



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt om levering av DLE-tjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å legge vekt på at klager ikke var etablert i området, men kun hadde en plan for etablering. Innklagede hadde også brutt forsyningsforskriften § 11-3 (1) ved at innklagedes meddelelse om valg av leverandør ikke inneholdt tilstrekkelig begrunnelse for valget. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 11. februar 2013 i sak 2011/173

Klager: El-Tilsynet AS

Innklaget: Eidsiva Nett AS

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Morten Goller

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Tildelingsevaluering. Begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Eidsiva Nett AS (heretter kalt innklagede) inviterte 1. oktober 2010 utvalgte leverandører fra kvalifikasjonsordningen Sellihca Qualification til å delta i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av DLE-tjenester. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen anslått å være 100 millioner kroner.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 "Konkurransen" var det gitt følgende informasjon om de etterspurte tjenestene:

"Konkurransen gjelder anskaffelse av utførelse av DLE-tjenester (Det Lokale Elektrisitetsilsyn), herunder tilsyn av elektriske anlegg og installasjoner, elsikkerhetsinformasjon og brannetterforskning sammen med Politiet. Omfanget tar utgangspunkt i Lov om tilsyn av elektriske anlegg av 1929 "Tilsynsloven", med tilhørende forskrifter FDLE (Forskrift for DLE), samt omfang i henhold til DSB's årlige tilsynsplaner, pålegg og retningslinjer. Tjenestene skal utføres i Eidsivas konsesjonsområde som for tiden er spredt over 19 kommuner med sluttbrukerkunder i Hedmark og Oppland, med leveransestart 1. januar 2011."

(3) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 6.2:

"6.2 Tildelingskriterier

Tildelingen vil skje på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier med vekting (Karakterskala 0-5, hvor 5 er toppkarakter. Tilbyder med høyest vektet score vurderes best):

<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Vekting</i>
----------------------------	----------------

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

1. Besvarelse på kravspesifikasjon <i>Kjøper vil vurdere faktisk kompetanse, kapasitet og erfaring innen DLE-tjenester og kjennskap til lovverket hos enkeltpersoner så vel som bredden i selskapets kompetanse samt selvstendighet. Ref. Kravspesifikasjon.</i>	30-40 %
2. Relevante referanser <i>Referanser fra tilsvarende oppdrag vil bli vurdert.</i>	30-35 %
3. Pris og avtalebetingelser <i>Kjøper vil beregne og vurdere innkjøpskostnader for avtaleperioden. I den grad Leverandør har tatt forbehold i henhold til angitt Avtalegrunnlag, og forbeholdene ikke er av en slik art at Eidsiva finner grunn til å avvise tilbudet, vil leverandørene bli målt opp mot hverandre i forhold til betydningen av de forbehold som er tatt.</i>	25-35 %
VEKTET SCORE	100 %

Eidsiva ber om at tilbyder redegjør nærmere for oppfyllelsen av disse kriteriene, og at disse så langt som mulig dokumenteres. Det presiseres at kriterienes nærmere innhold ikke er uttømmende angitt, og at det må tas hensyn til de opplysninger som fremkommer av konkurransegrunnlaget og oppdragets art for øvrig."

- (4) I vedlagt avtale for levering av DLE-tjenester, "DEL E – KJØPERS KRAVSPESIFIKASJON" fremgikk følgende i punkt 3:

"3 Krav til anskaffelsen

Ref. Tilbudsmatrise, Arkfane 5.

	Absolutte krav. Dette er krav som skal tilfredsstilles
1	<i>Selger skal ha tilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre DLE tjenester som sakkyndig selskap i henhold til Lov om tilsyn av elektriske anlegg av 1929 "Tilsynsloven" med tilhørende forskrifter. Ref. Vedlegg A-1 "Tilsynsplan 2009 og 2010" og Vedlegg A-2 "Volum per kommune".</i>
2	<i>Selger skal kunne utføre brannetterforskning i samarbeid med Politiet.</i>
3	<i>Selger skal ha en regional tilstedeværelse i Kjøpers konsesjonsområde.</i>
4	<i>Selger skal benytte Kjøpers til en hver tid gjeldende KIS (Kunde Informasjons System)- og/eller tilsynssystem. På nåværende tidspunkt benytter Kjøper ElWin som har integrert tilsynsmodul.</i>
5	<i>Selger skal selvstendig/selvgående utføre tjenesten. Med dette menes at Selger skal organisere, planlegge, bemanne og gjennomføre tjenesten.</i>
	Tjenestekrav. Graden av tilfredsstillelse tas i betraktning når tilbudene evalueres
6	<i>Utfører dere tilsyn av anlegg/objekter med egne tilsatte?</i>
7	<i>Utfører dere følgende underaktiviteter:</i>
7 a	<i>- Utplukk/arbeidslister fra KIS-system?</i>
7 b	<i>-Utplukk/arbeidslister fra offentlige registre (for eksempel Brønnøysundregistrene)?</i>
7 c	<i>- Rapportskrivning/dokumentasjon i henhold til Forskrift for DLE?</i>
7 d	<i>- Oppfølging av rapporter inklusive purringer, forberedelser/varsling om vedtak og lignende?</i>
7 e	<i>- Etablere og lagre postlister for alle varsler om vedtak i henhold til Arkivloven?</i>

