



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende rehabilitering av en bro i Nordland. Klagenemnda fant at innklagede, ved å ikke "i hovedtrekk" oppgi dokumentasjons- og kvalifikasjonskravene i kunngjøringen, hadde brutt forskriften § 8-5 (1). Klagenemnda fant videre at innklagede hadde brutt forskriften § 13-3 ved at tildelingsmeddelelse til klager ikke inneholdt en klagefrist. Nemnda fant også at innklagede hadde brutt forskriften § 3-2 ved å ikke protokollføre at vedståelsesfristen til valgte leverandør ble forlenget. Klagenemnda slo fast at innklagede, ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Ut i fra en totalvurdering av anskaffelsen og omstendighetene rundt denne, ble det ikke ilagt gebyr. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 28. juni 2010 i sak 2009/210

Klager: Norpox Rehab AS

Innklaget: Statens vegvesen Region nord

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Kai Krüger og Magni Elsheim

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav, avvisning av klagers tilbud, reell klagemulighet, ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region Nord (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. juni 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende rehabilitering av Gimsøystraumen bru i Nordland. Av kunngjøringen punkt IV.3.4) og IV.3.7) fremgår det at tilbudsfristen var 7. juli 2009 og vedståelsesfristen var 1. september 2009. Kontrakten skulle tildeles tilbudet med lavest pris.
- (2) I kunngjøringen punkt III.2) "KVALIFIKASJONSKRAV" punkt III.2.1) til punkt III.2.3) var følgende oppgitt:

"Sett opp krav til tilbyders organisatoriske og juridiske stilling

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

(1) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under):

Se konkurransegrunnlag

Sett opp krav til tilbyders økonomiske og finansielle kapasitet

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet:

(1) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under):

Se konkurransegrunnlaget

Krav til tilbyders økonomiske og finansielle kapasitet

Se konkurransegrunnlag

Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner
Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:
(1) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under):
Se konkurransegrunnlag

Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner”

- (3) Av konkurransegrunnlaget kapittel A1 *”INNBYDELSE TIL ANBUDSKONKURRANSE”* fremgår blant annet:

”Kontraktsarbeid: Gimsoystraumen bru – rehabilitering

Statens vegvesen Region nord ønsker tilbud fra entreprenører med det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten. Videre kreves erfaring fra tilsvarende arbeider, for utførelse av ovennevnte kontraktsarbeid i henhold til konkurransegrunnlaget. Det vises til utfyllende bestemmelser i konkurransegrunnlagets kap D1.”

- (4) Fra konkurransegrunnlaget kapittel D1 *”SPESIELLE TILBUDSREGLER”* hitsettes følgende fra punkt 1 ***”Krav til tilbyders kvalifikasjoner”***:

”For å vurdere om tilbyder har det tekniske, finansielle og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten, ber byggherren om nødvendige opplysninger.

Firmakvalifisering etter kapittel F er grunnlag for den formelle vurdering av egnethet etter ”Forskrift om offentlige anskaffelser”, § 8-4 (del II) / § 17-4 (del III), jf § 8-5 / § 17-5. På side G1 er angitt hva som kreves levert.

For denne kontrakten gjelder kvalifikasjonskategori C.[Bokstaven ”C” var i konkurransegrunnlaget skrevet med blå skrift, klagenemndas merknad.]

I tilbudet skal det gis opplysninger om virksomhetens H-verdi, se kap F4.1.[Dette avsnittet var i konkurransegrunnlaget skrevet med blå skrift, klagenemndas merknad.]

Tilbud levert av firmaer som ikke tilfredsstiller byggherrens egnethetskriterier, skal avvises.

Opplysninger om teknisk kompetanse jf. pkt. F8 skal gis. Personell som skal benyttes til arbeidene skal oppgis og det skal angis for hver enkelt hvilke av referanseprosjektene (jf. pkt. F1 og F2) vedkommende har deltatt i.

Kompetansekrav i NS 3420 kap L8 gjøres gjeldende for arbeidene som skal utføres. Anleggsleder, formann/bas og fagarbeidere skal inneha relevante kompetansebevis som dokumenterer at dette er tilfredsstillt.

Prosjektering skal gjøres av prosjekteringsleder som utfører detaljprosjekteringen selv eller i samarbeid med andre medarbeidere og sidemannskontroll skal utføres av kompetent person.

Entreprenøren skal ha en kvalitetsansvarlig som har som hovedarbeidsoppgave å sette opp kvalitetsplan med arbeidsprosedyrer, løpende vurdere disse, vurdere behov for revisjoner og evt. gjennomføre revisjoner hvis nødvendig. Kvalitetsansvarlig skal sørge for at all egenkontroll gjennomføres på en tilfredsstillende måte og videre sørge for utarbeidelse av dokumentasjon av egenkontrollen og sluttdokumentasjon av KB-anlegget.

Anleggsleder og kvalitetsansvarlig skal ikke være samme person.

Vannmeislingsentreprenør skal være godkjent for selektiv vannmeisling etter svensk eller norsk godkjenningsordning.

Utførende av prosjektering og installering av beskrevet sterk- og svakstrømsanlegg inklusive KB-anlegget, skal være registret i sentral register hos DSB og skal ha dokumenterte kvalifikasjoner innenfor aktuelt fagområde.

Entreprenøren skal utpeke en drifts- og vedlikeholdsansvarlig som forestår drift og vedlikehold av KB-anlegget i perioden entreprenøren har drifts- og vedlikeholdsansvaret.

Drifts- og vedlikeholdsansvarlig skal være byggherrens kontaktperson hos entreprenøren og all kommunikasjon mellom partene skal i perioden funksjonsavtalen gjelder gå gjennom Drifts og vedlikeholdsansvarlig.

Prosjekteringsansvarlig, anleggsleder, kvalitetsansvarlig og drifts- og vedlikeholdsansvarlig, evt sammen med andre medarbeidere som knyttes til prosjektet må ha solid kunnskap og lang erfaring som bl.a. ivaretar følgende fagområder:

[...]

9 Materialer og utførelse av elektriske installasjoner i utsatt miljø

[...]

CV for prosjekteringsleder, anleggsleder, kvalitetsansvarlig, formann/bas, fagarbeidere, electropersonell og drifts- og vedlikeholdsansvarlig vedlegges tilbudet."

- (5) Fra konkurransegrunnlaget kapittel F "FIRMAOPPLYSNINGER FOR VURDERING AV TILBYDERS EGNETHET" hitsettes følgende:

"Kvalifikasjonsvurdering av tilbyder

For å vurdere om tilbyder har det tekniske, finansielle og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten, ber byggherren om nødvendige opplysninger.

Det er viktig for bedømmelsen at opplysningene og dokumentasjonen er korrekt og fullstendig.

Tilbyder som ikke tilfredsstiller byggherrens egnethetskriterier vil bli avvist, jf. "Forskrift om offentlige anskaffelser" §§8-4 og 17-4.

[...]

Kriterier for bedømmelse

1. Opplysningene blir skjønnsmessig vurdert. Byggherren vil også legge vekt på opplysninger som innhentes ved interne evalueringer.

2. Alle enkeltvurderinger som gir resultat 0 poeng, vil medføre at tilbudet avvises.

3. Det gjøres en samlet vurdering av opplysningene i dette kapittel, og det beregnes en gjennomsnittsverdi for poeng-givningen. Dersom denne gjennomsnittsverdien er større eller lik 2,25 vurderes tilbyder som egnet. I motsatt fall, hvor gjennomsnittsverdien er mindre enn 2,25 vurderes tilbyderen som uegnet, og avvises.

