av gruppen før anbudsåpningen og vurderingen av anbudene. Dette på grunn av habilitetsspørsmålet fordi GLT- Avfall har et samarbeid med Gjøvik Energi AS om lokalisering av forbrenningsanlegg på avfallsanlegget på Dalborgmarka. Ingen fra GLT- Avfall har således vært kjent med anbudene og prisene under vurdering av anbudene.

Vurdering av kvalifikasjonskrav.

[...]

Når det gjelder tilbydernes økonomiske og finansielle kapasitet, var kravet at tilbyderne skal ha sikker, økonomisk gjennomføringsevne. Hias' økonomisjef har bistått arbeidsgruppen i vurderingen av økonomisk og finansiell kapasitet hos tilbyderne.

[...]

Når det gjelder den siste tilbyderen, Gjøvik Energi, har arbeidsgruppen konkludert med at denne ikke oppfyller dette kvalifikasjonskravet. En av forutsetningene for godkjenning var at det skulle legges fram dokumentasjon på godkjente finansierungsplaner og bekreftelse på godkjent låneopptak for eventuelt, planlagt forbrenningsanlegg. Gjøvik Energi AS planlegger å bygge et forbrenningsanlegg på Gjøvik, men har ved anbudsfristens utløp ikke klart å dokumentere tilstrekkelig finansiering av anlegget. I et brev vedlagt tilbudet, fra aktuell långiver, Nordiska Investeringsbanken (NIB), står det:

"En forutsetning for at vi skal kunne igangsette en seriøs vurdering av prosjektet, er at det kommer inn industrielle og solide eiere i selskapet som kan tilby mer enn kun penger. Konstellasjonen av denne type eiere bør være minimum 30 %. I denne kategori vil ikke selger av anlegget kunne medregnes selv om de utvilsomt kjenner prosessanlegget."

I følge Gjøvik Energis finansieringsplan dreier lånet fra NIB seg om 178 mill. kr. 30 % av kostnadene, som er den egenkapitalen det dreier seg om, tilsvarer 130 mill. kr.

Gjøvik Energi AS anses derfor ikke som kvalifisert til å delta i konkurransen. I henhold til forskrift om offentlige anskaffelse § 11-10 skal tilbydere som ikke oppfyller de krav som er satt til deltakelse i konkurransen avvises. Gjøvik Energis anbud er derfor ikke tatt med i den videre vurdering av anbudene

[...]

Arbeidsgruppens konklusjon

Når det gjelder tilbudet som omfatter mottak av restavfall fra alle selskapene er tilbudet fra Eidsiva Energi AS vurdert som det mest, økonomisk fordelaktige. [...] Arbeidsgruppen anbefaler derfor at selskapene inngår forhandlinger med Eidsiva Energi AS med sikte på å inngå kontrakter med denne tilbyderen på grunnlag av samletilbud. ”

- (15) I notat datert 24. februar 2009 fra arbeidsgruppens leder, Terje Wikstrøm, vedrørende svar på GEAS brev datert 21. februar, fremgår det at brevet fra GEAS inneholder nye opplysninger vedrørende finansieringsplan i forhold til det opprinnelige tilbudet som ble innlevert ved anbudfristens utløp. Brevet fra GEAS datert 21. februar er ikke blitt fremlagt for klagenemnda. Fra notatet til arbeidsgruppen hitsettes følgende:

” [...] Brevet fra Gjøvik Energi AS inneholder flere opplysninger som avviker fra de som er gitt i tilbudet.

Vurdering av tilbudene er gjort på grunnlag av tilbudene og den dokumentasjonen som var vedlagt tilbudene. Hvis vi begynner å ta hensyn til nye opplysninger som kommer etter at anbudsrunden har gått ut, opptrer vi i strid med anskaffelsesforskriften. Dette er bekreftet av adv. Bjørg Ven pr. telefon. I en eventuell sak der en av de øvrige tilbyderne klager på prosessen vil vi da stå meget svakt.

Arbeidsgruppen som vurderte tilbudene mener at Gjøvik Energi AS ikke tilfredsstille kvalifikasjonskravene til økonomisk og finansiell styrke ved anbudsrundens utløp. Hovedårsaken til dette er at det ikke forelå noen bekreftelse fra aktuell lånegiver (NIB) på godkjent låneopptak. NIB skriver i et brev vedlagt tilbudet:

En forutsetning for at vi skal kunne igangsette en seriøs vurdering av prosjektet, er at det kommer inn industrielle og solide eiere i selskapet som kan tilby mer enn kun penger. Konstellasjonen av denne type eiere bør være minimum 30 %. I denne kategori vil ikke selger av anlegget kunne medregnes selv om de utvilsomt kjenner prosessanlegget.

I følge Gjøvik Energis finansieringsplan vedlagt tilbudet dreier lånet fra NIB seg om 178 mill. kr. 30 % av kostnadene, som er den egenkapitalen det dreier seg om, tilsvarer ca. 130 mill. kr. I Gjøvik Energis tilbud er det opplyst at Pareto private Equity innhenter egenkapital på vegne av selskapet. Det er også opplyst at GLT- avfall og GLØR er invitert til å delta på eiersiden og at disse selskapene vil ta stilling til dette når anbudskonkurransen er avklart. Gjøvik Energi opplyser også at de vil invitere Hias

som medeier. Det er imidlertid ingen dokumentasjon i tilbudet som bekrefter at nødvendig egenkapital er på plass. Det eneste som syntes sikkert var 66 mill. kr. fra leverandøren, en eier NIT ikke regner blant de "industrielle og solide" eiere som må utgjøre minst 30 %. [...]"

- (16) GEAS ble avvist i brev datert 27. februar 2009 for så vidt gjelder oppdragsgiverne Hias IKS og SØIR som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "Sikker økonomisk gjennomføringsevne". I styremøte den 2. mars 2009 ble GEAS sitt tilbud også avvist av GLØR IKS. Fra avvisningsbrevet datert 27. februar 2009 hitsettes følgende:

"En av forutsetningene for å bli kvalifisert var at det skulle legges fram dokumentasjon på godkjente finansieringsplaner og bekreftelse på godkjent låneopptak for planlagt forbrenningsanlegg. Gjøvik Energi AS planlegger å bygge et forbrenningsanlegg på Gjøvik, men har ved anbudsfristens utløp ikke klart å dokumentere tilstrekkelig finansiering av anlegget. I et brev vedlagt tilbudet, fra aktuell långiver, Nordiska Investeringsbanken (NIB), står det:

"En forutsetning for at vi skal kunne igangsette en seriøs vurdering av prosjektet, er [...]."