7 f	- Informere brukere om farer og hensyn i omgang med og bruk av elektrisk utstyr?
7 g	- Informasjon overfor elektorentreprenører og liknende virksomheter?
8	Har dere kapasitet til å betjene vår meddelte tilsynsplan fra DSB med hensyn til antall kontroller i hele det geografiske området fra primo 2011? Ref. Vedlegg A-1 "Tilsynsplan 2009 og 2010" og Vedlegg A-2 "Volum per kommune".
9	Kan dere rapportere til Kjøper direkte på DSB's maler for årlig tilsynsplan?
10	Kan dere rapportere utført aktivitet pr måned innen 14 dager etter månedens slutt, eller annet avtalt hyppighet?
11	Tilbyr dere forskrifts- og normopplæring for elbransjen?
12	Kan dere være tilrettelegger for DLE i autorisasjonssaker?
13	Kan dere utføre løpende ElWin- og IT-sekretærbistand i forbindelse med jordfeilsøk?
14	Benytter selger norsk som tjenestespråk (dokumentasjon og korrespondanse)?
15	Kan dere dokumentere at all personalbruk er i henhold til AML (Arbeidsmiljøloven)?
16	Er HMS/IK-systemet til Selger revidert? Når ble det sist revidert og av hvilken instans?
17	Har Selger systemer og rutiner for etterkontroll av eget kontrollarbeid?
18	De objektene/virksomhetene som har kurant kvalitet, med ingen eller bagatellmessige merknader er mange. De vanskelige saker, der det er feil eller mangler som er potensielt farlige, er også svært ressurskrevende å følge opp. I slike tilfeller er det svært viktig med faglig rapport med god dokumentasjon. Har dere utstyr og kompetanse til å ta gode foto som kan brukes som bevismateriale i ulike instanser og rettslig forfølging?
19	Ved hendelser der det kan oppstå fare for liv eller eiendom, kan dere bistå med rask utrykning/tilstedeværelse for tilgang til tilsynsobjektet?
20	Det er viktig med nøytralitet og habilitet, spesielt overfor elektroentreprenørbransjen. Er selger 100 % habil i henhold til FDLE?
21	Er eller har Selger vært innklagd for noen myndighet eller domstol/rettsinstans i forbindelse med utøvelse av forretningsvirksomhet?
22	Finnes det anmerkninger av alvorlig art som kan knyttes til selskapets eller tilknyttede sentrale personers omdømme?
23	Kan selger jobbe under/med Kjøpers profilering i utførelse av oppdragene i konsesjonsområdet? (Opsjon)
24	Kjøper er opptatt av godt omdømme og god opptreden overfor de Selger er i kontakt med ved utførelse av tjenesten. Vennligst beskriv hvordan Selger ivaretar dette.
25	Kjøper er opptatt av god tilgjengelighet og rask respons. Vennligst beskriv hvordan Selger ivaretar dette.
26	Vennligst beskriv hvilken forståelse dere har for innholdet i den forespurte tjenesten.
	Ressurser, kompetanse og referanser
27	Vennligst dokumenter Selgers ressurser og kompetanse inkl CV
28	Vennligst oppgi referanser for alle typer tjenester som er etterspurt i forespørselen."

- (5) Kravspesifikasjonen var gjentatt i "VEDLEGG 2 TILBUDSMATRISSE", som skulle fylles ut av leverandørene. Her fremgikk følgende om hvordan tilbyderne skulle besvare oppfyllelsen av kravspesifikasjonen:

"Tabellen nedenfor viser Kjøpers kravspesifikasjon til DLE tjenester (ref. Avtale Del E). Kravene er enten utformet som spørsmål eller påstander fra Kjøpers side, og det forutsettes at tilbyder for hver av disse svarer på spørsmålet eller påstanden ved bruk av kolonnene merket "In-put celler" (lyse blå).

Avkryssing i "Ja"-kolonne betyr at kravet er 100 % innfridd. Avkryssing i "Nei"-kolonne betyr at kravet ikke innfris eller at det delvis innfris.

Ved delvis innfrielse kommenterer Tilbyder dette i høyre kolonne.

Skriv inn etter behov."

- (6) Tre tilbydere leverte tilbud innen fristen 1. november 2010 klokken 09.00. Blant disse var El-Tilsynet AS (heretter kalt klager) og El-Sikkerhet Norge AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (7) I klagers tilbud fremgikk blant annet følgende:

"Vår kontrakt med kontorlokaler i avdelingskontor i Drammen og på Skedsmo utgår 31.12.2010, ved tildeling av kontrakt i Eidsiva vil vi opprette avdelingskontor i Hamar – Lillehammer området. Hvis det viser seg at det er nødvendig med flere avdelingskontor ihht geografisk utstrekning vil vi selvfølgelig etablere dette."

- (8) Innklagede avholdt forhandlingsmøte med klager 18. november 2010. Etter møtet leverte klager revidert tilbud.

- (9) Innklagede informerte klager om valg av leverandør i brev 3. desember 2010:

"Eidsiva Nett AS har evaluert de innkomne tilbud av DLE-tjenester, ref. Forespørsel nr. 2010-051.

Det var i alt 3 tilbydere som leverte tilbud.

Eidsiva Nett har valgt Elsikkerhet Norge AS som leverandør av DLE-tjenester.

Vi vil inngå avtale med Elsikkerhet Norge AS og signering av avtale vil finne sted etter utløpt klagefrist.

Leverandørene er vurdert etter følgende tildelingskriterier som er oppgitt i konkurransegrunnlaget;

- Besvarelse på kravspesifikasjon*
- Relevante referanser*
- Pris og avtalebetingelser*

Elsikkerhet Norge AS har etter vår evaluering gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet hvor leverandøren har fått høyest poengsum både på Besvarelse på kravspesifikasjon og Relevante referanser.

Eventuell klage må være innkommet skriftlig innen 14. desember 2010, kl 09:00. Klagen kan sendes på e-post til [...].

Vi takker for deltakelsen, og ønsker velkommen ved en senere anledning."

- (10) Klager påklaget beslutningen ved brev 14. desember 2010. I brevet anførte klager blant annet at innklagede ikke hadde gitt tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.
- (11) Innklagede besvarte klagen ved brev 20. desember 2010. I brevet ga innklagede følgende informasjon om vurderingen av tilbudene.

"Vurdering av tilbud

Eidsiva Nett AS har i vurderingsprosessen hatt et tverrfaglig kjerneteam som har vurdert alle tilbudene.

El-Tilsynet AS er totalt rangert som nummer tre av samtlige tilbydere i vår evalueringsmatrise. Hovedbegrunnelse for at El-Tilsynet ikke nådde frem:

1. Besvarelse på kravspesifikasjon

Alle tre tilbyderne har scoret høyt på kompetanse innen DLE tjenester og kjennskap til lovverket. Vi viser til forhandlingsmøte 18.11.10 hvor dere fortalte at enkelte medarbeidere jobber på deloppdrag, på Elwin som plattform men at dere er innstilt på kursing innen Elwin. Valgte leverandør har spisskompetanse på Elwin og har derfor fått noe høyere score enn El-Tilsynet.

Med kapasitet har vi vektlagt størrelse, organisering, tilgjengelighet geografisk og "gode kontaktpunkter". El-Tilsynet er vurdert noe svakere enn beste leverandør da de ikke er etablert i området men har plan for etablering. Konkurrentene har ingen underleverandører mens El-Tilsynet har 6 underleverandører inklusive Nettkonsult AS. Av denne grunn har vi vurdert El-Tilsynet AS som noe svakere enn konkurrentene.

2. Relevante referanser

Vi har vurdert både tilsendte og innhentede referanser hver for seg og i forhold til referanser på de andre tilbyderne. Vi har referanser fra samme oppdragsgivere på flere av tilbyderne og dette er betryggende når referanser blir vurdert. El-Tilsynet AS har fått lavere score enn beste leverandør da dette gjenspeiler referansene som er vurdert.

Referansene er dokumentert for sikre objektivitet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

3. Pris og avtalebetingelser

Vi har vurdert innkjøpskostnaden for hele avtaleperioden, inkl. opsjoner og eventuelle rabatter i avtaleperioden. Det er veldig liten forskjell på prisene som er tilbudt, men tilbudet fra El-Tilsynet AS er noe lavere enn konkurrentenes tilbud og dette gir dermed noe høyere score enn øvrige tilbydere.

Ingen av tilbyderne har forbehold til avtalen og dette punktet er vurdert likt for alle tilbydere.

Ovennevnte vurdering i kombinasjon med vekting underbygger vårt valg av leverandør.

Vedlagt ligger en sammenstillingsmatrise som viser vekting av tildelingskriterier og deres score på de forskjellige tildelingskriteriene sett i forhold til de andre tilbyderne, samt totalscore."

(12) I skjema vedlagt brevet fremgikk følgende:

	<i>"Tildelingskriterie</i>	<i>Vekting</i>	<i>Max score</i>	<i>Deres score</i>	<i>Leverandør x</i>	<i>Leverandør y</i>
1	<i>Besvarelse på kravspesifikasjon</i> <i>[...]</i>	40 %	200	180,0	200,0	185,0
2	<i>Relevante referanser</i> <i>[...]</i>	30 %	150	135,0	150,0	150,0
3	<i>Pris og avtalebetingelser</i> <i>[...]</i>	30 %	150	147,5	144,3	147,4
	<i>Totalt</i>	100 %	500 = 100 %	462,5 = 92,5 %	494,3 =98,9 %	482,4 = 96,5 %"

(13) Innklagede signerte kontrakt med valgte leverandør 21. desember 2010. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 19. juni 2011.