Retningslinjer og veiledning for skjønnsutøvelsen ved vurdering av kvalifikasjoner etter dette kapittel er gitt i rundskriv.

[...]"

- (6) Punkt F1 til F7 i kapittel F inneholder forskjellige skjemaer som tilbyderne skulle fylle ut vedrørende tilbydernes erfaring, bemanning og kompetanse, HMS og kvalitetssikring, omsetning, likviditet, egenkapital og soliditet. I punkt F8 **"Øvrige kvalifikasjonskrav"** fremgikk følgende:

"Eventuelle andre krav til tilbyders kvalifikasjoner skal framgå av kapittel D1 i konkurransegrunnlaget."

- (7) I tillegg var følgende skjema inntatt i konkurransegrunnlaget kapittel G **"TILBUDSOPPLYSNINGER, PRIS OG TILBUDSSKJEMA"** på side G-1:

"1 Tilbudsopplysninger

Følgende dokumenter ligger til grunn for tilbudet	Referanser	
Komplett konkurransegrunnlag, som utsendt av byggherren	A3	09-05-29
(dokumentoversikt i slutten av kap A)		
Evt dokumenter sendt at byggherren i ettertid (referat fra tilbudskonferanse og addendum mv)	B	Min 1 uke før tilb.frist.
Krevd dokumentasjon: ¹		
Skatteattest fra kommunekasserer (kemner)	B	X
Skatteattest fra skattefogden i fylket	B	X
HMS-egenerklæring iht Anskaffelsesforskriften	B, (F11)	X
Tilbyders erfaring fra tilsvarende arbeider	F1	X
Byggherre-erfaring med tilbyder	F2	X
Kompetanse. Bemanning	F3.1-F3.3	X
HMS. Kvalitetssikring	F4.1-F4.2	X
Omsetning	F5	X
Likviditet	F6	X
Egenkapital	F7	X
Annet	F8/(A-F)	X
Tilbudsopplysninger (dette skjema)	G1	X

<i>Enhetspriser med mer</i>	<i>Kap E og G</i>	<i>X</i>
<i>Timepriser mannskap maskiner</i>	<i>G2</i>	<i>X</i>
<i>Tilbudsskjema</i>	<i>G3</i>	<i>X</i>
<i>Datafil med priser fra kap E</i>	<i>B1.2.3</i>	<i>X</i>
<i>Annen dokumentasjon i tilknytning til tilbud</i>		<i>(X)</i>

¹ Byggherren markerer med X for krevd dokumentasjon.

[Deler av dette skjemaet var i konkurransegrunnlaget skrevet i blått, klagenemndas merknad.]”

- (8) Det ble avholdt tilbudsbeifaring og tilbudskonferanse 10. juni 2009, hvor Norpox Rehab AS (heretter kalt klager) deltok. Fra referatet fra tilbudskonferansen punkt 1.2 **”Tilbudskonferanse”** siteres blant annet:

”Kap D1:

Det er i pkt 1 gitt en rekke kompetansekrav. Disse kravene er ufravikelige. CV og annen dokumentasjon skal vedlegges tilbudet. Dette vil inngå i firmakvalifisering del F8. [...]”

- (9) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, blant annet fra klager og Vedlikehold-Service Drammen AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (10) Av anskaffelsesprotokollen, signert 7. august 2009, fremgår det at innklagede innstilte valgte leverandør til vinner av konkurransen.
- (11) Innklagede sendte 10. august 2009 brev til klager hvor det ble meddelt at klager var avvist fra konkurransen. Fra brevet hitsettes blant annet:

”Deres firma tilfredsstilte ikke våre krav gitt av firmakvalifisering. Deres tilbud er avvist jf. Forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 1. ledd pkt. a). Dette begrunnes med at det ikke er levert beskrevet dokumentasjon jf. konkurransegrunnlagets kapittel D1 pkt 1.

Dette omfatter følgende dokumentasjon:

Ikke dokumentert kompetansekrav jfr NS 3420 kap L8 anleggsleder og formann/bas

Ikke navngitt kvalitetsansvarlig

Ikke utpekt drifts- vedlikeholdsansvarlig

Ikke levert dokumentasjon på kompetanse for personell installering elektriske installasjoner

Ikke levert CV for kvalitetsansvarlig, formann/bas, fagarbeidere, elektropersonell og drifts- vedlikeholdsansvarlig.

Resultater fra firmakvalifisering er vedlagt.

Vår avgjørelse kan påklages skriftlig innen 15.08.2009.”

- (12) Vedlagt avvisningsmeddelelsen var et sammendrag av evalueringen av klagers firmakvalifisering. Av vedlegget fremgår det at klager fikk null poeng på posten F8 "Øvrige kvalifikasjonskrav", og innklagede konkluderer deretter med at *"Tilbyder har ikke levert tilstrekkelig dokumentasjon jf. F8. Tilbudet avvises."*
- (13) Klager og innklagede hadde 11. august 2009 kontakt via telefon hvor klager ble informert om at vedståelsesfristen var satt til ut august, og at innklagede var i gang med å etterregne tilbudene. Innklagede informerte ikke klager om at det var sendt brev om avvisning av klager dagen før.
- (14) Klager opplyser at avvisningsmeddelelsen først ble mottatt 17. august 2009, det vil si to dager etter at den klagefristen innklagede hadde fastsatt i brevet, var utløpt. Klager sendte 18. august 2009 en e-post til innklagede med forespørsel om en utvidet klagefrist. Klager opplyste at det ville bli innsendt en klage på avvisningen senest 27. september 2009.
- (15) Innklagede besvarte klagers anmodning ved e-post 18. august 2009, hvor følgende fremgikk:
- "Tildeling av kontrakt ble foretatt av Statens vegvesens budsjettansvarlig Vidar Engemo den 07.08.2009. Kontrakten ble tildelt Vedlikehold-Service Drammen AS som hadde lavest pris av de tre gjenværende tilbydere. Siden saken er avgjort, er det ingen grunn til å forlenge klagefristen for vår avvisning av dere."*
- (16) Klager besvarte e-posten samme dag og opplyste om at klager ville ta kontakt med Klagenemnda for offentlige anskaffelser dersom ikke klagefristen ble utvidet.
- (17) Innklagede sendte samtlige tilbydere en tildelingsmeddelelse 18. august 2009, hvor det blant annet fremgikk:
- "Firmaet Vedlikehold-Service Drammen AS er vurdert å ha det gunstigste tilbud og tildeles oppdraget for kr 19.027.426,- ekskl. mva."*
- (18) For tilbydere som ikke var avvist, var det i tildelingsmeddelelsen satt en frist til 28. august 2009 for å påklage tildelingen.
- (19) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 3. september 2009.
- (20) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 29. september 2009.
- (21) I innklagedes første prosesskriv til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, datert 9. oktober 2009, ble følgende opplyst:
- "Kontrakt ble inngått 3. september 2009. Vedståelsesfristen var i følge kunngjøringen og konkurransegrunnlaget 1. september 2009. Fristen er ikke blitt forlenget, og det er dermed inngått kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Vi konstaterer at man med dette har brutt anskaffelsesregelverket."*

- (22) I prosesskriv fra innklagede til Klagenemnda for offentlige anskaffelser datert 18. desember 2009 ble følgende opplyst:

"I tilsvaret opplyste vi at fristen ikke var blitt forlenget. Vi baserte dette på den skriftlige dokumentasjonen som finnes i saken.

Statens vegvesen Region nord opplyser om at det ble inngått en muntlig avtale med daglig leder Fredrik Røtter hos valgte leverandør om å forlenge vedståelsesfristen til 3. september 2009. Dette skjedde i en telefonsamtale 28. august 2009. Opprinnelig vedståelsesfrist var 1. september 2009. Øvrige tilbydere ble dessverre ikke forespurt om å forlenge vedståelsesfristen."

- (23) Vedlagt prosesskrivet var følgende erklæring, signert av Fredrik Røtter daglig leder i Vedlikehold-Service Drammen AS, datert 2. desember 2009:

"Vi bekrefter herved at VS vedsto seg tilbudet utover opprinnelig vedståelsesfrist.

Avtale om dette ble gjort pr. telefon mellom undertegnende og Odd-Magne Rognan fredag 28.08.09.

Det var enighet om ny vedståelsesfrist frem til kontraktsmøtet 03.09.09"

- (24) Det var også vedlagt en erklæring, signert av innklagede v/Odd-Magne Rognan. Erklæringen var datert 21. desember 2009, det vil si tre dager etter prosesskrivets dato. Fra erklæringen fremkommer:

"Undertegnende tok kontakt med valgte tilbyder, Vedlikehold-Service Drammen AS, og avtalte fristforlengelse frem til kontraktsmøte 03.09.09. Opprinnelig vedståelsesfrist var 01.09.2009.

Avtale ble gjort pr. telefon mellom undertegnende og daglig leder hos tilbyder, Fredrik Røtter, fredag 28.08.09."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (25) Klager anfører at klager ikke skulle ha vært avvist fra konkurransen. Det vises til at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser på flere punkter, og dette medførte at klager ble avvist fra konkurransen på grunnlag av manglende fremleggelse av dokumentasjon uten at det forelå rettslig grunnlag for det. Hadde innklagede ikke begått de feilene det vises til i det følgende, så ville klager levert tilstrekkelig dokumentasjon slik at tilbudet ikke ville ha vært avvist. Klager ville da ha blitt tildelt kontrakten, siden man har inngitt tilbudet med lavest pris.
- (26) Det anføres at innklagede hadde plikt til å vektlegge at man hadde kjennskap til klagers firma fra tidligere samarbeid, herunder at innklagede var godt kjent med at klager tilfredsstilte alle kvalifikasjonskrav i konkurransen.
- (27) Det anføres at innklagede, ved ikke å sette en tilleggsfrist for innsending av dokumenter, har brutt prinsippene i loven §§ 1 og 5.

- (28) Klager anfører at ettersom innklagede ikke anga kvalifikasjonskravene og kravene til dokumentasjon i kunngjøringen, foreligger det brudd på kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det vises til klagenemndas sak nr. 2009/27 premiss (29). Videre fremkommer det av forskrift om offentlige anskaffelser § 8-5 at kravene til leverandørenes kvalifikasjoner i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen. Kunngjøringen skal også angi kravene til dokumentasjon. Innklagede har i kunngjøringen punkt III.2 ikke angitt noen krav til leverandørene, men kun henvist til konkurransegrunnlaget.
- (29) Ved å vektlegge kvalifikasjonskrav som ikke i hovedsak er angitt i kunngjøringen, har innklagede brutt de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 tredje og fjerde ledd, samt opptrådt i strid med god forretningsskikk, jf. loven § 5 første ledd.
- (30) For det tilfellet at klagenemnda kommer til at det var tilstrekkelig at kunngjøringen bare henviste til konkurransegrunnlaget hva gjelder kvalifikasjonskravene, anføres subsidiært at kvalifikasjonskravene og kravene til dokumentasjon er angitt på en uklar og lite tilgjengelig måte. Dette er i strid med kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5, og har bidratt til at klager ikke sendte inn den dokumentasjonen som innklagede mener skulle ha vært innsendt. Det vises til at kvalifikasjonskravene er oppført på en rekke forskjellige steder i konkurransegrunnlaget, med innbyrders henvisninger, slik at man må bla frem og tilbake mellom kapittel A1, D1, G1, F8. Deler av kvalifikasjonskravene var dessuten oppgitt med blå skrift, og dette skapte forvirring med tanke på hvilken dokumentasjon som måtte vedlegges tilbudet og hva som kunne dokumenteres senere i prosessen. Videre vises det til at NA-rundskriv 05/5 er foreldet, ettersom det ikke er oppdatert etter endringen av anskaffelsesforskriften i 2006. Også dette skapte uklarhet og uforutsigbarhet i konkurransen.
- (31) Klager anfører at ettersom klager ble avvist ved brev 10. august 2009, hvor det var fastsatt en klagefrist til 15. august 2009, har ikke klager fått en reell mulighet til å klage på avvisningsbeslutningen når kontrakt ble tildelt 7. august 2009. Innklagede har således brutt de grunnleggende kravene til god forretningsskikk, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5.
- (32) Det vises videre til at klager først mottok avvisningsmeddelelsen 17. august 2009, altså to dager etter klagefristens utløp. Innklagede forlenget ikke klagefristen med den begrunnelse at kontrakten allerede var tildelt. Det følger av forskriften §§ 11-13 og 11-14 at oppdragsgiver skal informere en leverandør som er avvist, og gi en begrunnelse for avvisningen. Klagenemnda har videre lagt til grunn at en avvist tilbyder har rett til å klage på avvisningsbeslutningen, jf. sak nr. 2008/32 premiss (43). Forskriften stiller imidlertid ikke krav om klagefrist ved meddelelse om avvisning, men kravet til god forretningsskikk tilsier at dette likevel gjøres. Når en klagefrist først er gitt, som i denne saken, må oppdragsgiver være forpliktet til å forholde seg til denne på en slik måte at klageadgangen blir reell. Innklagede skulle således ha gitt klager en ny reell klagefrist, og tildelingen skulle ikke ha skjedd før klagefristen var ute, jf. prinsippet i forskriften § 12-3.
- (33) Klager anfører videre at innklagede, ved ikke å gi klager en klagefrist ved tildelingsmeddelelsen 18. august 2009, har brutt forskriften § 13-3. Dette følger direkte

av bestemmelsen og er også lagt til grunn av klagenemnda i sak nr. 2009/27 premiss (33), som omhandler den tilsvarende bestemmelsen i del III, § 23-3.

- (34) Klager anfører at innklagede, ettersom kontrakt med valgte leverandør ble inngått etter at vedståelsesfristen var gått ut, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at vedståelsesfristen løp ut 1. september 2009 og kontrakt med valgte leverandør ble inngått 3. september 2009. Det følger av klagenemndspraksis, blant annet sak nr. 2009/245 og 2008/13, at når vedståelsesfristen er utløpt, er oppdragsgiver i utgangspunktet uten bindende tilbud. Ettersom innklagede ikke ga samtlige tilbydere muligheten til å forlenge vedståelsesfristen, skulle konkurransen vært avlyst og utlyst på nytt.
- (35) Klager anfører videre at det må legges til grunn at vedståelsesfristen for valgte leverandør ikke ble forlenget, da en slik forlengelse ikke er dokumentert i anskaffelsesprotokollen. Etterfølgende skriftlige erklæringer fra de involverte parter er ikke tilstrekkelig bevis for at fristen ble forlenget før den løp ut. Det er oppdragsgivers eget ansvar å sikre at fristforlengelsen er tilstrekkelig dokumentert.
- (36) Det anføres subsidiært at selv om det anses bevist at innklagede og valgte leverandør har forlenget vedståelsesfristen, foreligger det likevel en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at innklagede, i et slikt tilfelle, bare stod igjen med ett tilbud, noe som innebærer at det ble inngått kontrakt med den eneste tilbyderen som fortsatt vedsto seg sitt tilbud. Dette representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (37) Klager anfører at ettersom innklagede nektet å forlenge klagefristen for avvisningsbeslutningen overfor klager, men senere forlenget vedståelsesfristen for valgte leverandør, foreligger det forskjellsbehandling i strid med kravet i loven § 5.
- (38) Klager anfører at innklagede, ved ikke å ha protokollert at valgte leverandørs vedståelsesfrist ble forlenget, har brutt kravet til føring av protokoll og kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5.
- (39) Klager anfører at innklagede, ved å unnlate å opplyse om den allerede postlagte avvisningsbeslutningen i telefonsamtalen med klager, har brutt kravet til god forretningsskikk.
- (40) Klager anfører at vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteresse foreligger. Hvis kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene hadde vært oppgitt i kunngjøringen, ville det klart ha fremgått hvilke krav som ble stilt, og klager ville ha oppfylt disse. Hvis klager ikke hadde blitt avvist fra konkurransen, ville klager blitt tildelt kontrakten da klagers tilbud var lavest.

Innklagedes anførsler:

- (41) Innklagede anfører at klager er rettmessig avvist, da tilbudet inneholdt mangelfull dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravene. Dette fremkom også av avvisningsmeddelelsen.
- (42) Innklagede anfører videre at klager uansett skulle ha vært avvist fordi klager fikk null poeng på enkeltkriteriet F3.1. Det vises til at klager har fått tre poeng ved vurderingen

av F3, beregnet ut fra et gjennomsnitt av poengene for F3.1, F3.2 og F3.3. Klager fikk i utgangspunktet ett poeng på punkt F3.1, men innklagede ser nå at klager skulle ha fått null poeng her, da det ikke er gitt opplysninger i samsvar med dette punktet. I følge NA-rundskriv 05/5 side fem, skal tilbydere avvises som uegnet dersom tilbyderen får null poeng på et enkeltkriterium der det beregnes gjennomsnitt, som ved punkt F3 og F4.

- (43) Innklagede anfører at vilkårene for konkurransen ikke kunne endres ved å vektlegge kjennskap til og erfaringer med klagers selskap, jf. likebehandlingsprinsippet. Samtlige tilbydere måtte vurderes ved at man sammenholdt kvalifikasjonskriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget med opplysningene oppgitt i tilbydernes tilbud.
- (44) Innklagede anfører at man ikke kunne be om ettersending av dokumenter, ettersom de dokumentene og opplysningene som manglet i denne saken ikke var *"offentlig tilgjengelig"*, jf. § 12-3 første setning.
- (45) Innklagede anfører at det heller ikke kunne bes om at den manglede dokumentasjonen ble fremlagt etter § 12-4. Det vises til at denne bestemmelsen bare åpner for at oppdragsgivere kan anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til tilbyderen, suppleres eller utdypes. Hjemmelen kan ikke benyttes til å innhente dokumentasjon som ikke er innlevert. I denne saken manglet all dokumentasjon vedrørende det personell som skulle benyttes til arbeidene.
- (46) Innklagede anfører at selv om kvalifikasjonskravene ikke er oppgitt i kunngjøringen utover en henvisning til konkurransegrunnlaget, har ikke dette hatt betydning for klager. Det vises til at klager meldte sin interesse og mottok konkurransegrunnlaget hvor kravene til tilbyders kvalifikasjoner fremkom.
- (47) Innklagede anfører at kravet til dokumentasjon fremgår tilstrekkelig klart i konkurransegrunnlaget. Det vises til kapittel D1 punkt 1 første avsnitt, hvor det fremgår at byggherren ber om nødvendige opplysninger for å kunne vurdere om tilbyder har det tekniske, finansielle og økonomiske grunnlaget som er nødvendig for oppfylling av kontrakten. Dokumentasjonskravene fremkommer av kapittel G1 og kapittel D1. Det vises til at det i siste setning i kapittel D1 punkt 1, uttrykkelig bes om at CV for angitt personell vedlegges tilbudet. Kravet om dokumentasjon ble også nevnt på både tilbudsbehandling og tilbudskonferanse, og tilbyderne fikk på denne måten en klar oppfordring om å legge de aktuelle dokumenter ved sitt tilbud.
- (48) Innklagede anfører at de setningene i konkurransegrunnlaget som er skrevet med blå farge, ikke har noen betydning for hvilken dokumentasjon som kreves av tilbyderne. Blåfargen henger igjen fra Statens vegvesens mal for konkurransegrunnlag, og signaliserer for innkjøperen at det aktuelle punkt kan endres for å tilpasses det enkelte prosjekt.
- (49) Innklagede anfører videre at det er uten betydning for saken at NA-rundskriv 05/5 er foreldet. Rundskrivet sier noe om hvordan oppdragsgiver vil vurdere leverandørenes kvalifikasjoner, og denne vurderingen vil være den samme også etter den nye forskriften.
- (50) Innklagede anfører at klagers adgang til å inngi klage over avvisningsbeslutningen, er tilstrekkelig ivaretatt. Det vises til at forskriften ikke inneholder krav om at det skal gis

klagefrist ved avvisning, noe som også ble lagt til grunn i klagenemndas sak nr. 2009/27. Meddelelse om avvisning ble gitt ved brev 10. august 2009, tildelingsmeddelelsen er datert 18. august 2009 og kontrakt ble først inngått 3. september 2009. Klager har dermed hatt tilstrekkelig tid til å vurdere en eventuell begjæring om midlertidig forføyning.

- (51) Innklagede anfører at det heller ikke var feil at klager ikke fikk en klagefrist i tildelingsmeddelelsen. Ettersom beslutningen om å avvise klager var riktig, hadde ikke klager noen interesse i å klage på tildelingen, da en ny tildelingsevaluering uansett ville blitt lik den første. Det vises til EU-domstolens sak T-297/06.
- (52) Innklagede anfører at det ikke er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at vedståelsesfristen med valgte leverandør muntlig var forlenget til 3. september 2009 i en telefonsamtale 28. august 2009. Det stilles ikke formkrav til hvordan en fristforlengelse kan skje, jf. klagenemndas saker nr. 2008/13, 2005/64 og 2005/267. Det er fremlagt erklæring fra innklagede og valgte leverandør vedrørende forlengelse av vedståelsesfristen, noe som også var tilfelle i klagenemndas sak nr. 2008/13.
- (53) Innklagede erkjenner at det er skjedd et brudd på kravet til likebehandling, da de øvrige tilbydere ikke fikk mulighet til å forlenge vedståelsesfristen.

Klagenemndas vurdering:

- (54) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en bygg- og anleggskontrakt og følger etter sin verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II, jf. forskriften § 2-1 (2), jf. 2-2 (1).
- (55) Klagers hovedanførsel er at innklagede ikke hadde rettslig grunnlag for å avvise klager fra konkurransen. Klager har anført flere grunnlag til støtte for dette synet, samt fremsatt andre anførsler, og klagenemnda behandler dem i den rekkefølgen som anses mest hensiktsmessig.