Dette anses ikke som tilstrekkelig dokumentasjon fra långiver på godkjent låneopptak. Gjøvik Energi AS anses derfor ikke som kvalifisert til å delta i konkurransen. I henhold til forskrift om offentlige anskaffelse § 20-12 (1)a skal tilbydere som ikke oppfyller de krav som er satt til deltakelse i konkurransen avvises. "

- (17) I notat datert 11. mars 2009 fra Morten Bratlie, ble det anbefalt at styret i GLT- Avfall IKS ikke skulle avvise GEAS, men vurdere selskapets tilbud på lik linje med de andre tilbudene. Fra notatet hitsettes følgende:

"[...]"

Med bakgrunn i de etter hvert kjente prisene i tilbudet fra Gjøvik Energi AS har undertegnede gjort en vurdering av tilbudet ved bruk av regnemodellen som har vært grunnlaget i arbeidsgruppas vurderinger.

Selv om ikke alle faktorer i tilbudet fra Gjøvik Energi AS har vært kjent, synes det klart at deres tilbud om det ikke hadde blitt forkastet av arbeidsgruppa, ville ha vært det økonomisk beste for GLT- Avfall og i tillegg også det som best fyller de øvrige tildelingskriteriene.

En bekreftelse på at det mest sannsynlig ville vært det økonomisk beste for GLT- Avfall er for øvrig også uttalt av Terje Wikstrøm i tlf. den 10.03.09.

EGENVURDERING:

Med bakgrunn i notatet fra advokatfirmaet Wiersholm ved advokat Thomas K. Svendsen samt argumentasjonen i klagen på avvisningen av Gjøvik Energi AS ved advokat Sindre Aaserød, anser styret i GLT-Avfall IKS det ikke korrekt å avvise tilbudet fra Gjøvik Energi AS.

Styret ber derfor arbeidsgruppa om at tilbudet fra Gjøvik Energi AS blir vurdert på linje med de øvrige tilbudene.

Et endelig vedtak om tildeling av kontrakt på det kommunale restavfallet fra GLT-kommunene vil bli fattet så snart vurderingen fra arbeidsgruppa foreligger.

[...]

- (18) På ekstraordinært styremøte i GLT- Avfall IKS den 25. mars 2009, hvor Morten Bratlie deltok, fant styret at GEAS oppfylte kvalifikasjonskravene i anbudskonkurransen og traff vedtak om at daglig leder ble gitt fullmakt til å inngå kontrakt med GEAS.
- (19) Valg av GEAS som leverandør ble meddelt tilbyderne av Terje Wikstrøm, Hias IKS, på vegne av GLT- Avfall IKS i brev av 31. mars 2009. Klagefrist på tildelingsbeslutningen var satt til 14. april 2009. I tildelingsbrevet var det vedlagt et eget brev av samme dato fra Morten Bratlie vedrørende begrunnelsen for valget, hvorav følgende hitsettes:

"Vedtaket er fattet med bakgrunn i at styret i GLT- Avfall Iks anser den økonomiske og finansielle kapasiteten til Gjøvik Energi AS som tilstrekkelig for å sikre en sikker økonomisk gjennomføringsevne i forhold til kravene i anbudskonkurransen og videre at tilbudet oppfyller de relevante dokumentasjonskrav.

Tilbudet fra Gjøvik Energi AS er i samsvar med evalueringskriteriene i konkurransen ansett for å være det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for GLT- Avfall Iks og Gjøvik Energi AS vil derfor bli tildelt kontrakt."

- (20) Som følge av en henvendelse fra klager, besluttet innklagede i en e-post datert 7. april 2009 å utsette klagefristen til 17. april 2009.
- (21) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev datert 17. april 2009.
- (22) I brev datert 30. april 2009 svarte innklagede på klagen. Fra begrunnelsen i brevet hitsettes følgende:

*"Avvisningsspørsmålet
Vurderingen av tilbudet til GE, herunder spørsmålet om oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene, har skjedd på grunnlag av det innleverte tilbudet fra GE i lys av konkurransegrunnlaget.*

[...]

Det er i konkurransegrunnlaget ikke oppstilt nærmere krav til arten og det absolutte/forholdsmessige omfanget av det nevnte låneopptaket. Planen presentert i GEs tilbud gir etter GLTs syn tilstrekkelig sikkerhet for økonomisk og finansiell kapasitet til at konkurransegrunnlagets krav om "sikker økonomisk gjennomføringsevne" må anses oppfylt. Vi viser til godkjenningen av låneopptak i de styrende organene og innvilgelsen av en selgerkreditt til GE 40 % av totalkapitalen. Denne finansieringen er for alle praktiske formål et lån fra selgeren.

GE har i brev 3. mars 2009 gjort gjeldende at det i tilbudskonferansen 18. desember 2008 ble foretatt en ulovlig endring av konkurransegrunnlaget. Etter vårt syn tilfredsstiller GEs tilbud med leverandørkreditt også kravene oppstilt i dette møtet. Etter

vårt syn er det av den grunn ikke nødvendig å ta stilling til rettmessigheten av de endringene som da ble foretatt.

Habilitet mv

[...]. Vi fastholder at det ikke er grunnlag for å gjøre gjeldende inhabilitetsinnsigelser mot tildelingsbeslutningen. Vi kan heller ikke se at eventuell inhabilitet i dette tilfellet ville kunne tillegges betydning for beslutningens holdbarhet. Vi viser for ordens skyld til at det i innstillingen til vedtak om tildeling av kontrakt S- Sak 21/09, bilag 6, oversendt i vårt brev 14. april, heter at

"Morten Bratlie, har som følge av sin fratreden i saken, kun befattet seg med administrative forhold knyttet til anskaffelsen. For å unngå enhver form for diskusjon knyttet til hans involvering i saken, anser styrets leder det likevel som ønskelig at saken behandles på nytt etter mottaket av klagen."

Når det gjelder påstandene om at GLT rolle som potensiell underleverandør skal gi grunnlag for å trekke slutninger om at "det ikke har vært GLTs mening å avholde en reell konkurranse", og at konkurransen ikke har vært reell, kan vi ikke se at det her gjøres gjeldende forhold som kan tillegges noen selvstendig rettslig betydning for avvisnings- eller tildelingsspørsmålet. I den sammenhengen fremheves at GE – i tråd med arbeidsgruppens vurdering- har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for GLT. Endelig kan vi ikke se at påstanden om at GLT ikke har vurdert samletilbudet fra Eidsiva Bioenergi AS er korrekt. Samletilbudet med transportvurdering er vurdert"

- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 3. juni 2009.
- (24) Begjæring om midlertidig forføyning for å hindre inngåelse av kontrakt ble innsendt til Gjøvik tingrett den 29. april 2009. I kjennelse datert 4. mai og i kjennelse datert 10. juli 2009 (vedrørende etterfølgende begjæring om muntlig behandling), ble det konkludert med at det, basert på den dokumentasjonen som var fremlagt for retten, var sannsynliggjort at GEAS skulle vært avvist. I forbindelse med behandlingen i tingretten ble det offentliggjort at GEAS sin samlede investering i forbindelse med prosjektet er på 390 MNOK. I slutningen i kjennelsen av 10. juli 2009 er det presisert at GLT-Avfall IKS forbys å inngå kontrakt frem til Klagenemnda for offentlige anskaffelser har avsluttet klagebehandlingen av saken, med et tillegg på tre uker fra dateringen av klagenemndas avgjørelse.
- (25) I prosesskriv datert 23. juli 2009 har klager vist til kjennelsen fra Gjøvik tingrett av 10. juli 2009 vedrørende opplysninger om vedståelsesfrist for tilbudene i konkurransen. De faktiske forholdene vedrørende avsendelse av e-post fra innklagede til leverandørene er blitt bekreftet i prosesskriv datert 10. august 2009 fra innklagede. Fra tingrettens kjennelse av 10. juli 2009, hitsettes følgende:

"Vedståelsesfristen var i henhold til kontraktsgrunnlaget 20. april. I ettertid er denne blitt forlenget flere ganger. I etterkant av rettens kjennelse ba GLT om at leverandørene forlenget tilbudenes vedståelsesfrist frem til 1. juli. Dette ble godtatt av samtlige leverandører. I brev av 4. juni forlenget Eidsiva sin vedståelsesfrist til 1. september. Den 2. juli ble det sendt ut en ny e-post til leverandørene, hvor GLT ba om ytterligere forlengelse av vedståelsesfristen, nå til 1. august. GLT har opplyst at samtlige

leverandører aksepterte dette. GEAS forlenget vedståelsesfristen for sitt tilbud i brev av 30. juni. I følge styreleder i GLT ble dette brevet mottatt som et vedlegg til en e-post den 2. juli".

Anførsler:

Klagers anførsler:

Krav til "Sikker økonomisk gjennomføringsevne"

- (26) Klager anfører at innklagede, ved ikke å avvise GEAS, slik de øvrige oppdragsgiverne gjorde, har brutt regelverket om offentlige anskaffelser. Det vises til at dersom en leverandør ikke oppfyller de krav som er satt til deltakelse i konkurransen, er oppdragsgiver pliktig til å avvise leverandøren, jf. forskriften § 20-12 (1). I følge klager har GEAS ikke dokumentert økonomisk gjennomføringsevne i samsvar med kravene i konkurransegrunnlaget, og skulle vært avvist.
- (27) Klager viser til at GEAS i sitt tilbud ikke har valgt hvilken leverandør selskapet vil benytte i forbindelse med leveransen, noe som betyr at investeringskostnadene er usikre. Klager er derfor ikke enig i at GEAS har dokumentert at selgerkreditt på 66 MNOK er på plass. Det anføres at finansieringen fra Pareto Private Equity ikke er ordnet, og at det ikke foreligger vedtak fra Enova på at støtte vil bli gitt. Videre anføres at tilbudets vedlegg 5G og 5H vedrørende selgerkreditt ikke er av en slik form at de kan sies å dokumentere "Sikker økonomisk gjennomføringsevne".
- (28) I følge klager viser brevet fra Nordiska Investeringsbanken (NIB) at banken ikke så seg tjent med å "igangsette en seriøs vurdering av prosjektet". Klager er ikke enig i at innklagede har fått en bekreftelse fra långiver som er i en slik form at den binder avsenderen. Klager mener at vedtak om at tilbyder skal oppta lån ikke kan sies å være dokumentasjon på "Sikker økonomisk gjennomføringsevne".
- (29) Klager mener videre at deler av den dokumentasjonen vedrørende finansieringen som er fremlagt er knyttet til morselskapet, Daimyo AS, og ikke mot GEAS som er deltaker i konkurransen. I følge klager må innklagede dokumentere at selskap som eventuelt skal tilføre GEAS midler selv har økonomisk gjennomføringsevne. GEAS kan ikke "lene" seg på andre selskaper uten at oppdragsgiver har en sikkerhet for at dette er reelt.
- (30) Klager stiller seg også tvilende til at GEAS kan realisere et anlegg for 400 MNOK, da klagers anlegg med tilsvarende kapasitet er kostnadsberegnet til om lag 1 milliard kroner. Videre mener klager at innklagede i sitt tilsvarende svar til klagenemnda har vist at innklagede er innforstått med at GEAS ikke har dokumentert "Sikker økonomisk gjennomføringsevne".
- (31) Klager viser videre til at arbeidsgruppen som foretok evalueringen av de innkomne tilbudene, konkluderte med at GEAS ikke kunne dokumentere å ha økonomisk og finansiell kapasitet som tilsa at det forelå "Sikker økonomisk gjennomføringsevne". Klager viser også til at Gjøvik tingrett i behandlingen av dette spørsmålet konkluderte med at kravet ikke er oppfylt, og at oppdragsgiver heller ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av dette spørsmålet.

- (32) I følge klager bør man for forståelsen av innholdet i kravet "*Sikker økonomisk gjennomføringsevne*", ut over den klare ordlyden, også vurdere tilhørende dokumentasjonskrav. Kravet er både at egenkapitalen skal være på plass (oppdaterte regnskap), og at fremmedfinansieringen er ordnet (bekreftelse fra långiver på godkjent låneopptak). I følge klager må kravet anvendes på en objektiv og ensartet måte, det må være forutberegnlig for leverandørene hvordan kravet vil bli vurdert, og vurderingen må være etterprøvbar. Klager mener at både ordlyden og oppdragsgivers krav til dokumentasjon tilsier at det ikke kan hefte tvil om at leverandøren allerede ved levering av sitt tilbud må ha all nødvendig finansiering på plass til å få realisert en eventuell bygging av et anlegg. Det må også legges til grunn at kravet til "*Sikker økonomisk gjennomføringsevne*" forsterkes ytterligere av oppdragsgivers sterke fokusering på fremdrift og oppstart av anlegget. I følge klager kan ikke innklagede høres med at kravet må forstås i strid med ordlyden av hensyn til mindre selskaper.
- (33) I følge klager har innklagede ikke dokumentert å ha foretatt en vurdering av GEAS sin oppfyllelse av angjeldende kvalifikasjonskriterium. Den manglende etterprøvbarheten av innklagedes vurdering anføres å være et brudd på de grunnleggende kravene i loven om etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og forutberegnelighet.