(14) I forbindelse med behandlingen av saken i klagenemnda har innklagede sendt inn anskaffelsesprotokollen for anskaffelsen. Her fremgår det om innklagedes evaluering av klagers tilbud på tildelingskriteriet *"Besvarelse på kravspesifikasjon"* at klager er vurdert som noe svakere enn valgte leverandør *"da de ikke er etablert i området men de har en plan for etablering."* Videre fremgår det at klager er gitt *"[t]rekk pga mange underleverandører og dermed mange grensesnitt og krevende organisatorisk (jf. pkt 6 i kravspek. Egne tilsatte)."*

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

(15) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at konkurransen ikke er kunngjort, jf. forskriften § 8-1. Klager ber om at innklagede ilegges overtredelsesgebyr.

Evaluering av tildelingskriteriet "Besvarelse på kravspesifikasjon"

- (16) Innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Besvarelse på kravspesifikasjon*" ved å gi valgte leverandør høyere poengsum enn klager fordi "*valgte leverandør har spisskompetanse på ElWin*". Det er i kravspesifikasjonen stilt krav om spisskompetanse på ElWin. Klager har i sitt tilbud opplyst å besitte kompetanse på ElWin. Det fremgår også av programmets nettsider at programmet er svært enkelt å bruke. Her opplyses at personer som skal benytte ElWin i det daglige bør ha grunnkurs, og gode Windowskunnskaper, for å kunne bruke programmet effektivt i hverdagen. I tillegg anbefales at brukerne med jevne mellomrom deltar på kursene som omhandler det de jobber med, slik at de kan opprettholde og bedre sitt kompetansenivå.
- (17) Innklagede har brutt kravene til likebehandling i loven § 5 og ikke-diskriminering i forsyningsforskriften § 3-1 ved å gi klager lavere poengsum enn valgte leverandør på tildelingskriteriet "*Besvarelse på kravspesifikasjon*" fordi klager ikke er etablert i området, men har en plan for etablering. Videre har klager i sitt tilbud opplyst at selskapet vil etablere et regionkontor i Lillehammer-Hamar området, og at flere avdelingskontor vil bli etablert ved behov. Flere av klagers ansatte og underleverandører bor også i nærheten av innklagedes konsesjonsområde, eller er villige til å flytte dit for å sikre levering av DLE. Klager har således i sitt tilbud dokumentert at kravene til regional tilstedeværelse og responstid vil være godt ivaretatt i kontraksperioden. Innklagede har dermed rettsstridig favorisert valgte leverandør for lokal tilhørighet, jf. klagenemndas saker 2003/17 og 2004/189.
- (18) Innklagede har også brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi klager lavere poengsum enn valgte leverandør på tildelingskriteriet "*Besvarelse på kravspesifikasjon*" fordi klager ikke er etablert i området, men har en plan for etablering. Innklagede har i kravspesifikasjonen stilt krav om regional tilstedeværelse, og opplyst at innklagede er opptatt av god tilgjengelighet og rask respons. Det er imidlertid ikke opplyst at disse kravene måtte være oppfylt allerede på evalueringstidspunktet.
- (19) Innklagede har ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Besvarelse på kravspesifikasjon*" også brutt kravet til likebehandling ved å legge vekt på at klager benytter underleverandører ved levering av DLE-tjenester. Det er i strid med regelverket å legge vekt på dette i disfavør av en leverandør, jf. klagenemndas saker 2003/126 og 2005/246. Dette støttes av EF-domstolens sak C-176/98, hvor det i premiss 26 uttales at ingen leverandør kan utelukkes fra å delta i en konkurranse om en tjenestekontrakt med den begrunnelse at leverandøren vil benytte underleverandører ved kontraktens utførelse.

Føring av referater

- (20) Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 3-1 (7) og kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i loven § 5 ved å ikke skrive referater fra forhandlingsmøtene med tilbyderne og samtalene med tilbydernes referanser, jf. klagenemndas saker 2008/170 og 2007/134.

Begrunnelse

- (21) Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-3 ved å ikke gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør. Begrunnelsen innklagede har gitt viser ikke hvorfor klager ikke er tildelt kontrakten. Klagers tilbudspris var nesten 9 millioner kroner lavere enn valgte leverandørs. Når innklagede ikke velger tilbudet med lavest pris, burde innklagede begrunne valget langt mer utførlig enn det som er gjort i foreliggende sak. I tillegg er

innklagedes kravspesifikasjon uforholdsmessig detaljert når den sammenlignes med den lite fyllestgjørende begrunnelse og vedlagte matrise som innklagede senere har gitt.