Kvalifikasjonskravene ikke oppgitt i kunngjøringen

- (56) Klager har anført at ettersom innklagede ikke har angitt "[k]rav[ene] til leverandørenes kvalifikasjoner [...] i hovedtrekk [...] i kunngjøringen...", og da heller ikke "angi[tt] krav til dokumentasjon av at kravene til leverandøren er oppfylt.", jf. forskriften § 8-5, foreligger det brudd på denne bestemmelsen, samt på loven § 5.
- (57) Det følger direkte av bestemmelsens ordlyd at en oppdragsgiver ikke plikter å oppgi kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene i detalj i kunngjøringen, men at det kreves at de sentrale og avgjørende kravene må angis. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas sak nr. 2003/214 premiss (57) og (58), som gjaldt den tilsvarende bestemmelsen i forkriften av 2001. Hensynet bak denne bestemmelsen er å gjøre det mulig for potensielle tilbydere å lese av kunngjøringen om prosjektet kan være relevant, uten å måtte be om å få utlevert konkurransegrunnlaget.
- (58) I foreliggende sak fremgikk verken kvalifikasjonskravene eller dokumentasjonskravene av kunngjøringen. Innklagede hadde derimot for samtlige krav i kunngjøringens punkt

III.2) ”KVALIFIKASJONSKRAV”, tatt inn følgende henvisning: ”Se konkurransegrunnlaget”. Kvalifikasjonskravene var således kun angitt i konkurransegrunnlaget.

- (59) Ettersom innklagede kun har en slik henvisning til konkurransegrunnlaget, angis ikke kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene i kunngjøringen i det hele tatt. Dette tilfredsstiller ikke kravene i forskriften § 8-5 (1) om en angivelse av kvalifikasjonskravene i hovedtrekk, og det foreligger således ett brudd på nevnte bestemmelse. Tilsvarende ble lagt til grunn i klagenemndas sak nr. 2003/214. Klagers anførsel har ført frem.

Hvorvidt kvalifikasjonskravene tilfredsstiller kravene i loven § 5

- (60) Klager har videre anført at kvalifikasjonskravene var angitt på en uklar og lite tilgjengelig måte i konkurransegrunnlaget, og at dette representerer et brudd på de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (61) Verken loven eller forskriften har bestemmelser hvor det fremkommer krav til hvordan kvalifikasjonskravene skal angis i konkurransegrunnlaget. I EU-domstolens og klagenemndas praksis er det imidlertid stilt opp et klarhetskrav til konkurransegrunnlaget i tråd med prinsippene som fremkommer av loven § 5. I dette klarhetskravet ligger at tildelingskriteriene må utformes på en tilstrekkelig klar og tilgjengelig måte, slik at alle rimelig aktsomme tilbydere vil forstå kriteriene på samme måte, jf. EU-domstolens dom C-19/00, ”*SIAC Construction*”, og blant annet klagenemndas sak nr. 2007/39. Et slikt klarhetskrav må også gjelde for angivelsen av kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget, herunder at kvalifikasjonskravene er angitt på en slik måte at det for enhver normalt oppegående tilbyder fremstår klart hvilke krav oppdragsgiver stiller til tilbydernes kvalifikasjoner, jf. kravene til forutberegnelighet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5.
- (62) Spørsmålet blir således om kvalifikasjonskravene for denne konkurransen er angitt på en tilstrekkelig klar og tilgjengelig måte i konkurransegrunnlaget, slik at det for enhver normalt oppegående tilbyder fremstår klart hvilke krav oppdragsgiver stiller til tilbydernes kvalifikasjoner, jf. loven § 5.
- (63) I klagenemndas sak nr. 2003/214 premiss (59) la klagenemnda til grunn at ”*plasseringen av kvalifikasjonskravene og kravene til dokumentasjon i konkurransegrunnlaget er ført opp på en uklar og lite tilgjengelig måte*”, noe som var i strid med kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i loven § 5. I den saken var kvalifikasjonskravene og dokumentasjonskravene kun inntatt i et bilag som var opplyst å gjelde tekniske krav til løsningen som skulle leveres.
- (64) I foreliggende sak er konkurransegrunnlaget basert på Statens vegvesens mal for konkurransegrunnlag. Dokumentet er omfattende, og består av kapitlene A til G og en rekke vedlegg, blant annet NA-rundskriv 05/5 ”*Håndbok 066 kapittel F. Vurdering av tilbydernes kvalifikasjoner*”. Kvalifikasjonskravene fremkommer i forskjellige kapitler i dokumentet, ved at det henvises fra et kapittel til et annet. For det første viser kapittel A1 til kapittel D1, hvor en rekke krav til tilbydernes kvalifikasjoner er opplistet, se premiss (4). Kapittel D1 viser videre til kapittel F og side G1. Kapittel F består av flere skjemaer som skal fylles ut, samt at punkt F8 viser tilbake til kapittel D1, hvor ”*eventuelle andre krav til tilbydernes kvalifikasjoner*” skal fremgå. På side G1 er det et

skjema hvor det fremgår hvilken dokumentasjon som er krevd, og hvor det igjen vises tilbake til andre kapitler og underkapitler i konkurransegrunnlaget, fra kapittel A til G.

- (65) De ulike kvalifikasjonskravene som innklagede har stilt til tilbyderne i de enkelte kapitlene, er språklig sett klare og fremkommer med tilstrekkelig klarhet isolert sett. Selv om konkurransegrunnlaget etter klagenemndas syn fremstår som noe tungvint med alle henvisningene fra ett kapittel til ett annet, anses også henvisningene tilstrekkelig klare. Oppsettet av hele konkurransegrunnlaget fordrer en grundig og tidkrevende gjennomlesning, men det fremstår ikke som misvisende, slik som for eksempel i den ovennevnte sak nr. 2003/214. Videre kan det nevnes at det i kapittel D1 fremgår tydelig at de dokumentene som manglet ved klagers tilbud, skulle vedlegges tilbudene. Det vises blant annet til at det under punkt 1 **"Krav til tilbyders kvalifikasjoner"** heter at *"CV for [...] vedlegges tilbudet"*. Klagenemnda er på denne bakgrunn av den oppfatning at kvalifikasjonskravene i utgangspunktet er angitt tilstrekkelig klart i konkurransegrunnlaget, slik at det ikke foreligger brudd på loven § 5.
- (66) Klager har vist til at deler av teksten i konkurransegrunnlaget var skrevet med blå skrift, og at dette har skapt uklarheter rundt dokumentasjons- og kvalifikasjonskravene. Innklagede har opplyst at blåfargen henger igjen fra Statens vegvesens mal, og representerer de delene av malen som kan endres for å tilpasses den enkelte konkurransen. Etter klagenemndas syn er det ikke holdepunkter for å tolke bruken av to farger dit hen at det kun er det i blått som virkelig er en del av kvalifikasjonskravene. Ordlyden er tilstrekkelig klar, både for det skrevet i blått og i svart, noe som også tilsier at konkurransegrunnlaget fremstår tilstrekkelig klart.
- (67) Klager har videre vist til at NA-rundskriv 05/5, som var en del av konkurransegrunnlaget, var foreldet og således skapte uklarhet og uforutsigbarhet i konkurransen. Klagenemnda er enig i at det er uheldig at det vedlegges et foreldet rundskriv, men påpeker samtidig at rundskrivet bare er ment som et hjelpemiddel for skjønnsutøvelsen ved evalueringen av kvalifikasjonskravene. Det har således ikke betydning for vurderingen av om kvalifikasjonskravene er utformet i samsvar med klarhetskravet.
- (68) Ut fra ovenstående er klagenemnda kommet til at utformingen av kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget tilfredsstiller de grunnleggende kravene i loven § 5, herunder også klarhetskravet.

Hvorvidt klager skulle ha vært avvist

- (69) Det neste spørsmålet er hvorvidt klager rettmessig ble avvist fra konkurransen, jf. forskriften § 11-10.
- (70) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at en oppdragsgiver skal avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (71) Videre følger det av forskriften § 11-10 (2) bokstav g at en oppdragsgiver har rett til å avvise leverandører som har *"unnlatt å gi opplysninger i henhold til [...] krav til leverandøren."*

- (72) Tilsvarende bestemmelser finnes i forskriften del III, i henholdsvis § 20-12 (1) bokstav a og § 20-12 (2) bokstav g. Klagenemnda har tidligere behandlet forholdet mellom disse to bestemmelsene, jf. blant annet sak nr. 2009/219, og fra premiss (35) og (36) hitsettes:

”(35) Når det gjelder forholdet mellom disse to bestemmelsene, ble det i klagenemndas sak 2009/128 premiss (84) presisert at en leverandør skal avvises etter § 20-12 første ledd bokstav a dersom han ikke oppfyller det tilhørende dokumentasjonskravet ”og ved dette viser at han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet (eller som følge av dette ikke har dokumentert at han oppfyller kravet)”. Dersom tilbyder ”ellers” ikke oppfyller kravene til dokumentasjon, kan selskapet avvises etter § 20-12 andre ledd bokstav g, men i slike tilfeller har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet.

(36) Dette viser at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som ikke på noen måte har dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Oppdragsgivers rett til å avvise en leverandør etter § 20-12 andre ledd bokstav g er dermed forbeholdt tilfeller der dokumentasjonskravet ikke er oppfylt, men leverandøren på annen måte likevel har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt, eller at dette fremstår som sannsynlig.”

- (73) Tilsvarende må legges til grunn for forholdet mellom forskriften § 11-10 (1) bokstav a og § 11-10 (2) bokstav g. Spørsmålet blir dermed om klager oppfylte de kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav som fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- (74) Av innklagedes avvisningsmeddelelse datert 10. august 2009, fremgår det at klager ble avvist på grunn av manglende innsending av diverse dokumenter, herunder blant annet CV for flere av det tilbudte personell og dokumentasjon av at enkelte kompetansekrav var oppfylt, jf. konkurransegrunnlaget kapittel D1. Klagenemnda er ovenfor kommet til at det fremgår tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget, herunder kapittel D1, at de aktuelle dokumenter og opplysninger skulle legges ved tilbudet. Det er uomtvistet at klager ikke har vedlagt denne dokumentasjon.
- (75) På denne bakgrunn finner klagenemnda at klagers unnlatelse av å levere deler av den etterspurte dokumentasjon, medfører at klager ikke har dokumentert at klager oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransen. Innklagede hadde derfor plikt til å avvise klager etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (76) Klager har imidlertid anført at innklagede, ved å ikke sette en tilleggsfrist for innsending av de aktuelle dokumentene, har brutt prinsippene i loven §§1 og 5.
- (77) Avvisningsplikten etter § 11-10 (1) bokstav a gjelder med *”forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)”*. Spørsmålet blir således om innklagede skulle ha gitt klager en tilleggsfrist for å ettersende de manglende dokumentene, jf. § 12-3.
- (78) Det følger av § 12-3 første setning at en oppdragsgiver *”kan”* fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av *”HMS-egenerklæring, skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon av at krav til leverandøren er oppfylt”* dersom en eller flere leverandører ikke har levert disse dokumentene.
- (79) Bestemmelsen angir konkret hvilke dokumenter det kan åpnes for å ettersende, og det følger klart av klagenemndas praksis at det bare er for disse tre dokumenttypene det kan

gis tilleggsfrist, jf. sak nr. 2009/163 premiss (58). Som begrunnelse for avvisningen viste innklagede blant annet til at klager ikke hadde levert CV for flere av det tilbudte personell og heller ikke hadde dokumentert at enkelte kompetansekrav var oppfylt. Disse dokumentene faller ikke inn under ordlyden i § 12-3, og innklagede hadde således ikke mulighet til å sette en tilleggsfrist for ettersending av dokumenter. Klagers anførsel fører således ikke frem.

- (80) Avvisningsbestemmelsen i § 11-10 (1) bokstav a åpner ikke for andre muligheter for å ettersende dokumentasjon. Den gir heller ikke oppdragsgiver mulighet til å legge vekt på sin tidligere erfaring med tilbydere, herunder eventuell kunnskap om at tilbyderen tilfredsstiller kvalifikasjonskravene. Klagers anførsel vedrørende dette kan således ikke føre frem.
- (81) Klagenemnda bemerker dessuten at forskriften § 12-4 kun gir oppdragsgivere anledning til å be om at allerede *"fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes"*. Utover dette må oppdragsgiver basere seg på den dokumentasjon som leverandøren allerede har innlevert sammen med tilbudet, jf. sakene 2009/163 premiss (53) og 2009/142 premiss (26). Innklagede kunne således heller ikke benytte denne bestemmelsen for å få fremlagt den manglende dokumentasjonen.
- (82) Isolert sett ville avvisningen av klager således ha vært var rettmessig viss gjennomføringen av konkurransen for øvrig hadde vært forsvarlig.

Klagebehandlingen

- (83) Klager anfører at innklagede ikke gav klager en reell mulighet til å påklage avvisningsbeslutningen, og at innklagede således har brutt forskriften §§ 11-13 og 11-14 samt de grunnleggende kravene i loven § 5. Klager viser til at dersom de hadde blitt gitt en slik reell klagemulighet, kunne den manglende dokumentasjon vært innsendt, og klager kunne dermed ha unngått å bli avvist.
- (84) Det følger av forskriften § 11-13 at en tilbyder som blir avvist skal informeres i samsvar med § 11-14. Etter § 11-14 (2) bokstav a skal en oppdragsgiver *"snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse"*, dersom en tilbyder blir avvist etter forskriften § 11-10.
- (85) For de tilfeller det et tilbud blir avvist, har klagenemnda, i sak nr. 2009/27 premiss (32) og (33), uttalt følgende om avvisningsmeddelelsen og klagemuligheten:

" (32) I følge § 20-16 (2) bokstav c. skal oppdragsgiver "snarest mulig" gi skriftlig tilbakemelding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist. Klagenemnda har lagt til grunn at oppdragsgiver i alle fall må gi en melding om avvisning før kontraktsinngåelse, jf. klagenemndas sak 2008/105 (premiss 34), sml. også EF-domstolen sak C-82/98 "Alcatel". Hensynet bak bestemmelsen er at klager skal få anledning til å være med i konkurransen dersom avvisningen viser seg uriktig, og få satt i gang tiltak for å få stanset anskaffelsesprosedyren. I denne sammenheng har klagenemnda også lagt til grunn at en avvist leverandør har rett til å klage på avvisningsbeslutningen, jf. klagenemndas sak 2008/32 (premiss 43).

- (86) Tilsvarende synspunkt må legges til grunn for det tilfellet at en tilbyder blir avvist, som i nærværende sak, da de samme hensyn gjør seg gjeldende.
- (87) I foreliggende sak ble klager meddelt avvisningen ved innklagedes brev datert 10. august 2009. Klager har opplyst å ha mottatt avvisningsbrevet 17. august 2009. Kontrakt ble inngått 3. september 2009, altså 18 virkedager etter at innklagede sendte avvisningsbrevet og 13 virkedager etter klager mottok meddelelsen. Klager hadde da i utgangspunktet rimelig tid til å inngi klage på avvisningen, og få denne behandlet før kontraktsinngåelsen, herunder eventuelt å igangsette andre rettslige tiltak.
- (88) Klager har imidlertid anført at det var et brudd på kravet til god forretningsskikk at innklagede ikke opplyste om avvisningen i telefonsamtalene med klager 11. august, altså da avvisningsmeddelelsen var sendt i posten.
- (89) Av kravet til god forretningsskikk følger det at en oppdragsgiver må innrette seg og opptre som en aktsom profesjonell aktør ville ha gjort. Reglene om opplysningsplikt er et utslag av dette grunnleggende prinsippet, herunder bestemmelsen om oppdragsgiveres begrunnelsesplikt i § 11-14. Etter § 11-14 pålegges oppdragsgivere snarest mulig å gi en skriftlig melding med en kort begrunnelse. Bestemmelsen må anses for å være et resultat av en avveining av tilbydernes behov for informasjon mot hvilke krav som skal stilles til en oppdragsgiver, og bestemmelsen ivaretar kravet til etterprøvbarhet. I dette tilfellet sendte innklagede en skriftlig meddelelse til klager i god tid før kontrakt ble inngått. Etter normal postgang ville avvisningsbrevet ha kommet frem en til to dager etter postlegging. Innklagede gjorde således det som var pålagt etter forskriften. Selv om innklagede hadde opplyst om avvisningen i telefonsamtalen, så måtte klager uansett ha ventet på brevet. Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for å stille strengere krav til oppdragsgivers opplysningsplikt etter loven § 5, enn det som følger av forskriftens særbestemmelse. Klagers anførsel har ikke ført frem.
- (90) Klager har videre anført at når innklagede fastsatte en frist for å klage på avvisningen, selv om dette ikke er et krav etter forskriften, plikter innklagede å følge fristen opp slik at klagefristen blir reell.
- (91) Utgangspunktet er at det ikke foreligger en plikt for oppdragsgivere til å fastsette en klagefrist i avvisningsmeddelelser. I klagenemndas sak nr. 2009/27 premiss (33), vedrørende spørsmålet om det må fastsettes en klagefrist ved avvisning av tilbud etter forskriften § 20-16, la nemnda til grunn at bestemmelsen ikke inneholdt et *"krav om å sette frist for klage ved meddelelse om avvisning. Selv om gode grunner kan tale for at oppdragsgiver bør sette en frist, finner ikke nemnda at et slikt krav kan oppstilles i medhold av anskaffelsesloven § 5."* Tilsvarende legges til grunn for avvisning av tilbyder.
- (92) I foreliggende sak gav innklagede klager en klagefrist på avvisningen, på tross av at dette ikke kreves etter forskriften § 11-14. Brevet ble imidlertid mottatt etter klagefristens utløp, men samtidig i god tid før kontrakt ble inngått. Klager hadde dermed reelt sett mulighet til å klage selv om klagefristen var løpt ut, og mulighet til å få denne behandlet av innklagede før kontrakt ble inngått. Etter klagenemndas syn må dette være det avgjørende, og klagers anførsel har ikke ført frem.

- (93) Konklusjonen blir således at innklagede, ved behandlingen av avvisningen av klager, verken har brutt forskriften § 11-13 og § 11-14, eller de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (94) Klager har videre anført at innklagede, ved å ikke gi klager en klagefrist i tildelingsmeddelelsen datert 18. august 2009, har brutt forskriften § 13-3.
- (95) Det følger av forskriften § 13-3 (1) at oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling *"skal meddeles til alle deltakerne i rimelig tid"* før kontrakt inngås. Meddelelsen *"skal være skriftlig og gis samtidig til alle deltakerne"* og den *"skal inneholde en begrunnelse for valget, i samsvar med § 11-14 første ledd, og skal angi frist for leverandører til å klage over beslutningen."*
- (96) Klagenemnda har tidligere slått fast at *"deltakere"* i denne sammenheng også omfatter avviste leverandører, jf. klagenemndas sak nr. 2009/85 premiss (52) med videre henvisninger.
- (97) Det er ikke omtvistet at tildelingsmeddelelsen innklagede sendte til klager ikke inneholdt en klagefrist. Innklagede har således brutt forskriften § 13-3, og klagers anførsel har ført frem.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (98) Klager har anført at innklagede, ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Ved slike påstander er fristen for å klage to år fra avtaleinngåelse, jf. klagenemndeforskriften § 13a andre ledd, jf. anskaffelsesloven § 7b tredje ledd. Avtale ble inngått 3. september 2009 og klagefristen er overholdt.
- (99) Etter loven § 7b første ledd kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring, jf. loven § 7b, jf. forskriften § 9-1, j f. § 2-1.
- (100) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en kontrakt som inngås etter at vedståelsesfristen er utløpt, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, se blant annet klagenemndas sak nr. 2007/108 premiss (33) til (43) med videre henvisninger. Dette gjelder selv om tildelingsbrevet ble sendt forut for vedståelsesfristens utløp.
- (101) I foreliggende sak var vedståelsesfristen i kunngjøringen satt til 1. september 2009, og kontrakt ble inngått 3. september 2009. Det avgjørende blir således hvorvidt valgte leverandør har forlenget sin vedståelsesfrist til 3. september.
- (102) Vedståelsesfristen angir den tiden tilbudene er bindende, jf. forskriften § 10-2. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en tilbyder gyldig kan forlenge sin vedståelsesfrist muntlig, skriftlig eller ved konkludent atferd, jf. sak 2008/13 premiss (30) med videre henvisninger, og sak nr. 2008/217 premiss (79). Forlengelsen må skje mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en ensidig bindende disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene nr. 2005/267 og nr. 2005/64.

- (103) I klagenemndas saker nr. 2004/48 premiss (37) og nr. 2005/189 premiss (67) og (68) er det lagt til grunn at det er oppdragsgiver som har ansvaret for å sørge for en tilstrekkelig lang vedståelsesfrist, og at en eventuell utsettelse av vedståelsesfristen må skje slik at lovens krav til etterprøvbarhet overholdes. Det fremkommer videre at det må være den som påstår at en tilbyder har utsatt vedståelsesfristen, som har bevisbyrden for dette ved en eventuell tvil.
- (104) Klager har anført at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse da det ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon for at valgte leverandør forlenget vedståelsesfristen for sitt tilbud fra den opprinnelige fristen 1. september 2009 til kontrakt ble inngått 3. september 2009.
- (105) I innklagedes første prosesskriv til klagenemnda 9. oktober 2009 vedgikk innklagede at vedståelsesfristen til valgte leverandør ikke var blitt forlenget, noe som innebar at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser. I et senere prosesskriv ble denne uttalelsen trukket tilbake med den begrunnelse at uttalelsen bygde på den skriftlige dokumentasjonen som finnes i saken. Det ble videre opplyst om at vedståelsesfristen muntlig ble forlenget i en telefonsamtale 28. august 2009, mellom daglig leder hos valgte leverandør og overingeniør i Statens vegvesen Region nord Odd Magne Rognan. Fristen skal ha blitt forlenget til avholdelse av kontraktsmøte 3. september 2009. Det var vedlagt erklæringer fra de nevnte personer hvor telefonsamtalen bekreftes. Som det fremgår av klagenemndas praksis referert ovenfor, er det lagt til grunn at vedståelsesfristen gyldig kan forlenges ved muntlig avtale. Spørsmålet i denne saken blir om det kan anses tilstrekkelig bevist at valgte leverandørs vedståelsesfrist muntlig ble forlenget til 3. september 2009.
- (106) De skriftlige erklæringene som foreligger er kommet til i forbindelse med behandlingen av saken i klagenemnda, og således altså i etterkant av kontraktsinngåelsen. Erklæringene har av den grunn begrenset bevisverdi. I tillegg er erklæringen fra Odd Magne Rognan datert tre dager etter at erklæringen ble mottatt av klagenemnda, noe som svekker bevisverdien ytterligere. Den muntlige forlengelsen av vedståelsesfristen er heller ikke beskrevet i anskaffelsesprotokollen og det finnes ingen annen dokumentasjon, som for eksempel en telefonutskrift, til støtte for innklagedes påstand.
- (107) På denne bakgrunn finner klagenemnda det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at vedståelsesfristen til valgte leverandør ble forlenget fram til kontraktsinngåelsen. Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør ble dermed inngått etter vedståelsesfristens utløp, og det foreligger på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b.
- (108) Klagenemnda bemerker i tillegg at det er et brudd på kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5 at ikke samtlige tilbydere fikk mulighet til å forlenge sine vedståelsesfrister, jf. blant annet klagenemndas saker nr. 2008/32 og nr. 2009/245. Dette er erkjent av innklagede.
- (109) Det må videre vurderes om skyldkravet i loven § 7 b er oppfylt.
- (110) Skyldkravet ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b beskrevet som at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *"forsettlig eller grovt*

uaktsomt". I lovforarbeidet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 er dette kommentert på følgende måte:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt."

- (111) Spørsmålet blir om innklagede, ved at kontrakt ble inngått etter den opprinnelige vedståelsesfristens utløp, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.
- (112) Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at ettersom innklagede ikke har sannsynliggjort i tilstrekkelig grad at det ble inngått en muntlig avtale om forlengelse av valgte leverandørs vedståelsesfrist, var det vedståelsesfristen, slik den var oppgitt i kunngjøringen, som var gjeldende i konkurransen. Bestemmelsen som regulerer vedståelsesfristen er sentral ettersom den regulerer hvilket tidsrom tilbyderne anses bundne av sine tilbud. Det er oppdragsgivers plikt å angi vedståelsesfristen, og eventuelt forlenge den ved behov. En slik forlengelse må, i samsvar med kravet til etterprøvbarehet i loven § 5, kunne dokumenteres av oppdragsgivere. Innklagede har tidlig i prosessen erkjent at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ettersom det av den skriftlige dokumentasjonen ikke fremgikk at vedståelsesfristen var forlenget. Selv om innklagede nå hevder at vedståelsesfristen er forlenget muntlig, illustrerer innklagedes første tilbakemelding til klagenemnda at innklagede var kjent med behovet for å sikre seg at en eventuell fristforlengelse måtte kunne dokumenteres. Når innklagede likevel inngår kontrakt med valgte leverandør tre dager etter vedståelsesfristens utløp, anses innklagede for å ha handlet med et markert avvik fra det forsvarlige og således grovt uaktsomt. Skyldkravet i § 7b første ledd er således oppfylt.
- (113) Av loven § 7b første ledd følger det at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, *"forsettlig eller grovt uaktsomt"* foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning."*
- (114) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker nr. 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (8).
- (115) I klagenemndas sak nr. 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

” [...] Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser. [...]”

- (116) Klagenemnda har i flere saker om ulovlige direkte anskaffelser kommet til at det ikke skal ilegges gebyr. I sak nr. 2007/108 var det kunngjort en konkurranse med forhandling for prekvalifiserte leverandører, men kontrakt ble først inngått etter utløpet av vedståelsesfristen. Kontraktsinngåelsen ble på denne bakgrunn ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Fra begrunnelsen om ikke å ilegge gebyr hitsettes:

”Bakgrunnen for innføringen av overtredelsesgebyr var at det ble avdekket at mange kontrakter ikke ble kunngjort. Manglende kunngjøring av anskaffelser fører til at det ikke blir konkurranse om oppdragene, og dermed mindre kostnadseffektive innkjøp. I dette tilfellet var kvalifikasjonsordningen kunngjort i overensstemmelse med reglene for dette i forsyningsforskriften. Alle aktuelle leverandører oppført i TransQ systemet har derfor allerede hatt anledning til å inngi sine tilbud. Hensynet til konkurranse er dermed ivaretatt. Virkningen av at vedståelsesfristen utløp begrenser seg til at innklagede skulle gjort en ny vurdering etter allerede fastsatte tildelingskriterier overfor dem som allerede hadde deltatt i konkurransen, mest trolig uten andre eller nye momenter for tildelingen. At innklagede ikke gjennomfører ny konkurranse vil dermed ha liten - om noen betydning overhodet - i forhold til de hensyn som ligger til grunn for kravet om kunngjøring og konkurranse.”

- (117) Ettersom anskaffelsen vedrørende rehabilitering av Gimsøystraumen bru opprinnelig ble kunngjort som en åpen anbudskonkurranse er hensynet til konkurranse ivaretatt. Det har vært reell konkurranse om oppdraget og prosessen har foregått i åpenhet. Feilen består i at kontrakten ble inngått tre dager etter at den kunngjorte vedståelsesfristen løp ut. Ettersom konkurransen ble kunngjort er overtredelsen ikke i kjernen av formålet med å ilegge overtredelsesgebyr, jf. klagenemndas sak nr. 2007/108 sitert ovenfor. Klagenemnda har i tidligere saker, der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse utelukkende på grunnlag av at vedståelsesfristen er utløpt, vært tilbakeholdne med å ilegge overtredelsesgebyr, jf. blant annet sak nr. 2008/107.

- (118) På denne bakgrunn er klagenemnda, etter en skjønnsmessig vurdering, kommet til at det ikke bør ilegges gebyr i denne saken.

Kravene i loven § 5

- (119) Klager har anført at da innklagede forlenget vedståelsesfrist for valgte leverandør, men ikke innvilget klager en forlenget klagefrist, foreligger det forskjellsbehandling i strid med loven § 5. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at innklagede ikke hadde plikt til å forlenge klagers klagefrist. Videre ble det lagt til grunn at vedståelsesfristen til valgte leverandør ikke ble forlenget. De to situasjonene klager beskriver kan uansett ikke sammenlignes, og det er ikke grunnlag for å konstatere at det foreligger forskjellsbehandling.

(120)Klager har anført at innklagede, ved å ikke ha protokollert forlengelsen av vedståelsesfristen, har brutt kravet til føring av protokoll og samt kravet til etterprøvbarehet i loven § 5.

(121)Det følger av forskriften § 3-2 at en oppdragsgiver *"skal føre protokoll for alle anskaffelser som overstiger 100 000 kroner eks. mva."* og at protokollen skal beskrive *"alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen."* Det å inngå kontrakt etter at den opprinnelige vedståelsesfristen er løpt ut, på bakgrunn av en forlengelse av vedståelsesfristen, vil typisk være et vesentlig forhold ved anskaffelsesprosessen. Innklagede har ført en slik protokoll, men har ikke ført inn forholdene rundt avtaleinngåelsen og fristforlengelsen. Dette representerer et brudd på forskriften § 3-2, og klagers anførsel har ført frem.

Erstatning

(122)Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemnds forskriften § 12 andre ledd siste punktum.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region nord har, ved ikke å angi kvalifikasjonskravene *"i hovedtrekk"* i kunngjøringen, brutt forskriften § 8-5 (1).

Statens vegvesen Region nord har brutt forskriften § 13-3 ved at tildelingsmeddelelse innklagede sendte til klager ikke inneholdt en klagefrist.

Statens vegvesen Region nord har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristen utløp.

Statens vegvesen Region nord har brutt forskriften § 3-2 ved å ikke protokollføre at vedståelsesfristen til valgte leverandør ble forlenget.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

28. juni 2010

Siri Teigum