Brudd på de grunnleggende kravene

- (34) Klager anfører under dette punkt at innklagede ved flere forhold har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 og i forskriften § 3-1 til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet.
- (35) Det vises for det første til at innklagedes underkjennelse av arbeidsgruppens arbeid og beslutning viser at innklagede ikke har ment å avholde en reell konkurranse. I følge klager har innklagede både forut for konkurransen, og i forbindelse med gjennomføringen, vært klar på at GEAS var ønsket som vinner av konkurransen.
- (36) Klager viser for det andre til at innklagede ikke har foretatt en grundig vurdering av GEAS sin manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.
- (37) For det tredje hevdes det at innklagedes egeninteresse i saken tilsier at det stilles særlig strenge krav til saksbehandlingen, forutberegneligheten og etterprøvbarheten. Klager mener dette kravet forsterkes ved at innklagede ved sin beslutning sier at de øvrige oppdragsgiverne har avvist selskapet i strid med regelverket, og fordi innklagede valgte å trekke Bratlie fra arbeidsgruppen pga spørsmål om vedkommendes habilitet som følge av innklagedes egeninteresse. I følge klager viser det at konkurransen ikke har vært reell når innklagede senere velger å overprøve arbeidsgruppens beslutninger og foretar en egen tildelingsprosess.
- (38) For det fjerde vises det til at ved å sette klagefristen til 17. april, med den begrunnelse at vedståelsesfristen utløp 20. april, har innklagede ikke tenkt å gjennomføre en reell klagebehandling og derigjennom ikke en reell konkurranse.
- (39) Klager viser for det femte til at innklagede under selve evalueringen ikke har tatt hensyn til transportutjevningen. Forholdet hevdes å slå ut til fordel for klager sammenlignet med valgte leverandør. Dette indikerer at innklagede ulovlig har forskjellsbehandlet leverandørene, og er et brudd på loven § 5, første ledd.

Inhabilitet

- (40) Klager anfører at innklagede har brutt kravene i forvaltningsloven § 6, kommuneloven § 40, de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, samt forskriften § 3-1 og § 3-7 ved selv å foreta tildelingen.
- (41) Klager mener at innklagedes egeninteresse ved tildelingen i form av deltakelse som samarbeidspartner for den valgte leverandøren, samt planene om å gå inn på eiersiden, medfører at det må stilles ekstra strenge krav til Bratlies, og for øvrig styret hos innklagede, sin habilitet og behandling av saken.
- (42) Klager viser til at innklagede ved flere anledninger offentlig har gått ut med at foretaket, både ved daglig leder og styreleder, ønsker et avfallsforbrenningsanlegg på den eiendommen hvor GEAS vil bygge sitt anlegg.
- (43) Klager peker på at Bratlie fratrådte som medlem i arbeidsgruppen av hensyn til spørsmålet omkring hans habilitet. I innstillingen til styremøtet av 13. mars 2009 fremla Bratlie forslag til styrevedtak hvor GEAS likevel ikke skulle avvises, og han deltok på alle styremøtene hos innklagede i denne perioden. Videre har Bratlie i nevnte innstilling også foretatt en egen evaluering, uten å ha sett alle tilbudene, hvor han konkluderer med at GEAS bør tildeles oppdraget og at styret bør følge hans tilrådning.

Vedståelsesfrist

- (44) Klager anfører at ingen av tilbudene, bortsett fra klagers, er gyldige etter at vedståelsesfristen gikk ut 1. juli. Når det gjelder GEAS sitt tilbud, anføres at dette skulle vært avvist, slik at dette uansett ikke lenger er gyldig.
- (45) I følge klager kan oppdragsgiver ikke "vekke til live" de øvrige tilbudene etter at tilbudsfristen er utløpt. Det har heller ikke noen rettsvirkning at GEAS daterer sitt brev "30. juni", siden det først oversendes per e-post dagen etter at vedståelsesfristen er utløpt. Klager viser i tillegg til at det er ukjent når og i hvilken forbindelse innklagede muntlig skal ha fått beskjed om at GEAS forlenget sin vedståelsesfrist til "*så lenge saken Eidsiva hadde anlagt verserte*". I følge klager kan ikke vedståelsesfristen som følge av strenge krav til etterprøvbarehet og likebehandling forlenges muntlig i en konkurranse.

Erstatning

- (46) Dersom innklagede ikke inngår kontrakt med klager, ber selskapet om at klagenemnda uttaler seg om klager har rett til erstatning, både for den negative og den positive kontraktsinteressen. Klager mener at selskapet ville vunnet konkurransen dersom valgte leverandør hadde blitt avvist, og at klager vil være den eneste innklagede rettmessig kan inngå kontrakt med.
- (47) Vedrørende innklagedes uttalelse i tilsvaret til klagenemnda om at innklagede vil vurdere å avvise klager "*dersom en slik vurdering blir nødvendig*", påpeker klager at en slik vurdering skal skje så raskt som mulig før oppdragsgiver starter opp evalueringen etter tildelingskriteriene. Klager viser i den forbindelse til at alle offentlige instanser som har uttalt seg om de spørsmål som reises, ut over innklagede, har konkluderte med at klagers anlegg har de nødvendige tillatelsene som kreves så langt. Videre vises det til at det planlagte anlegget er i henhold til reguleringsplanen og at det er gitt rammetillatelse og igangsettingstillatelse til anlegget.

Innklagedes anførsler:

Krav til "Sikker økonomisk gjennomføringsevne"

- (48) Innklagede anfører at GEAS på grunnlag av den informasjon som forelå på tilbudstidspunktet oppfyller kvalifikasjonskriteriet.
- (49) I følge innklagede har GEAS på tilbudstidspunktet dokumentert at det foreligger en tilstrekkelig grad av kommittert egenkapital og fremmedkapital for gjennomføring av prosjektet som gjør at den økonomiske gjennomføringsevnen samlet sett anses tilfredsstillende.
- (50) Innklagede hevder at et avvik fra dokumentasjonskravet gir oppdragsgiveren en rett, men ikke en plikt, til å avvise tilbyderer, jf. forskriften § 20-12 (2)(g). Det vises i den forbindelse til klagenemndas avgjørelser 2008/25, premiss (137)-(138), 2008/15, premiss (56)-(57), og 2006/185, premiss (43)-(46). I følge innklagede er dette også lagt til grunn i den aktuelle tilbudskonferansen 18. desember 2008, hvor det i referatet uttales: *"Mulighet for oppdragsgiver til å be om manglende dokumentasjon i ettertid er begrenset ved en åpen anbudskonkurranse, og manglende dokumentasjon kan føre til at tilbud blir avvist."* (innklagedes understreking). Ved denne vurderingen vil oppdragsgiveren ha en bred diskresjonær kompetanse, og domstolene og klageorganers prøvelsesadgang er tilsvarende begrenset. Det skal mye til før skjønnets tilsidesettes, jf. Klagenemndas avgjørelser 2008/24, premiss 138 og 2008/15, premiss 58-61. Rettens kompetanse er begrenset til å prøve om skønnsutøvelsen er saklig og forsvarlig, jf. Klagenemndas avgjørelse 2006/119, premiss 66.
- (51) I følge innklagede innebærer kravet om "Sikker økonomisk gjennomføringsevne" etter ordlyden at det skal foretas en helhetsvurdering av tilbyderens antatte evne til å gjennomføre det konkrete oppdraget som konkurransen gjelder. Kvalifikasjonskriteriet skal praktiseres på en forutberegnlig og ensartet måte i forhold til alle tilbyderne, men dette skal ifølge innklagede ikke forhindre skønsmessige helhetsvurderinger. Videre må vurderingen av kvalifikasjonskriteriet ses i lys av at offentlige anskaffelser ikke skal struktureres slik at det blir urimelig vanskelig for mindre selskaper å konkurrere, og at de ikke reelt skal kunne utestenges fra konkurranser uten at det foreligger saklige grunner for det. I følge innklagede må det ligge innenfor tilbyders skønnsmargin å vurdere det slik at det foreligger sikker økonomisk gjennomføringsevne så lenge den fremlagte dokumentasjonen gir tilstrekkelig trygghet for at prosjektet er økonomisk gjennomførbart.
- (52) Innklagede viser til at kapitaliseringen av prosjektet fra GEAS sin side består både av egenkapital og fremmedkapital. Det anføres at all dokumentasjon knyttet til bekreftede tilsagn vedrørende finansiering er rettet mot GEAS.
- (53) Når det gjelder dokumentasjon av egenkapital, hevdes det at egenkapitalen på 66 MNOK som er kommittert på tilbudstidspunktet gir et godt grunnlag for å realisere prosjektet. I følge innklagede relaterer uttalelsen fra Nordiska Investeringsbanken (vedlegg 5 E til tilbudet) vedrørende prosjektet seg til at den aktuelle anleggsleverandøren ikke er en *"industriell"* eier i tilknytning til drift av avfallsforbrenningsanlegg og ikke til at denne aktøren ikke økonomisk sett anses solid. I følge innklagede har tingretten trukket feilaktig slutning i kjennelsen av 10. juli 2009, ved at den i forhold til den ukjente investoren har vist til at Investeringsbanken ikke anså dette

som en solid investor. Det anses i følge innklagede videre sannsynlig at den resterende egenkapitalen kommer på plass selv om den på tilbudstidspunktet ikke var kommittert, herunder anses det sannsynlig at Enovas positive signaler vil resultere i støtte til prosjektet. Innklagede har selv planer om å bidra med egenkapital til prosjektet, noe som underbygger oppfatningen om at det foreligger økonomisk gjennomføringsevne. Det kan ikke ut fra formuleringen i konkurransegrunnlaget oppstilles som krav at all egenkapital og fremmedkapital både på kort og lang sikt skal være bindende kommittert på tilbudstidspunktet.

- (54) Når det gjelder fremmedkapital vises det til at GEAS har opplyst at fremmedkapital er en sentral del av prosjektet. Det alt vesentlige av fremmedfinansieringen i byggefasen vil skje ved byggelån i form av selgerkreditt fra de sentrale leverandørene.
- (55) Slik innklagede ser det, er det i begrenset grad stilt spesifikke krav til fremmedkapitalsituasjonen i konkurransegrunnlaget ut over presiseringen i tilbuds-konferansen til at *"Bekreftelse på godkjent låneopptak må være fra långiver"*.
- (56) Innklagede er av den oppfatning at GEAS' bekreftede lånetilsagn i byggefasen i form av kommittert selgerkreditt oppfyller dokumentasjonskravet knyttet til lånetilsagn og gir tilstrekkelig sikkerhet for sikker økonomisk gjennomføringsevne med hensyn til fremmedkapitalfinansiering. Etter innklagedes oppfatning er det ikke et krav i konkurransegrunnlaget at finansieringstilsagn skal gis fra en bank. I følge innklagede innebærer det ikke, slik som tingretten feilaktig har lagt til grunn, at GEAS støtter seg på andre foretaks finansielle kapasitet på generelt grunnlag ved å knytte andre långivere enn en bank til byggefinansieringen. Det vises til at dersom det på tilbudstidspunktet skal kreves dokumentert en kommittert refinansiering av byggefinansieringen vil det stilles for strenge krav til en sikker økonomisk gjennomføringsevne. Innklagede anfører at tingrettens kjennelse datert 10. juli 2009 er uriktig, da tingretten har lagt til grunn en uriktig forståelse av forholdet mellom byggefinansiering og en eventuell refinansiering etter ferdigstillelsen av anlegget
- (57) I følge innklagede er det mangelen på kommittert fremmedfinansiering etter at anlegget er ferdigstilt som arbeidsgruppen fremhevet som hovedbegrunnelsen for at GEAS ikke anses for å ha sikker økonomisk gjennomføringsevne. Innklagede viser til at dette er en feilaktig praktisering av kvalifikasjonskriteriet. Det avgjørende er om det foreligger tilstrekkelig troverdighet knyttet til gjennomføringen av prosjektet tatt i betraktning både den kommitterte og planlagte innhenting av egenkapital og fremmedkapital.
- (58) Innklagedes vurdering av GEAS sin økonomiske gjennomføringsevne oppfattes å være forsvarlig og ligge innenfor konkurransegrunnlaget og bakgrunnsrettens rammer for oppdragsgiverens skjønnsfrihet.
- (59) Innklagede presiserer at saken dreier seg om vurderingen av den økonomiske gjennomføringsevnen til potensielle leverandører for mottak av restavfall. Vurderingen av økonomisk gjennomføringsevne må tilpasses den aktuelle kontrakten det er tale om å tildele. Den aktuelle avfallskontrakten har en begrenset årlig verdi på om lag NOK 6 millioner.

- (60) Vedrørende klagers tvil om GEAS kan realisere et forbrenningsanlegg for om lag NOK 400 millioner, vil innklagede påpeke at beløpet bygger på bindende fastpristilbud fra et internasjonalt anerkjent leverandørkonsortium som vil benytte GEAS' anlegg på Gjøvik som et europeisk referanseanlegg. Dette konsortiet er for øvrig prekvalifisert for å levere et tilsvarende anlegg et annet sted i Norge. Innklagede viser også til at prosjektet er blitt vurdert av Norges vassdrags- og energidirektorat i forbindelse med behandlingen av fjernvarmekonsesjon på Gjøvik, som la til grunn at GEAS har tilfredsstillende økonomisk gjennomføringsevne knyttet til det aktuelle anlegget

Brudd på de grunnleggende kravene

- (61) Innklagede anfører at det ikke foreligger brudd på de grunnleggende kravene i regelverket.
- (62) For det første vises det til at det ikke er grunnlag for å hevde at innklagedes fravikelse av arbeidsgruppens vurdering med hensyn til spørsmålet om kvalifikasjonskriteriet er oppfylt, indikerer at det ikke har vært gjennomført en reell konkurranse. Det vises til at innklagede som anskaffer har et selvstendig ansvar for å sikre at de vurderinger og beslutninger som foretas er korrekte, uavhengig av arbeidsgruppens tilrettelegging, og at det var forsvarlig at styret hos innklagede foretok denne vurderingen. Innklagede viser til at det var arbeidsgruppen, hvor innklagede ikke deltok, som har foretatt den mer detaljerte og kompliserte vurderingen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriene.
- (63) For det andre er det i følge innklagede ikke holdepunkter for å hevde at innklagede ikke har foretatt en grundig vurdering av om GEAS oppfyller kvalifikasjonskriteriet. Styret hos innklagede har behandlet spørsmålet om GEAS oppfyllelse av kvalifikasjonskriteriet en rekke ganger, og har i den forbindelse fått forelagt all nødvendig dokumentasjon.. Innklagede har opplyst at beslutningen ble truffet under dissens ved at én representant stemte for at arbeidsgruppens vurdering skulle legges til grunn uten overprøving.
- (64) For det tredje hevdes det at GLTs egeninteresse i konkurransen ikke tilsier at det ikke har vært gjennomført en reell konkurranse. Innklagede vil være underleverandør for GEAS for det tilfellet GEAS blir tildelt kontrakten på rent forretningsmessige vilkår. I følge innklagede utgjør dette et relativt begrenset omfang og er en effektiv organisering av kontraktsgjennomføringen siden det aktuelle avfallet stammer fra innklagedes nærområde og således hensiktsmessig bør forbehandles i dette området så lenge det også skal forbrennes på Gjøvik. Innklagede har aldri lagt skjul på sin interesse i å delta på eiersiden i et eventuelt forbrenningsanlegg på Gjøvik, og har gitt dette tilbudet også til de øvrige tilbyderne i konkurransen. Innklagede mener det ikke er holdepunkter for at dette har gitt utslag i at det ikke er gjennomført en reell konkurranse. Morten Bratlies uttalte preferanse for et avfallsforbrenningsanlegg på Gjøvik endrer ikke dette
- (65) For det fjerde vises det til at det ikke er grunnlag for å hevde at klagefristen fastsatt til 17. april 2009, med den begrunnelse at vedståelsesfristen utløp 20. april 2009, tilsier at det ikke har blitt gjennomført en reell konkurranse. Innklagede viser til at alle henvendelser fra Eidsiva, herunder klagen på tildelingen til GEAS, har vært gjenstand for en grundig behandling i styret. Innklagede har en interesse i å få inngått kontrakt så raskt som mulig. Klager har blitt gitt tilstrekkelig anledning til å ta de rettslige skritt som har vært nødvendig for å sikre sine interesser uten at kontrakt har blitt inngått.

- (66) For det femte er det i følge innklagede ikke grunnlag for å hevde at det ikke har blitt gjennomført en reell konkurranse ved at innklagede ikke har tatt hensyn til transportutjevningen i klagers tilbud. Det vises til at den aktuelle transportutjevningen inngår i klagers samletilbud som innklagede står helt fritt til både om det skal vurderes og etter hvilke kriterier det i så tilfelle skal vurderes, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.4 på side 11. Samletilbudet til klager er vurdert og forkastet av styret hos innklagede, som fant enkelttilbudet fra GEAS for å være det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for innklagede.

Inhabilitet

- (67) Det bestrides at innklagede har brutt inhabilitetsreglene som er anført av klager.
- (68) Innklagede opplyser at Bratlie av forsiktighetshensyn fratrådte fra arbeidsgruppen som følge av påstander om inhabilitet, men at det ikke er grunnlag for å hevde at styret hos innklagede som overordnet organ er inhabil av den grunn.
- (69) Det hevdes at innklagedes rolle som mulig underleverandør på forretningsmessige vilkår ikke er en inhabilitetsgrunn. Tilsvarende gjelder innklagedes intensjon om å delta på eiersiden i et eventuelt forbrenningsanlegg på Gjøvik dersom et slikt anlegg blir realisert.
- (70) Innklagede viser til at de aktuelle avfallskontraktene har vært trukket inn i en ganske intens debatt i lokale medier knyttet til lokaliseringen av avfallsforbrenningsanlegg på henholdsvis Trehørningen på Hamar (hvor klager planlegger sitt anlegg) og på Dalborgmarka på Gjøvik (hvor GEAS planlegger sitt anlegg). Det anføres at HIAS har tilkjennegitt at de ønsker et anlegg på Trehørningen, mens Bratlie har tilkjennegitt sitt ønske om avfallsforbrenningsanlegg på Gjøvik. I følge innklagede var dette bakgrunnen for at Bratlie fratrådte fra arbeidsgruppen av forsiktighetsgrunner. Innklagede peker på at etableringen av avfallsforbrenningsanlegg ikke har noen direkte sammenheng med tildelingen av de aktuelle avfallskontraktene, og at de ser ut til å bli realisert uavhengig av hvem som blir tildelt kontraktene.
- (71) For så vidt gjelder påstått inhabilitet hos Bratlie, viser innklagede videre til at Bratlie signerte saksfremlegget til styremøte 13. mars 2009 på tross av at han av forsiktighetsgrunner hadde fratrådt fra arbeidsgruppen. I følge innklagede var styret av den oppfatning at Bratlies rolle hadde vært av ren administrativ karakter, men vurderte det som uheldig at han i den situasjonen hadde befattet seg med det aktuelle saksfremlegget. For å unngå en usikkerhet knyttet til Bratlies involvering, besluttet styret i følge innklagede å gjennomføre en fullstendig fornyet behandling av saken. Etter denne fornyede behandlingen ble det konkludert med at kontrakten skulle tildeles GEAS. I følge innklagede ble vedtaket truffet under dissens i det ett av styrets medlemmer innstilte på å avvise GEAS, og tildele kontrakten til klager. Det er innklagedes syn at selv om Bratlie skulle bli ansett for å være inhabil og samtidig ha vært involvert i tilretteleggingen av saken, er inhabiliteten reparert gjennom den etterfølgende behandlingen i styret. Innklagede viser til at styret har behandlet saken en rekke ganger i etterkant av dette, og at det ikke er faktisk eller rettslig grunnlag for å sette tildelingsbeslutningen til side som følge av inhabilitet.

Vedståelsesfrist

- (72) Innklagede bestrider at det kun er klager som har gyldig tilbud i konkurransen.
- (73) Det vises til at vedståelsesfristen er blitt anmodet forlenget av innklagede en rekke ganger på grunn av klage på tildelingsbeslutningen.
- (74) Innklagede viser til at det hele tiden har vært virksomme tilbud i konkurransen slik at den ikke var avsluttet. Selv om vedståelsesfristen for de andre leverandørenes tilbud gikk ut 1. juli 2009 og først ble forlenget 2. juli 2009, var klagers tilbud på dette tidspunktet gyldig til 1. september 2009 og GEAS' tilbud var gyldig til 1. august 2009.
- (75) På grunn av en menneskelig svikt glemte innklagede å sende en generell henvendelse om en ny fristforlengelse innen 1. juli 2009. Innklagede mottok per e-post 2. juli 2009 skriftlig bekreftelse av 30. juni 2009 fra GEAS om at de forlenget tilbudsfristen til 1. august 2009. I følge innklagede hadde GEAS tidligere kommunisert muntlig til innklagede at de sto ved tilbudet sitt så lenge klagesaken verserte. Innklagede mener at det i denne sammenheng er klart at en forlengelse av en vedståelsesfrist kan skje både muntlig og skriftlig. En generell anmodning til alle leverandører om å forlenge vedståelsesfristen til 1. august 2009 ble sendt senere på dagen 2. juli 2009. Alle de øvrige leverandørene forlenget vedståelsesfristen i samsvar med anmodningen. Vedståelsesfristen er senere blitt ytterligere forlenget.

Erstatning

- (76) Innklagede anfører at det ikke foreligger noe brudd på anskaffelsesregelverket, slik at det ikke blir aktuelt med noe krav på erstatning verken for den negative eller den positive kontraktsinteressen.
- (77) Det vises til at de faktiske forholdene i saken ligger slik an at klagenemnda ikke har gode forutsetninger for å vurdere hvorvidt klager har krav på kontrakten.
- (78) Dersom klagenemnda likevel vil vurdere om klager har krav på kontrakten, vil innklagede vise til at det, på grunnlag av opplysninger fremkommet under klagebehandlingen for nemnda, kan synes som om klager ikke innehar alle de offentlige tillatelser som er påkrevd for å kunne oppføre og drifte det planlagte anlegget på Trehørningen. Dette selv om klagers tilbud inneholdt en uttrykkelig bekreftelse på at alle de nødvendige formaliteter var på plass for realisering av anlegget, herunder alle offentlige tillatelser. Selv om disse opplysningene er nye, må de etter innklagedes oppfatning tas i betraktning dersom en formell vurdering av om klagers tilbud burde ha vært avvist blir nødvendig.

Klagenemndas vurdering:

- (79) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er i kunngjøringens punkt II.1.2. bokstav c oppgitt å gjelde en tjenesteanskaffelse i kategori 27, som etter regelverket er en uprioritert tjeneste, jf. forskriften Vedlegg 6 nr (27). Anskaffelsen følger da i utgangspunktet del I og II i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402. Av konkurransegrunnlagets punkt 2.1 fremgår det imidlertid at konkurransen gjennomføres etter forskriften del I og III, og innklagede har dermed bundet seg til å følge reglene i del III, jf. klagenemndas sak 2003/262 premiss (31).

Hvorvidt valgte leverandør GEAS skulle vært avvist

(80) Klager har anført at valgte leverandør GEAS skulle vært avvist, da selskapet ikke har dokumentert at det oppfyller kvalifikasjonskravet *"Sikker økonomisk gjennomføringsevne"*, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3.2. Etter klagers oppfatning har GEAS heller ikke innlevert den dokumentasjonen som konkurransegrunnlaget etterspurte i tilknytning til kvalifikasjonskravet.

(81) Av forskriften § 20-12 (1) a) følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller de krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen. Det følger videre av forskriften § 20-12 (2) g) at oppdragsgiver kan avvise leverandører som unnlater å innlevere etterspurt dokumentasjon for vurdering av kvalifikasjonskravene. Det må således som et utgangspunkt skilles mellom konsekvensene ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og ved manglende oppfyllelse av krav til dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Samtidig er det også et samvirke mellom de to forholdene, blant annet på den måten at det nærmere innholdet av et kvalifikasjonskrav etter omstendighetene må fastlegges også i lys av de tilhørende dokumentasjonskrav, og at manglende dokumentasjon kan gi den konklusjon at kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt

(82) I konkurransegrunnlagets punkt 3.2. var det fastsatt at tilbyderne skulle innlevere følgende dokumentasjon i tilknytning til kvalifikasjonskravet *"Sikker økonomisk gjennomføringsevne"*:

"Dokumentasjonskrav:

- *Foretakets 2 siste årsregnskap (resultatregnskap, balanse, kontantstrømanalyse, noter, styrets beretning og revisors beretning).*
- *Regnskap til og med 3. kvartal 2008 hvis det foreligger, og eventuelle nyere opplysninger som har relevans til foretakets økonomiske og finansielle kapasitet*
- *Investeringsplaner og driftsbudsjetter for vedtatte investeringer med godkjente finansieringsplaner og bekreftelse på godkjent låneopptak."*

(83) Kvalifikasjonskravet og dokumentasjonskravene ble ytterligere presisert i en tilbudskonferanse den 18. desember 2008. I referat fra møtet, datert 19. desember 2008, fremkommer det blant annet følgende:

"Kvalifikasjonskrav (kap. 3.2):

Krav om investeringsplaner og driftsbudsjetter for vedtatte investeringer gjelder de investeringer selskapet skal foreta vedrørende avfallsforbrenningsanlegg. Budsjettene behøver ikke være altfor detaljerte.

Med godkjent finansieringsplan menes godkjenning av styret. Bekreftelse på godkjent låneopptak må være fra långiver."

(84) Klagenemnda viser til at kvalifikasjonskravene er absolutte, og at oppdragsgiver ved vurderingen av om kravene er oppfylt, således vil kunne ha et relativt begrenset skjønn. Jo klarere kvalifikasjonskravene er angitt, jo mer begrenset er skjønnets til oppdragsgiver. Kravene til dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene er ikke absolutte på den samme måten. For det første vil annen dokumentasjon for

økonomiske forhold generelt sett kunne aksepteres i medhold av forskriften § 17-8 (5), og for det andre vil det måtte foretas en skjønnsmessig vurdering med hensyn til om oppdragsgiver skal avvise tilbyder som følge av manglende dokumentasjon, jf forskriften § 20-12 (2) g). Situasjonen er således at tilbyder skal avvises dersom han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet. Dersom tilbyder ikke oppfyller det tilhørende dokumentasjonskravet, og ved dette viser at han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet (eller som følge av dette ikke har dokumenter at han oppfyller kravet), skal tilbyder også avvises. Om tilbyder ellers ikke oppfyller kravene til dokumentasjon kan tilbyder avvises, men i dette tilfellet har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet. Denne skjønnsfriheten vil imidlertid kunne bli begrenset ved utformingen av konkurransegrunnlaget, dersom det stilles svært detaljerte krav til dokumentasjon og eksempelvis angis at tilbyder skal avvises dersom kravene ikke er oppfylt. . I foreliggende sak må det vurderes om GEAS har innlevert dokumentasjon som på fyllestgjørende måte tilfredsstiller dokumentasjonskravet, og som uansett i hvert fall må vise at kvalifikasjonskravet, er oppfylt. Dersom dette ikke er tilfellet, vil innklagede være forpliktet til å avvise tilbyderen, jf. forskriften § 20-12 (1) a)

- (85) Nemnda bemerker at selv om deler av den dokumentasjonen GEAS har fremlagt i sitt tilbud er adressert til morselskapet, Daymio AS, fremgår det av denne at dokumentasjonen er rettet mot GEAS` energigjenvinningsanlegg. Dette innebærer etter klagenemndas oppfatning at innklagede kunne basere sin vurdering av GEAS` kvalifikasjoner også på den delen av dokumentasjonen som var adressert til Daymio AS.
- (86) Av GEAS tilbudsbrief fremgår det at selskapets samlede investeringskostnad for ferdig oppført energigjenvinningsanlegg ved Dalborgmarka avfallsdeponi ved Gjøvik er på 390 MNOK. Konkurransegrunnlaget sammenholdt med tilbudskonferansen forutsetter som vist over at det må dokumenteres godkjente finansierungsplaner og *"bekræftelse på godkjent låneopptak fra långiver"*.
- (87) Etter å ha gjennomgått den dokumentasjonen GEAS innleverte sammen med tilbudet, kan klagenemnda ikke se at kvalifikasjonskravet *"Sikker økonomisk gjennomføringsevne"* er oppfylt. Klagenemnda registrerer at GEAS har godtgjort at det foreligger et lånetilsagn om egenkapital på 66 MNOK fra (...) konsortiet. Videre har konsortiet også bekreftet at det vil kredittfinansiere 40 % av den totale leveransen frem til ferdigstilling av anlegget. Tilslutt foreligger det også en bekræftelse på et begrenset beløp fra en underleverandør på grunn- og betongarbeid som også gir GEAS en mulighet for selgerkreditt på denne leveransen. Ut over dette kan klagenemnda ikke se at den dokumentasjon GEAS har fremlagt i tilbudet gir uttrykk for bindende lånetilsagn, eller annen bindende finansiering. Dette gjelder uttalelsene fra Nordiska Investeringsbanken, Enova, Hunton Fiber AS og Pareto Private Equity AS. GEAS har således ikke godtgjort godkjente låneopptak fra långiver og/eller annen finansiering på totalt 390 MNOK.
- (88) På denne bakgrunn kan klagenemnda ikke se at GEAS har fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon på at kvalifikasjonskravet *"Sikker økonomisk gjennomføringsevne"* er oppfylt. Dette innebærer at innklagede var forpliktet til å avvise leverandøren, og at unnlatelsen av å gjøre dette utgjør et brudd på forskriften § 20-12 (1) bokstav a).

Vedståelsesfrist

- (89) Slik klagenemnda har forstått det, er det ikke bestridt av innklagede at klagers tilbud fremdeles må anses gyldig med hensyn til vedståelsesfrist. Klagenemnda behandler derfor ikke dette spørsmål. Idet klagenemnda ovenfor er kommet til at GEAS skulle vært avvist, behandler nemnda heller ikke hvorvidt tilbudet til denne leverandøren fremdeles måtte anses gyldig, dersom leverandøren ikke skulle vært avvist. Det som gjenstår for nemnda å behandle er da klagers anførsel om at de fire øvrige tilbudene ikke var gyldige etter at vedståelsesfristen utløp den 1. juli 2009.
- (90) Vedståelsesfristen angir den tiden tilbudene er bindende, jf forskriften § 10- 2. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at en tilbyder kan forlenge sin vedståelsesfrist etter at tilbud er inngitt. Det vises blant annet til sakene 2005/97, 2005/189, 2006/69 og 2/2008. Forlengelsen må imidlertid finne sted mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en ensidig avtalerettslig disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler, jf klagenemndas avgjørelse i sakene 2005/267 og 2005/64.
- (91) Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt til grunn at oppdragsgiver, ved spørsmål om forlengelse av vedståelsesfristen, i medhold av kravet til likebehandling må ta kontakt med samtlige leverandører som har inngitt gyldig tilbud, jf blant annet sakene 2005/189 og 2005/267. Synspunktet har vært forankret i kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5.
- (92) Det er opplyst av innklagede at som følge av en menneskelig svikt, ble det glemt å sende en generell henvendelse om en ny fristforlengelse innen 1. juli 2009 til de fire øvrige tilbyderne i konkurransen. Innklagede har opplyst at det først ble sendt en e-post til de øvrige leverandørene den 2. juli med spørsmål om fristforlengelse til 1. august 2009 og at disse leverandørene forlenget vedståelsesfristen for sine tilbud i samsvar med forespørselen.
- (93) Slik nemnda ser det, fikk de fire øvrige tilbyderne i konkurransen ikke en oppfordring til å forlenge fristen for å vedstå seg sine tilbud innenfor fristens utløp. Nemnda finner på bakgrunn av tidligere praksis, som gjennomgått over at tilbudene til de fire øvrige tilbyderne i konkurransen ikke var gyldige etter 1. juli 2009. Innklagede har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å ha forespurt samtlige leverandører om forlengelse av vedståelsesfristen innenfor fristens utløp den 1. juli 2009.

Klagers øvrige anførsler

- (94) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til ovenfor, finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler, jf. klagenemnds forskriften § 6, 2. ledd.

Erstatning

- (95) Idet innklagede foreløpig ikke har inngått kontrakt med GEAS finner klagenemnda at klager mangler saklig interesse i å få avgjort hvorvidt vilkårene for erstatning for klager vil kunne være oppfylt dersom kontrakt blir inngått med GEAS, jf. klagenemnds forskriften § 6, 2. ledd, og klagenemndas tilsvarende beslutning i sakene 2006/31, 2006/66 og 2008/2.

Konklusjon:

GLT- Avfall IKS har brutt forskriften § 20-12 (1) a) ved å unnlate å avvise GEAS på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "*Sikker økonomisk gjennomføringsevne*".

GLT- Avfall IKS har brutt kravet til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5 og i forskriften § 3-1 ved at ikke samtlige leverandører fikk forespørsler om forlengelse av vedståelsesfristen innenfor fristens utløp den 1. juli 2009.

Klagers øvrig anførsler har ikke ført frem eller har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,

28. september 2009



Morten Goller