Lovens formål

- (22) Innklagedes gjennomføring av konkurransen er i strid med formålet i loven § 1. Innklagede har i foreliggende sak betydelige eierinteresser i valgte leverandør. Valgte leverandør var også eksisterende leverandør til innklagede før anskaffelsesprosessen ble satt i gang. Det har dermed formodningen mot seg at innklagede har valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, men i stedet "sponset" sitt datterselskaps datterselskap. Det understrekes at klagers tilbud var vesentlig billigere enn valgte leverandørs. Etter klagers mening har det derfor formodningen for seg at innklagede har tildelt kontrakten til valgte leverandør for å gjøre valgte leverandør sterkere og mer konkurransedyktig, slik at valgte leverandør kan tilby lavere priser også i andre områder der valgte leverandør konkurrerer med klager. Videre har det formodningen for seg at klager ikke er tildelt kontrakten fordi innklagede har lagt vekt på usaklige hensyn ved tildelingsevalueringen. Klager mener på denne bakgrunn at innklagede har brutt regelverket på en slik måte at allmennhetens tillitt vil svekkes dersom bruddet blir kjent. Regelverkets formål er dermed brutt.
- (23) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (24) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede har benyttet kvalifikasjonsordningen Sellihca Qualification, jf. forskriften § 7-10, som er kunngjort i samsvar med forskriften § 8-4. Dette bør være kjent for klager, ettersom klager har blitt kvalifisert gjennom denne ordningen. Klager har også deltatt i foreliggende konkurranse basert på ordningen.

Evaluering av tildelingskriteriet "Besvarelse på kravspesifikasjon"

- (25) Innklagede har ikke brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 ved å legge vekt på forskjeller mellom leverandørenes kompetanse på ElWin ved evalueringen av tildelingskriteriet "Besvarelse på kravspesifikasjon". Under punktet "Tjenestekrav" i kravspesifikasjonen fremgår det tydelig at innklagede benytter systemet ElWin. Etter innklagedes mening er det klart at det ikke er i strid med kravet til god forretningsskikk å vurdere tilbydernes kompetanse på det systemet oppdragsgiver benytter, og som leverandøren som velges vil måtte forholde seg til i kontraktsperioden.
- (26) Innklagede har ikke rettsstridig favorisert valgte leverandør på grunn av selskapets stedlige tilknytning ved evalueringen av tildelingskriteriet "Besvarelse på kravspesifikasjon". Det er ikke i seg selv i strid med kravene til likebehandling og ikke-diskriminering i loven § 5 og forsyningsforskriften § 3-1 at en leverandør har en fordel som følge av sin lokalisering. Lokal plassering kan for eksempel innebære kort reiseavstand, lavere kostnader og kortere responstid. Det følger av praksis at slike naturlige konsekvenser av en leverandørs lokalisering kan være saklig å vektlegge. I kravspesifikasjonen fremgår det at responstid er et konkurranseelement. I foreliggende sak innebar blant annet valgte leverandørs lokalisering at selskapet ble vurdert å ha en raskere responstid.

- (27) Innklagede har heller ikke brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å legge vekt på at klager ikke er etablert i området men planlegger å etablere seg. Det presiseres igjen at det ikke er etableringen i seg selv som er vektlagt, men konsekvensene dette har for blant annet responstid. Det er ikke i strid med kravet til forutberegnelighet at dokumenterbar faktisk oppfyllelse, blir vurdert å være noe bedre enn planlagt fremtidig oppfyllelse, basert på visse forutsetninger, slik som for eksempel etablering av nye kontorer, ansettelser av nytt personell, samt at ansatte flytter til innklagedes konsesjonsområde.
- (28) Innklagede har ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Besvarelse på kravspesifikasjon*" ikke gitt klager lavere poengsum på grunn av bruk av underleverandører. Innklagede har ved sin skjønnsutøvelse vurdert det slik at bruk av seks underleverandører bygger opp under at klager har noe dårligere responstid og kapasitet enn valgte leverandør. Videre medfører det antall underleverandører klager benytter at det blir mange grensesnitt og krevende organisatorisk, jf. kravspesifikasjonen punkt 3.6, noe som trekker ned ved evalueringen av klagers tilbud.

Føring av referater

- (29) Innklagede har ikke brutt forsyningsforskriften § 3-1 (7) og kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i loven § 5 ved gjennomføringen av forhandlinger og vurdering av referanser. Det vises til at innklagede har ført referat fra forhandlingsmøtene. Når det gjelder referanser vises for det første til at alle de tre deltakerne i konkurransen leverte skriftlige referanser fra Hafslund. Denne referansen var bedre for de to øvrige leverandørene enn den var for klager. Innklagede kontaktet Hafslund, men selskapet ønsket ikke å gi noen ytterligere kommentarer. Vedlagt tilsvaret er også korrespondanse med øvrige referanser, som viser at kontakten med referansene har vært etterprøvnbar.

Begrunnelse

- (30) Innklagede har ikke brutt kravet til begrunnelse i forsyningsforskriften § 11-3. Formålet med begrunnelsesplikten er at leverandørene skal kunne vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig. Innklagede ga i brev 20. desember 2010 en utfyllende begrunnelse som oppfyller dette kravet. I brevet ble det redegjort for forskjellene mellom klagers og valgte leverandørs tilbud under alle tildelingskriteriene. Det vises også til at klager selv mener begrunnelsen som er gitt viser at valg av leverandør ikke har vært saklig og forsvarlig. Dette tilsier at begrunnelsesplikten er oppfylt, ettersom leverandørens etterprøving er formålet med begrunnelsesplikten.

Lovens formål

- (31) Når det gjelder klagers anførsel om at innklagede har brutt formålet i loven § 1 ved gjennomføringen av konkurransen, kan innklagede vanskelig se hvordan denne anførselen står på egne ben. Det synes for innklagede som om klager legger til grunn at tilbudet med lavest pris skal vinne konkurransen, uavhengig av hvordan tildelingskriteriene er formulert og vektet.
- (32) Ettersom innklagede ikke har brutt regelverket ved gjennomføringen av konkurransen, har klager ikke krav på erstatning fra innklagede.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder DLE-tjenester, som er en prioritert tjeneste i kategori 12. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen anslått til 100 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) av 7. april 2006 nr. 403 del I og II, jf. forsyningsforskriften § 2-1 (2).

Ulovlig direkte anskaffelse

- (34) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at konkurransen om kjøp av DLE-tjenester ikke er kunngjort.
- (35) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (36) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (37) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (38) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før endringen. Ettersom foreliggende sak gjelder kjøp som er foretatt i 2010, er klagenemnda rette myndighet til å behandle saken.
- (39) I loven § 7 b første ledd kan klagenemnda ilegge overtredelsesgebyr *"dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse."* En ulovlig direkte anskaffelse er i samme paragraf definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven."*
- (40) I forsyningsforskriften del II, som denne anskaffelsen er omfattet av, fremgår reglene om kunngjøring i § 8-2. Etter § 8-2 (1) skal kunngjøring av konkurranse *"foretas i form av en kunngjøring av åpen eller begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling, veiledende kunngjøring, kunngjøring av plan- og designkonkurranse eller kunngjøring om at det foreligger en kvalifikasjonsordning."*
- (41) I forsyningsforskriften § 7-10 om kvalifikasjonsordninger fremgår det i (9) at *"[k]valifikasjonsordningen skal kunngjøres i samsvar med § 8-4 (kunngjøring av kvalifikasjonsordning)."*
- (42) Når oppdragsgiver har kunngjort en kvalifikasjonsordning etter § 8-4, gjelder det ikke et krav til egen kunngjøring av enkeltoppdrag som plasseres under ordningen, jf. klagenemndas sak 2007/108 premissene (2) og (43).

- (43) Innklagede har i foreliggende sak kunngjort kvalifikasjonsordningen Selliha Qualification, som er en felles kvalifikasjonsordning for en rekke energiselskaper i Norden. Ordningen ble etablert i Norge i 1998, og kunngjøres årlig. Innklagede har dermed oppfylt kravet i forsyningsforskriften § 8-1 om at kunngjøring av konkurranse kan skje gjennom kunngjøring av en kvalifikasjonsordning. Det var da ikke nødvendig med en egen kunngjøring av konkurransen om DLE-tjenester. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede ikke har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Evaluering av tildelingskriteriet "Besvarelse på kravspesifikasjon".

- (44) Klager har fremmet en rekke anførsler om at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Besvarelse på kravspesifikasjon"*.
- (45) Ved evalueringen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve rettslig. Klagenemnda kan kun prøve om oppdragsgiver ved skønnsutøvelsen har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, om oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, eller om skønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, jf. for eksempel klagenemndas sak 2012/94 premiss (44).
- (46) Klager har for det første anført at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Besvarelse på kravspesifikasjon"* ved å gi valgte leverandør høyere poengsum enn klager fordi valgte leverandør har spisskompetanse på ElWin. Klager har begrunnet sin anførsel med at det i kravspesifikasjonen ikke er stilt krav om spisskompetanse på ElWin.
- (47) I kravspesifikasjonens *"Absolutte krav"* fremgår det at leverandøren som ble valgt til oppdraget ved gjennomføringen måtte benytte innklagedes kundeinformasjonssystem og/eller tilsynssystem. Det er videre opplyst at innklagede benyttet ElWin. I tillegg er det under kravspesifikasjonens punkt *"Tjenestekrav"*, som skulle tas i betraktning ved evalueringen, blant annet bedt om at tilbyderne skulle opplyse hvorvidt de utførte *"[u]tplukk/arbeidslistar fra KIS-system"* og om tilbyderne utførte *"løpende ElWin- og IT-sekretærbistand i forbindelse med jordfeilsøk"*. Dette viser at tilbyderne ved utførelse av tjenesten måtte beherske bruk av ElWin til forskjellige oppgaver. Ettersom tildelingskriteriene er konkurranseelementer, der oppdragsgiver skønnsmessig skal vurdere og gradere tilbudene, jf. for eksempel klagenemndas sak 2011/36 premiss (44), anser klagenemnda på denne bakgrunn at det var saklig å legge vekt på hvor god kompetanse tilbyderne hadde på bruk av ElWin. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (48) Klager har videre anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Besvarelse på kravspesifikasjon"*, ved å legge vekt på at klager ikke var etablert i området, men kun hadde en plan for etablering.
- (49) Innklagedes kravspesifikasjon besto av to deler, absolutte krav som tilbyderne måtte oppfylle, og *"Tjenestekrav"* som skulle tas i betraktning ved evalueringen av tilbudene. Under de absolutte kravene hadde innklagede i punkt 3 stilt krav om at tilbyderne *"skal ha en regional tilstedeværelse i Kjøpers konsesjonsområde."* Dette må forstås slik at tilbyderne ved utførelsen av oppdraget måtte ha kontor i det området kontrakten skulle utføres. Klager har i sitt tilbud opplyst at selskapet vil etablere kontorer i innklagedes konsesjonsområde dersom selskapet tildeles kontrakten.

Når innklagede har stilt et absolutt krav om etablering i området, er dette et krav tilbyderne må oppfylle for at tilbudet skal kunne tas i betraktning, ikke et forhold som skal evalueres under tildelingskriteriene. I innklagedes begrunnelse 20. desember 2010 fremgår det at klager *"er vurdert som noe svakere enn beste leverandør da de ikke er etablert i området men har plan for etablering"*. Innklagede har anført at dette ikke innebar at det var leverandørens lokalisering i seg selv som var vektlagt, men betydningen dette hadde, for eksempel at valgte leverandør som følge av sin lokalisering var vurdert å ha lavere responstid. Videre har innklagede også anført at dokumenterbar faktisk oppfyllelse må kunne vurderes som bedre enn planlagt fremtidig oppfyllelse. Slik klagenemnda oppfatter det, har innklagede i sin evaluering på dette punkt, vektlagt sin egen usikkerhet knyttet til at klager ennå ikke var etablert i området, men kun hadde en plan om å gjøre det. Når det var et absolutt krav at tilbyder skulle ha regional tilstedeværelse, måtte innklagede enten legge til grunn at dette kravet var oppfylt av klager eller at det ikke var det. Innklagede kunne således ikke la sin egen tvil om det absolutte kravet var oppfylt, telle negativt i tildelingsevalueringen .

- (50) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å legge vekt på at klager ikke var etablert i området, men kun hadde en plan for etablering, i evalueringen av tildelingskriteriet *"Besvarelse på kravspesifikasjon"*.
- (51) Klager har videre anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Besvarelse på kravspesifikasjon"* ved å legge vekt på at klager ville benytte underleverandører ved utførelsen av DLE-tjenestene.
- (52) Klager har i sin anførsel vist til EF-domstolens sak C-176/98, hvor domstolen i premiss 26 uttaler at *"ingen kan udelukkes fra at delta i en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt alene med den begrunnelse, at han ved aftalens oppfyllelse agter at benytte ressurser, som han ikke selv er i besiddelse af, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer (jf. på linje hermed for så vidt angår direktiv 71/304 og 71/305, Ballast Nedam Groep I-dommen, præmis 15)."*
- (53) I klagenemndas sak 2003/289, som gjaldt spørsmål om oppdragsgiver hadde brutt regelverket ved å legge negativ vekt på bruk av underleverandører, kom klagenemnda i premiss (29) til at EU-domstolens sak C-176/98 ikke var direkte overførbar på dette spørsmålet. Videre la klagenemnda, under henvisning til EU-domstolens sak C-314/01, i premiss (30), til grunn at EU-domstolens praksis viste at det etter omstendighetene kunne være forenelig med regelverket å hensynta bruk av underleverandører ved evalueringen av tildelingskriteriene. Klagenemnda konkluderte i premiss (31) likevel med at oppdragsgiver hadde brutt regelverket ved å legge negativ vekt på bruk av underleverandører da oppdragsgivers grunnlag for å gjøre dette i denne saken kun var basert på en tilsynelatende generell negativ holdning til bruk av underleverandører i prosjekter styrt av oppdragsgiver, og ikke på basis av en konkret vurdering av klagers bruk av underleverandører i dette tilbudet.
- (54) Klagenemnda legger etter dette til grunn at oppdragsgiver i tildelingsevalueringen kan legge negativ vekt på bruk av underleverandører dersom det foreligger et tildelingskriterium som det er relevant å vurdere dette forhold under, og denne negative bedømmelsen er basert på en konkret vurdering av den aktuelle tilbyderens bruk av underleverandører i sitt tilbud. I foreliggende sak legges det til grunn at det var relevant å vurdere bruken av underleverandører under tildelingskriteriet *"Besvarelse på*

kravspesifikasjon" siden det i punkt 6 under tjenestekravene, som skulle evalueres under dette tildelingskriteriet, var stilt spørsmål til tilbyderne om "Utfører dere tilsyn av anlegg/objekter med egne tilsatte?".

- (55) I innklagedes anskaffelsesprotokoll fremgår det at klager ble gitt "[t]rekk pga mange underleverandører og dermed mange grensesnitt og krevende organisatorisk (jf. pkt 6 i kravspek. Egne tilsatte)." Klagenemnda legger dermed til grunn at dette var (en del av) begrunnelsen for at klagers bruk av underleverandører ble bedømt negativt. Dette viser at innklagede har foretatt en konkret vurdering av hvilke konsekvenser klagers bruk av underleverandører måtte anses for å ha i foreliggende kontrakt. Klagenemnda finner derfor at innklagede ikke brøt regelverket ved å legge vekt på at klager benytter underleverandører, og klagers anførsel fører ikke frem.

Referater

- (56) Klager har anført at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 3-1 (7) ved å ikke føre referater fra forhandlingsmøtene med leverandørene.

- (57) I forskriften § 3-1 (7) fremgår følgende:

"Oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet."

- (58) Innklagede har for klagenemnda lagt frem referat fra forhandlingsmøtene med alle tilbyderne. Klagers anførsel om at innklagede ikke har ført referat fra forhandlingsmøtene kan derfor ikke føre frem.

- (59) Klager har videre anført at innklagede har brutt § 3-1 (7) ved å ikke føre referater fra samtaler med tilbydernes referanser. I kravspesifikasjonen punkt 28 var tilbyderne bedt om å legge frem referanser for alle typer tjenester som var etterspurt. Referansene skulle evalueres under tildelingskriteriet *"Relevante referanser"*. Innklagede hevder i sine anførsler at selskapet ikke har hatt samtaler med referanser, og at det derfor ikke foreligger referat fra slike samtaler. Klagenemnda har ikke holdepunkter for at det har funnet sted slike samtaler, og klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Begrunnelse

- (60) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 11-3 ved å ikke gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.

- (61) I forsyningsforskriften § 11-3 (1) fremgår det at "[o]ppdragsgiver skal snarest mulig gi en kort begrunnelse ved inngåelse av rammeavtale, kontrakt eller adgang til dynamisk innkjøpsordning."

- (62) Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at selv om begrunnelsen skal være kort, må den likevel inneholde nok informasjon til at tilbyderen kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, og i samsvar med angitte tildelingskriterier, jf. klagenemndas sak 2010/335 premiss (108).

- (63) Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved brev 3. desember 2010. I brevet opplyses at valgte leverandør etter innklagedes mening har det økonomisk mest

fordelaktige tilbud, og er evaluert som best på to av de tre tildelingskriteriene. Utover dette gis ingen informasjon om evalueringen av tilbudene. Den begrunnelse som er gitt i brev 3. desember 2010 oppfyller dermed ikke kravene i forskriften § 11-3.

- (64) Etter at klager i brev 14. desember 2010 anførte at begrunnelsen for valg av leverandør i brev 3. desember 2010 ikke var tilstrekkelig, har innklagede gitt ytterligere begrunnelse i brev 20. desember 2010. Dette endrer imidlertid ikke at den opprinnelige begrunnelsen ikke oppfyller kravene i forskriften § 11-3 (1).
- (65) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt forskriften § 11-3 (1) ved å ikke gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.

Lovens formål

- (66) Klager har anført at innklagedes gjennomføring av konkurransen er i strid med formålet i loven § 1.
- (67) Anførselen er begrunnet med at innklagede har eierinteresser i valgte leverandør, og en rekke formodninger fra klagers side om at innklagede av denne grunn ønsker å styrke valgte leverandørs markedsposisjon.
- (68) Klagenemnda tar bare stilling til konkrete anførsler om brudd på regelverket, jf. klagenemndas sak 2012/94 premiss (48). Ettersom klager i sin anførsel ikke har anført at en konkret handling er i strid med forskriftens § 1, men i stedet begrunner sin anførsel med en rekke formodninger om innklagedes hensikt med tildelingen, fremstår anførselen som for vag til at klagenemnda kan ta stilling til den. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Erstating

- (69) Klagenemnda finner ikke grunn til å gå inn på hvorvidt vilkårene for klager for å kreve erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforskriften § 12.

Konklusjon:

Eidsiva Nett AS har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å legge vekt på at klager ikke er etablert i området men kun har en plan for etablering.

Eidsiva Nett AS har brutt forsyningsforskriften § 11-3 (1) ved å ikke gi klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram, eller er ikke behandlet.

Bergen, 11. februar 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller

