



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rådgivningstjenester innen vann- og avløpsteknikk. Klager ble først avvist før tildeling, men avvisningen ble omgjort og klager ble trukket inn igjen i evalueringen. Klager ble avvist på nytt etter tildeling. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klager og klagers tilbud, samt at det forelå brudd på reglene om karensperiode, innsyn og elektronisk kommunikasjon. Klagenemnda kom til at avvisningen var rettmessig.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2023 i sak 2023/409

Klager: Fascon AS

Innklaget: Åfjord kommune

Klagenemndas

medlemmer: Christina Paludan Melson, Wenche Sædal og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Åfjord kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. oktober 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rådgivningstjenester innen vann- og avløpsteknikk. Tilbudsfrist var 18. november 2022.
- (2) Kontrakten skulle tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriene «*Pris*» (vektet 60 prosent), «*Kompetanse*» (vektet 30 prosent) og «*Kapasitet*» (vektet 10 prosent).
- (3) I konkurransegrunnlaget var ett av kvalifikasjonskravene at «*Leverandøren skal ha tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre kontrakten*». For å dokumentere oppfyllelse skulle leverandøren levere revisjonsberetning, styrets årsberetning og årsregnskap/balanse fra siste regnskapsår. I tillegg var det stilt krav om en kredittvurdering.
- (4) Innklagede mottok ni tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Fascon AS (heretter *klager*).
- (5) Som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tilfredsstillende økonomi var det i klagers tilbud vedlagt en kredittvurdering. Av denne fremgikk betegnelsen «*AN-manglende informasjon*». Betegnelsen har sammenheng med at klager er et nystartet selskap. Av samme grunn forelå ikke et fullstendig siste regnskapsår, og revisjonsberetning, styrets årsberetning eller årsregnskap/balanse ble derfor ikke oversendt.
- (6) Klager ble 12. desember 2022 avvist på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene til økonomisk og finansiell stilling og tekniske og faglige

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

kvalifikasjoner. I samme brev redegjorde innklagede også for at priselementet ikke var riktig besvart. Avvisningsbrevet ble sendt på e-post.

- (7) Klager påklaget avvisningen 14. desember 2022.
- (8) Klager mottok ikke svar på klagen, men av tildelingsbeslutning av 9. januar 2023 fremgikk at klager igjen var tatt med i evalueringen. Av evalueringsnotatet fremkom det at oppdragsgiver hadde korrigert klagers tilbudssum basert på egne utregninger, og at klager hadde blitt rangert som nr. fem i konkurransen.
- (9) Klager sendte 11. januar 2023 innsynsbegjæring og påklaget innklagedes tilbudsevaluering.
- (10) I svar på klagen 23. januar 2023 konkluderte innklagede med at avvisningen av klager 12. januar 2023 ikke skulle vært omgjort, og klager ble avvist på nytt. Denne avvisningen var dels begrunnet i manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell stilling, og dels i at klagers tilbud inneholdt vesentlige avvik fra konkurransedokumentene som følge av at det ikke var tilbudt personell i alle etterspurte kategorier, jf. forskriften § 24-8 (1) b. Det ble videre vurdert som usikkert om klager oppfylte kvalifikasjonskravet til kompetanse og erfaring, uten at innklagede tok endelig stilling til dette. I brevet varslet innklagede at kontrakt ville bli inngått med valgte leverandør 23. januar 2023.
- (11) Kontrakt ble inngått 23. januar 2023 som varslet. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. juni 2023.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. november 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Klager oppfyller kvalifikasjonskravene og er dermed urettmessig avvist fra konkurransen.
- (14) Det var ikke riktig å avvise klagers tilbud på grunn av vesentlige avvik fra konkurransedokumentene. Klagers tilbud inneholder ikke vesentlige avvik fra konkurransedokumentene. Klager har tilbudt tilstrekkelig personell der en person dekker flere priskategorier. Det fremgikk ikke klart av konkurransegrunnlaget at alle kategorier i prisskjemaet skulle dekkes av ulike individ.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager og klagers tilbud, etter å ha trukket klager inn i konkurransen igjen etter en tidligere avvisning.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å evaluere på en fiktiv pris, uten at klager ble kontaktet i forkant. Klager har også blitt urettferdig vurdert på kompetanse og kapasitet.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke forlenge karenstiden som følge av innsynsbegjæringen fra klager, og ved å inngå kontrakt før innsynskravet var ferdig behandlet. Innklagede har også brutt regelverket ved ikke å gi innsyn i etterspurte dokumenter, da mange av dokumentene var sladdet i sin helhet.

- (18) Det ble ikke benyttet elektronisk kommunikasjon via innklagedes konkurransegjennomføringsverktøy, Mercell, men e-post-kommunikasjon i strid med regelverket og konkurransebestemmelsene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Klager oppfylte ikke kvalifikasjonskravene, og avvisningen av klager er dermed rettmessig.
- (20) Klagers tilbud er rettmessig avvist fra konkurransen, da det ikke kunne sammenlignes med de øvrige tilbud på en måte som ivaretok kravene til forutberegnelighet og likebehandling. Klagers tilbud inneholdt dermed et vesentlig avvik, og tilbudet skal avvises i henhold til forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (21) Hvis klagenemnda kommer til at avvisningen ikke var rettmessig, anfører innklagede at poengsettingen av klagers tilbud er gjort innenfor anskaffelsesregelverkets rammer.
- (22) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud på nytt etter å ha trukket klager inn i igjen i evalueringen etter første avvisning. Oppdragsgivers plikt til å avvise en leverandør eller et tilbud faller ikke bort etter å ha gjennomført evaluering eller tildeling, selv om man har forsømt seg.
- (23) Det foreligger ikke¹ brudd på forskriften § 25-2 fordi karenperioden ikke ble forlenget frem til klager hadde fått innsyn. De påberøpte bruddene på offentleglova skal avvises av klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (24) Innklagede erkjenner et brudd på forskriften § 22-1, som følge av at det første avvisningsbrevet ble sendt per e-post og ikke via Mercell.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en anskaffelse av rådgivningstjenester innen vann og avløp. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av klager – økonomisk og finansiell kapasitet

- (26) Klagenemnda tar først stilling til om innklagedes avvisning av klager, som følge av manglende oppfyllelse av kravet til tilfredsstillende økonomi, var rettmessig.
- (27) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (28) I konkurransegrunnlaget punkt 5.6 var det stilt kvalifikasjonskrav med følgende ordlyd: «Leverandøren skal ha tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre kontrakten». For å dokumentere oppfyllelse skulle leverandøren levere revisjonsberetning, styrets årsberetning og årsregnskap/balanse fra siste regnskapsår. I tillegg var det stilt krav om en kredittvurdering.

¹ I den opprinnelige versjonen av vedtaket som ble sendt ut til partene hadde ordet «ikke» falt ut.

- (29) Slik konkurransegrunnlaget var utformet, var det sentrale at dokumentasjonen skulle gjøre innklagede i stand til å vurdere om leverandøren hadde tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre kontrakten. Dersom den etterspurte dokumentasjonen ikke ga grunnlag for å vurdere klagers økonomiske stilling, måtte leverandøren levere alternativ dokumentasjon som synliggjorde at kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (30) Klager er stiftet våren 2022, og hadde dermed ikke på tilbudstidspunktet revisjonsberetning, årsberetning eller årsregnskap/balanse fra siste regnskapsår å vise til. Som dokumentasjon på oppfyllelse av kravet var det vedlagt en kredittrating. Det fremgikk imidlertid av kredittratingen at det ikke forelå et tilstrekkelig grunnlag for å gi en kredittrating. Klager leverte ingen alternativ dokumentasjon som bekreftet oppfyllelse av kvalifikasjonskravet ved tilbudsinnlevering. Innklagede hadde da ikke grunnlag for å vurdere om kvalifikasjonskravet var oppfylt. Når en oppdragsgiver ikke kan vurdere om kvalifikasjonskravet er oppfylt, foreligger det i utgangspunktet avvisningsplikt, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.
- (31) Klager anfører at de skulle fått mulighet til å levere supplerende dokumentasjon.
- (32) Det følger av forskriften § 16-4 (2) at klager har rett til å fremlegge alternativ dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet dersom *«leverandøren har saklig grunn til ikke å fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiveren har krevd»*. At leverandøren er et nyoppstartet firma uten mulighet til å fremlegge revisjonsberetning, årsberetning eller årsregnskap/balanse fra siste regnskapsår, gir «saklig grunn» til å fremlegge alternativ dokumentasjon. Dersom leverandøren ønsker å benytte seg av denne retten, må leverandøren i utgangspunktet, i en åpen anbudskonkurranse, sørge for å legge frem slik alternativ dokumentasjon sammen med tilbudet.
- (33) Spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er hvorvidt det forelå en plikt for oppdragsgiver til å etterspørre slik alternativ dokumentasjon, når leverandøren ikke selv har lagt frem slik dokumentasjon.
- (34) Forskriftens utgangspunkt er at en oppdragsgiver har rett, men ikke plikt til å avklare uklarheter ved tilbudet, se eksempelvis klagenemndas sak 2019/645 avsnitt 51 og 2017/64 avsnitt 34 med videre henvisninger. Bakgrunnen for dette er at det er leverandøren selv som har risikoen for tilbudets innhold, jf. forskriften § 23-3 (2).
- (35) I praksis er det likevel lagt til grunn at det etter omstendighetene kan foreligge en avklaringsplikt, se for eksempel lagmannsrettens kjennelse i LB-2018-147988. Det fremgår av denne kjennelsen at en avklaringsplikt kan foreligge dersom *«[...] det i lys av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene kan fremstå som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet at ikke oppdragsgiver foretar avklaring. Dette kan for eksempel gjelde der uklarhet i tilbudet skyldes uklarhet i konkurransegrunnlaget»*.
- (36) I denne saken må det ha fremstått tydelig for klager at den innleverte dokumentasjonen ikke i tilstrekkelig grad ville dokumentere at de oppfylte kvalifikasjonskravet om *«tilfredsstillende økonomi»*. Det fremstår derfor ikke urimelig eller uforholdsmessig at supplerende dokumentasjon ikke ble etterspurt. Det forelå dermed ikke en plikt til å etterspørre ytterligere dokumentasjon.

- (37) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagedes avvisning av klager var rettmessig.
- (38) Ettersom klager er rettmessig avvist finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til hvorvidt klager, eller klagers tilbud, kunne eller skulle ha vært avvist på annet grunnlag. Klager har heller ikke et reelt behov for avklaring av spørsmålet om tilbudsevalueringen var lovlig. Klager har dermed ikke saklig interesse i å få avgjort dette spørsmålet jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).

Tidspunktet for avvisningen

- (39) Klager stiller spørsmål ved om oppdragsgiver har mulighet til å avvise en tilbyder etter at tildeling er foretatt, og etter at klager har blitt trukket inn i evalueringen igjen etter først å ha blitt avvist.
- (40) Det bemerkes innledningsvis at innklagede har anført at avvisningen 12. januar 2023 ikke skulle vært omgjort. Ettersom klagenemnda har kommet til at avvisningen var rettmessig, er nemnda enig i dette. Det utgjorde da et brudd på regelverket å trekke klager inn i evalueringen på nytt.
- (41) Fremgangsmåten ved avvisning er regulert i forordningen § 24-10. Av bestemmelsens første ledd følger at oppdragsgiver skal ta stilling til spørsmålet om avvisning «snarest mulig», samtidig som avvisning «kan skje på ethvert tidspunkt i konkurransen når det viser seg at vilkårene for avvisning er oppfylt».
- (42) Slik det fremgår av ordlyden i § 24-10 (1) skal oppdragsgiver avvise tilbud, også etter tildelingen, når det viser seg at vilkårene for avvisning er oppfylt. At avvisning kan skje etter tildeling følger også av klagenemndas praksis, se eksempelvis sak 2022/736 avsnitt 32.
- (43) Plikten til å avvise klager har heller ikke falt bort fordi innklagede omgjorde den første avvisningsbeslutningen og trakk klager inn i evalueringen igjen.
- (44) Kontrakt kan ikke tildeles til en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, og oppdragsgiver må etter dette kunne vurdere hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt også etter en ulovlig omgjøring av en rettmessig avvisning, og etter at tilbudet er vurdert og kontrakt tildelt.

Karensperiode

- (45) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at karensperioden ikke ble forlenget som følge av innsynskravet, og ved at kontrakt ble inngått før innsyn var gitt.
- (46) Etter forordningen § 25-1 skal oppdragsgiver samtidig med begrunnelsen for tildelingen opplyse om karensperiode. Etter forordningen § 25-2 (1) skal karensperioden være minst 10 dager, og oppdragsgiver kan tidligst inngå kontrakt etter utløpet av karensperioden. Oppdragsgiver har som hovedregel ingen plikt til å forlenge en rettmessig fastsatt karensperiode, jf. klagenemndas sak 2015/36 premiss 36.
- (47) I foreliggende sak var tildelingsbeslutningen meddelt via konkurransejennomføringsverktøyet 9. januar 2023, og karensperiodens utløp var satt til 19. januar 2023 kl. 23.59. Karensperioden var dermed rettmessig fastsatt. Oppdragsgiver har ingen plikt til å forlenge karensperioden som følge av klage eller

innsynsbegjæring, og innklagede hadde mulighet til å inngå kontrakt etter utløpet av denne fristen. Klagenemnda kan heller ikke se at klager har etterspurt utsettelse av karensfrist.

Innsyn

- (48) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at det ble gitt mangelfullt innsyn.
- (49) En avgjørelse om nektet innsyn skal etter systemet i offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) påklages til det organet som er nærmest overordnet det organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda er ikke et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, se eksempelvis sak 2019/471 premiss 52 med videre henvisninger. Anførselen om brudd på regelverket grunnet unnlatt/mangelfullt innsyn avvises derfor for behandling av nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Elektronisk kommunikasjon

- (50) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket som følge av at det ble benyttet e-post-kommunikasjon, i stedet for elektronisk kommunikasjon via konkurransegjennomføringsverktøyet.
- (51) Innklagede har erkjent brudd på forordningen § 22-1 som følge av at det første avvisningsbrevet ble sendt per e-post, og ikke via konkurransegjennomføringsverktøyet. Nemnda tar derfor ikke stilling til denne anførselen.

Konklusjon:

Åfjord kommune har ikke brutt regelverket ved å avvise Fascon AS fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur