



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede utlyste en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en IT-tjeneste. Innklagede gjorde en rekke vesentlige brudd på grunnleggende anskaffelsesregler.

Klagenemndas avgjørelse 19.4.2004 i sak 2003/214

Klager: Computas AS

Innklaget: Luftfartstilsynet

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Andreas Wahl.

Saken gjelder:

- (1) Prekvalifisering, tidspunkt for utlevering av konkurransegrunnlag, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier, begrunnelsesplikt og erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

- (2) Luftfartstilsynet (heretter kalt ☐ innklagede ☐) kunngjorde 9.5.2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse og utvikling av en portalløsning (IT-tjeneste). I kunngjøringen ble det ikke opplyst om noen kvalifikasjonskrav eller krav til dokumentasjon på leverandørenes kvalifikasjoner. Det ble imidlertid gitt en generell henvisning til konkurransegrunnlaget. Tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, ut fra kriterier som angitt i konkurransegrunnlaget.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

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

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

- (3) I konkurransegrunnlaget ble det vist til standardkontrakten PS 2000, som skulle danne grunnlag for de kontraktsrettslige reguleringer mellom leverandør og oppdragsgiver. Videre var det angitt konkrete tekniske krav til den endelige løsningen. I et eget punkt ☐A 3 Grovt løsningsforslag☐ fremgikk det ☐Her utdypes Leverandørens svar på og kommentarer til Kundens krav og behov i kapittel 0 i form av et grovt løsningsforslag☐. Det var også vedlagt et kontraktsdokument for beskrivelsen av endelig vederlag, fordelt på blant annet faste priser og timebasert arbeid.
- (4) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et dokument kalt ☐PS2000 veiledning☐. I dennes punkt 3.7. vises det kort til enkelte hovedregler i lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.
- (5) Computas AS (heretter kalt ☐klager☐) rettet 1. juli 2003 en henvendelse til innklagede, der det ble anmodet om en presisering av hvilke kriterier som ville bli vektlagt ved prekvalifiseringen, *☐eventuelt en bekreftelse på at det kun er minstekravene i punkt 53 i bilag A 2.4 som skal leveres i søknad om deltagelse i konkurransen☐ ☐.*
- (6) I e-post 19.8.2003 opplyste innklagede at:

☐Vi har mottatt en henvendelse fra en av interessentene der lovligheten av å be om tilbud basert på konkurransegrunnlaget bestrides. Det hevdes at vi ved gjennomføring av konkurranse med forhandlinger er forpliktet til å kjøre en prekvalifisering som baserer seg kun på kvalifikasjonskravene.☐

- (7) Innklagede opplyste videre i e-posten at dette ikke medførte riktighet, og viste til forskriftens § 16-3. Deretter fremgikk det at innklagede ønsket:

☐☐tilbud basert på konkurransegrunnlaget som ledd i prekvalifiseringen. Begrunnelsen for å kreve dette er at vi ønsker et bredest mulig grunnlag for å foreta selekteringen av de som skal være med i forhandlingsrunden☐.

- (8) Videre ble det opplyst at:

□ Når det gjelder de nærmere kriteriene for utvelgelsen av leverandører som skal få delta i forhandlingsrunden, viser vi til de krav som er oppstilt i konkurransegrunnlaget + pris, se hovedsakelig bilag III. Luftfartstilsynet har foretatt en vekting av de krav som er oppstilt i konkurransegrunnlaget, men denne vil ikke bli gjort tilgjengelig på det nåværende tidspunkt □.

- (9) Klager leverte etter dette inn et tilbud, sammen med forespørsel om deltakelse i konkurransen. Det ble kort redegjort for klagers kompetanse, sammen med pristilbudet. Til sammen leverte ni leverandører inn forespørsel om deltakelse/tilbud.**
- (10) I brev 15. august 2003 orienterte innklagede om at klager ikke ville bli invitert til forhandlinger. Det fremgikk av brevet:**

□ Beslutningen er tatt ut fra en vurdering av tilbudene opp mot de krav som var stilt i anbudsgrunnlaget, samt de økonomiske rammene som var angitt i tilbudene. Samtlige av tilbyderne oppfylte kvalifikasjonskravene.

Vi har på bakgrunn av denne evalueringen, valgt å invitere fire tilbydere til forhandlinger ut fra at disse tilbudene totalt sett er de økonomisk mest fordelaktige tilbudene. Samtlige av disse tilbudene har en kontraktspris på under 6,2 millioner kroner inklusiv mva.

Luftfartstilsynet har vurdert det dit hen at det kun er disse fire som har reelle muligheter til å få tildelt kontrakten, hensett til Luftfartstilsynets rammevilkår, jf. Forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 fjerde ledd. □

- (11) Kontrakt ble tildelt Ergo Ephorma AS, og i brev 15. september 2003 ble det opplyst at:**
- Valget er tatt ut fra at tilbudet fra ErgoEphorma er det økonomisk gunstigste tilbudet hensett til oppfyllelse av funksjons- og tekniske krav, samt kontraktspris. □***
- (12) Som følge av en henvendelse fra klager ble det 28. august 2003 muntlig gitt en nærmere begrunnelse på hvorfor klager ikke fikk være med i forhandlingene.**

Klager har i det vesentlige anført:

1. Ulovlig anskaffelsesprosedyre

- (13) Det er tale om en prioritert tjeneste over terskelverdiene som skal følge forskriftens del II. Anskaffelsen var også kunngjort i henhold til forskriftens del II. Konkurransen fulgte derfor reglene i forskriftens § 9-3, ikke § 16-3. Forskriftens § 9-3 gir ikke anledning til å benytte konkurranse med forhandling som en ett-trinnsprosedyre. Innklagede har derfor forholdt seg til feil regler.**

- (14) Det fremgikk ikke av kunngjøringen at det skulle gjennomføres forhandlinger som en ett-trinnsprosedyre. Klager ventet derfor med å be om konkurransegrunnlaget, da en kvalifisering krever vesentlig mindre tid og arbeid enn et komplett tilbud.

2. Ulik tid til å utarbeide tilbud

- (15) Forskriftens § 9-3 pålegger oppdragsgiver å sende ut invitasjon til å levere inn tilbud og konkurransegrunnlag samtidig til alle de utvalgte leverandørene. Det anføres at konkurransegrunnlaget er sendt ut til interesserte tilbydere etter hvert som disse har bedt om få tilsendt dokumentasjon. Konsekvensen er i så fall at leverandørene har fått ulik tid på seg til å utarbeide tilbud.

3. Manglende angivelse av kvalifikasjonskrav

- (16) Konkurransegrunnlaget inneholder ingen kvalifikasjonskriterier, og forespørselen fra klager om avklaring av kriteriene bidro ikke til noen avklaring av dette. Manglende angivelse av kvalifikasjonskriterier er et brudd på forskriftens § 5-6 første ledd. I tillegg er det brudd på de grunnleggende krav om foruberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5.

4. Manglende angivelse av tildelingskriterier

- (17) Det ble ikke oppgitt tildelingskriterier, verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. I e-post er det vist til bilag III. Bilaget inneholder ikke noe som direkte eller indirekte kan anses som tildelingskriterier.
- (18) Manglende angivelse av tildelingskriterier innebærer et brudd på forskriftens § 10-2 og kravet til foruberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5.
- (19) Det er i e-post fra innklagede datert 04.07.2004 vist til at det er foretatt en vekting av kravene i konkurransegrunnlaget, og at vektingen ☐ vil ikke bli gjort tilgjengelig på det nåværende tidspunkt☐. Det er uklart hvilke krav i konkurransegrunnlaget det her vises til. Innklagede har imidlertid med dette godtgjort at de har brutt kravet om at vekting av tildelingskriterier som er gjort før tilbudsfristens utløp skal gjøres kjent for leverandørene.
- (20) I brevet fra innklagede synes pris å hva vært avgjørende moment i utvelgelsen av leverandører. Portalen er en meget komplisert leveranse som kan løses på mange ulike

måter. I mangel av andre holdepunkter valgte klager ved fremstillingen av tilbudet å fokusere på at de kunne levere løsninger på alle punktene i kravspesifikasjonen, og på å vise hvor gode løsninger som kunne leveres i henhold til disse. Innklagede kunne så velge hvilke deler av leveransen de ville benytte seg av og hvor omfattende leveransen skulle være i første omgang. Hadde klager visst at pris var avgjørende, ville klager utformet et annerledes tilbud, valgt enklere løsninger, foreslått å ta flere ting ut av leveransen i første omgang og hatt større fokus på pris.

- (21) Det ble i møte den 28. august 2003 opplyst at det ble lagt vekt på for eksempel gjennomføringsmetodikk og hvorvidt leverandørene ville gjennomføre hele leveransen fremfor å benytte underleverandører. Dersom klager hadde kjent til disse kriteriene på forhånd, ville dette blitt hensyntatt i tilbudsutarbeidelsen.
- (22) Når det gjelder innklagedes anførsler om at klager ikke hadde reell mulighet til å bli tildelt kontrakten, vises det til dokumenter vedlagt tilsvaret, der det fremgår at klager ble rangert som nummer to når det gjaldt tilfredsstillelse av tekniske og funksjonelle krav. Videre ble klager rangert som nummer tre når det gjaldt pris samt vedlikehold av systemet over en fem års periode. Dette var en bedre rangering enn selskapet som ble tildelt kontrakten hadde. Dersom det var prisen første år som var avgjørende for innklagede, var dette noe som enkelt kunne vært ordnet under forhandlingene.
- (23) Klager har ikke mulighet til å få oversikt over innklagedes budsjettsituasjon ved å se på årsmelding og historisk regnskap, slik innklagede anfører.

5. Manglende begrunnelse

- (24) Det er ikke gitt en nærmere begrunnelse etter forskriftens § 3-8 (4). Informasjonen i møtet den 28. august 2003 tilfredsstiller ikke kravene i bestemmelsen, og klager har krav på en skriftlig begrunnelse. Dette følger av kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5.

6. Erstatning

- (25) Klager ville ikke deltatt i konkurransen dersom klager hadde visst at ni leverandører ville levere inn tilbud, og at innklagede ville legge avgjørende vekt på pris fremfor for eksempel kompletthet og kvalitet i forhold til kravspesifikasjonene, samt legge vekt på kriterier som det overhode ikke var mulig å forutse ut fra konkurransegrunnlaget (gjennomføringsmetodikk og bruk av underleverandører). Det er således grunnlag for å kreve erstattet den negative kontraktsinteressen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

1. Ulovlig anskaffelsesprosedyre

- (26) Anslått anskaffelsesverdi for tjenesten er NOK 4-5.000.000. Dette er over den terskelverdien som er angitt i forskriftens § 2-2, jf. § 2-1. Anskaffelsen skal derfor følge reglene i forskriftens del II, jf. §§ 2-1 og 2-2.
- (27) Den gjennomførte prosedyren må oppfattes som en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Dette fremgår også av tildelingskunngjøringen.
- (28) Når en anskaffelse faller inn under forskriftens del II, kan konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kun benyttes innenfor rammen av forskriftens § 4-2, jf. § 4-1 annet ledd. I dette tilfellet er det kun § 4-2 litra c som i så fall kan hjemle en slik konkurranseform.
- (29) Innklagede innrømmer at § 4-2 litra c) må tolkes strengt. Det må likevel legges vekt på to forhold: For det første er kontrakter om utvikling av programvare et komplisert område hvor forhandlinger ofte vil være nødvendig for å komme frem til gode løsninger. For det andre benytter man seg som hovedregel av kontraktsstandarden PS 2000 ved utviklingskontrakter av denne typen. Denne legger opp til at det benyttes konkurranse med forhandlinger uavhengig av terskelbeløpet. Bruk av slike standardkontrakter er med på å fremme like konkurransevilkår, og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) oppfordrer til bruk av standardkontrakter ved offentlige anskaffelser. Den prosedyren som er fulgt er forutberegnelig, gjennomsigtig og etterprøvbart. Forskriftens § 4-2 litra c) kan følgelig anvendes i dette tilfellet.

2. Ulik tid til å utarbeide tilbud

- (30) Det avgjørende er at samtidighet oppnås gjennom kunngjøringen. At ikke konkurransegrunnlaget sendes ut samtidig, er kun en praktisk måte å innrette forsendelsen på, slik at man unngår å sende ut konkurransegrunnlag til leverandører som likevel ikke skulle være interessert. Siden det her er benyttet en ettrinnsprosess, ville dessuten en oversendelse av konkurransegrunnlaget i praksis vært umulig å gjennomføre. Leverandøren må selv bære ansvaret for at utvalgte leverandører nøler med å be om konkurransegrunnlaget. Prosessen sikret både formell og reell likebehandling av leverandørene, og er dermed i samsvar med lov om offentlige anskaffelser § 5 første ledd. Samtidig sparer prosessen det offentlige for store forsendelsesutgifter og unødvendig administrasjon.

3. Manglende angivelse av kvalifikasjonskriterier

- (31) Prinsipalt anføres at kvalifikasjonskriteriene er angitt i kunngjøringen med en henvisning til konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget fremgår kvalifikasjonskriteriene av Del III bilag A pkt 2.4, krav nr. 53.
- (32) Subsidiært anføres at det ikke er noe krav om bruk av kvalifikasjonskriterier. Dette fremgår av forskriftens § 5-5 første ledd. Kravet i § 5-6 første ledd om at kvalifikasjonskrav "skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen" må derfor leses i lys av § 5-5 første ledd. Forskriftens § 5-5 første ledd gir oppdragsgiver en rett til å benytte seg av kvalifikasjonskrav, men oppstiller ingen plikt.
- (33) Innklagede er enig i at lovens prinsipper kan komme til anvendelse og regulere forhold som ikke fanges opp av forskriften. I dette tilfellet er derimot oppdragsgivers valgfrihet med hensyn til bruk av kvalifikasjonskrav så eksplisitt regulert i forskriftens § 5-5 første ledd, at det har formodningen mot seg at prinsippene her får slik anvendelse som klager hevder. Manglende angivelse av kvalifikasjonskrav må dermed antas å være i samsvar med de grunnleggende prinsipper som fremgår av lovens § 5 tredje ledd.
- (34) Det bemerkes også at klager - i likhet med alle tilbyderne - uansett oppfyller kvalifikasjonskriteriene. Innklagede ser dermed ikke hvilken relevans manglende angivelse av kvalifikasjonskriterier kan ha for klager.

4. Manglende angivelse av tildelingskriterier.

4.1. Manglende tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget

- (35) Konkurransegrunnlag er basert på PS 2000, en standardkontrakt for leveranse av programvare m.m. I del III, og særlig bilag A, fremgår de tildelingskriterier som gjaldt for konkurransen. Det er etter det innklagede kjenner til svært utbredt å utforme konkurransegrunnlag på denne måten ved utvikling av programvare m.m., og må nærmest anses som standard fremgangsmåte. Klager må som programutvikler kjenne til at dette er måten tildelingskriterier angis på. Kontrakten og konkurransegrunnlaget er på denne måten integrert. Etter innklagedes mening er dette den mest hensiktsmessige måten å angi tildelingskriterier på ved utvikling av denne typer programmer.

4.2. Manglende opplysning om forhåndsbestemt vekting.

- (36) Innklagede hadde på tidspunktet for tilbudsfristens utløp kun i noen grad bestemt seg for vekting av tildelingskriteriene. Denne vektingen fremgår imidlertid av Bilag A pkt. 2.4., som angir viktigheten av de enkelte deler av leveransen i en A-, B- og C-prioritet. Utover dette hadde innklagede ikke bestemt seg for vektingen av tildelingskriteriene. Gjennomsiktighetskravet og kravet til likebehandling er dermed ivaretatt, jf. bl.a. Universale-Bau AG m.fl. mot EBS (C-470/99) p. 99.

4.3. Avgjørende vekt på pris

- (37) Vektingen av tilbudene er i samsvar med tildelingskriteriene slik disse fremgår av kunngjøringen. Dette fremgår etter innklagedes mening av de matriser som er oppstilt for å vurdere de ulike tilbud. Matrisene viser at tildelingskriteriene er vektet i samsvar med bilag A pkt. 2.4. slik at man har valgt ut de tilbud som er de "økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av kriterier som oppgitt i konkurransegrunnlaget". Pris er dermed ikke isolert sett det avgjørende momentet. Prisen er veid opp mot øvrige kriterier for finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (38) Innklagede vil i denne sammenhengen bemerke at klagers tilbud lå langt utenfor rammen av det budsjettet innklagede hadde til rådighet for anskaffelse av virksomhetsportalen. I e-post datert 4. juni 2003 opplyser innklagede bl.a. klager om årsmelding med regnskap. Klager burde dermed ha skjønnet at de med sitt tilbud lå langt over hva innklagede budsjetter tillot.

4.5. Uriktig å legge vekt på gjennomføringsmetodikk og bruk av underleverandør som tildelingskriterier.

- (39) Innklagede viser til at gjennomføringsmetodikk er et av de opplyste tildelingskriteriene, jf. del III vedlegg A pkt. 2.4, krav nr. 49. I samsvar med det som tidligere er sagt om tildelingskriteriene på generelt grunnlag, er det dermed ingenting i veien for å vektlegge gjennomføringsmetodikk ved tildelingen. Kriteriet er listet opp med A-prioritet.
- (40) Bruk av underleverandører er - i tillegg til å være et kvalifikasjonskrav - et av de opplyste tildelingskriteriene (dette fremgår av del III vedlegg A pkt. 2.4, krav nr. 37, 39 og 49). Bruk av underleverandører tillegges likevel en annen betydning når det benyttes som tildelingskriterium enn når det benyttes som kvalifikasjonskrav. Som tildelingskriterium er det avgjørende om bruken av underleverandører har en kvalitativ innvirkning på ytelsen. Som kvalifikasjonskrav er det derimot bare av betydning for kvalifiseringen at tilbyder fremlegger en erklæring på hvor stor del av kontrakten som skal leveres gjennom underleverandør, jf. del III vedlegg A pkt. 2.4, krav nr. 53.

5. Manglende begrunnelse

5.1. Generelt krav om skriftlig begrunnelse

- (41) Det må tillegges vekt at det ikke er oppstilt et skriftlighetskrav i forskriftens § 3-8 fjerde ledd. Det har formodningen mot seg at et generelt skriftlighetskrav ikke er eksplisitt regulert. Lovens § 5 tredje ledd er ikke tilstrekkelig grunnlag for å innfortolke et generelt krav om skriftlig begrunnelse i forskriftens § 3-8 fjerde ledd.

5.2. Spesielt krav om skriftlig begrunnelse

- (42) De konkrete omstendigheter i et gitt tilfelle kan tilsi at lovens § 5 tredje ledd oppstiller et krav om at begrunnelsen etter forskriftens § 3-8 skal være skriftlig. I så fall bør de konkrete omstendighetene i saken i det minste tilsi at etterprøvbarhet er umulig eller vanskeliggjort som følge av at begrunnelsen ikke er gitt skriftlig. Innklagede mener at de konkrete omstendighetene i den foreliggende saken ikke er til hinder for etterprøvbarheten i en slik grad at en skriftlighetsplikt inntreffer. Innklagede støtter dette på at etterprøvbarheten er ivaretatt gjennom anskaffelsesprotokoll og tildelingsmatriser. Disse dokumentene viser i tilstrekkelig grad om innklagedes vurderinger har vært lovmessige eller ikke. Etterprøvbarheten er dermed sikret.

5.3. Generelt om begrunnelsen på møtet.

- (43) Innklagede ønsker å bemerke at klager i nevnte møte uttrykte at møtet tilfredstilte kravene til begrunnelse. Klager ba på møtet om at innklagede sendte dem et brev, slik at klager kunne bekrefte at tilstrekkelig begrunnelse ble gitt. Dette var årsaken til innklagedes brev datert 1. september 2003 (begrunnelse for manglende invitasjon til forhandlinger). Innklagede stiller derfor spørsmål ved klagers opptreden i denne sammenhengen, hvor en prosess klager selv har oppfordret til senere holdes mot innklagede.

6. Erstatning

6.1. Ansvarsgrunnlag

- (44) Det foreligger ikke ansvarsgrunnlag.
- (45) Skulle KOFA komme til at innklagede har brutt med anskaffelsesreglene, erkjenner innklagede at brudd på forskrifter av det offentlige som hovedregel er tilstrekkelig til å konstatere skyld.

6.2. Årsakssammenheng

- (46) Innklagede bestrider at det foreligger årsakssammenheng.

6.3. Økonomisk tap

- (47) Dette vil ikke behandles, all den tid KOFA ikke tar stilling til beregningen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 annet ledd.

Klagenemndas vurdering

- (48) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagen gjelder anskaffelse av prioriterte tjenester og følger reglene i forskriftens del II.

1. Prosedyre

- (49) Klagenemnda konstaterer at tildelingen er etablert på reglene om konkurranse med forhandling. Klager har ikke bestridt at det var anledning til dette. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til om det var grunnlag for å benytte konkurranse med forhandling etter forskriftens §§ 4-2 eller 4-3. Spørsmålet som står sentralt i denne saken, er om denne konkurransen med forhandling er gjennomført på korrekt måte iht regelverket som gjelder for slike konkurranser.
- (50) Innklagede har bedt om at leverandører som ønsker å delta i forhandlingene skal levere inn tilbud sammen med forespørsel om å delta i konkurransen.
- (51) Forskriftens § 9-3 (1) bestemmer at oppdragsgiver *skal velge ut hvem som skal inviteres til å forhandle blant leverandørene som tilfredsstiller kravene for deltakelse i konkurransen. Utvelgelsen skal skje før invitasjon til å levere inn tilbud sendes ut.*□
- (52) Det fremgår således klart av forskriften at oppdragsgiver først skal vurdere om leverandørene har tilstrekkelige kvalifikasjoner, deretter skal det skje en utvelgelse blant de kvalifiserte om hvem som skal inviteres til å forhandle, og først etter dette er gjort skal invitasjon til å levere inn tilbud sendes ut.

- (53) Innklagede anses etter dette å brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 (1) ved å be leverandørene om å levere inn tilbud sammen med forespørsel om å delta i konkurransen.

2. Ulik tid til å utarbeide tilbud

- (54) Det følger av forskriftens § 9-3 (1) at ☐ *Invitasjon til å levere inn tilbud skal sammen med konkurransegrunnlaget sendes ut samtidig til alle de utvalgte leverandørene* ☐.
- (55) Innklagedes henvisning til kunngjøringstidspunktet er således ikke relevant i forhold til de anførsler klager har angitt. Innklagede har således brudd forskriftens § 9-3 (1) ved ikke å sende ut konkurransegrunnlaget samtidig til alle de utvalgte leverandørene.

3. Manglende angivelse av kvalifikasjonskriterier

- (56) I konkurransegrunnlagets del III bilag A: Behovsanalyse punkt 2.4. ☐ *Funksjonskrav og tekniske krav* ☐ finnes enkelte henvisninger til krav til leverandørenes kvalifikasjoner og dokumentasjon på kvalifikasjonene. Dette gjelder krav nr. 37, 39, 49 og 53.
- (57) Det følger av forskriftens § 5-6 at krav til leverandørenes kvalifikasjoner i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen. Kunngjøringen skal også angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandørene er oppfylt. Oppdragsgiver kan i tillegg utarbeide et eget kvalifikasjonsgrunnlag som utdypet eller supplerer de krav til kvalifikasjoner som er angitt i kunngjøringen.
- (58) Innklagede valgte å ikke opplyse verken om kvalifikasjonskrav eller krav til dokumentasjon for leverandørenes kvalifikasjoner i kunngjøringen, men isteden å ta dette i sin helhet inn i konkurransegrunnlaget. Dette er i strid med kravet i forskriftens § 5-6 om angivelse av kravene i kunngjøringen.
- (59) I tillegg vil klagenemnda bemerke at plasseringen av kvalifikasjonskravene og kravene til dokumentasjon i konkurransegrunnlaget er ført opp på en uklar og lite tilgjengelig måte. At leverandørkravene og kravene til dokumentasjon først gjenfinnes inne i et bilag som opplyses å gjelde tekniske krav til løsningen som skal leveres, er i strid med kravet til forutberegnelighet og gjennomskiktighet i lovens § 5.

4. Manglende angivelse av tildelingskriterier og manglende opplysning om vekting av tildelingskriteriene

- (60) Innklagede har prinsipalt anført at det i bilag A til konkurransegrunnlaget er angitt tildelingskriterier. Klagenemnda har gjennomgått dokumentene, men kan ikke se at de angivelige tildelingskriteriene inngår der. Eventuelt må tildelingskriteriene være så uklart fremsatt at de i realiteten ikke kan anses å være angitt. Klagenemnda konstaterer at det i bilag A til konkurransegrunnlaget inngår funksjonskrav og tekniske krav med graderte prioriteringer. Bilaget gjelder mao tekniske krav til produktet som skal anskaffes, og ikke tildelingskriterier som gir grunnlag for å velge mellom ulike tilbud på dette. Disse kravene kan altså ikke betraktes som tildelingskriterier i regelverkets forstand, men må regne som kontraktsvilkår. Klagenemnda må derfor legge til grunn at det, til tross for at tildelingen ville bli basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, ikke ble angitt kriterier for valg av tilbud i samsvar med forskriftens § 10-2 (2).
- (61) Innklagede opplyste for øvrig i e-post datert 04.07.2004 at de *har foretatt en vekting av de krav som er oppstilt i konkurransegrunnlaget, men denne vil ikke bli gjort tilgjengelig på det nærværende tidspunkt*. Klagenemnda har på denne bakgrunn vanskelig for forstå innklagedes tilsvarende svar til klagenemnda, hvor det opplyses at innklagede ikke hadde foretatt noen vekting utover angivelse av A-, B- og C-prioritet i konkurransegrunnlagets Bilag A.. Det synes å gi liten mening å opplyse i e-post at det er foretatt en vekting som vil holdes hemmelig, dersom vektingen fremgår direkte av de dokumenter leverandørene allerede har fått tilsendt. I så fall ville jo vektingen vært kjent.
- (62) Den forvirring innklagede har skapt gjennom sin behandling av tildelingskriterier, kontraktsvilkår og vekting av disse er ikke i samsvar med kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5.

5. Pris som kvalifikasjonskriterium

- (63) Det fremgår av sakens dokumenter at det ved utvelgelsen av hvem som skal delta i konkurransen er lagt vekt på pris i tilbudene. I forskriftens § 9-3 (2) fremgår det imidlertid at utvelgelsen av leverandørene skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørenes stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. Tilbudspris kan derfor ikke inngå blant de forhold som kan vektlegges ved utvelgelsen. Klagenemnda vil påpeke at dette i tillegg følger allerede av det forhold at invitasjon til å levere inn tilbud ikke skal sendes ut før utvelgelsen av hvem som skal få delta i forhandlingene er ferdig.

- (64) Klagenemnda legger til grunn at pris er benyttet som kriterium for utvelgelse av hvem som skal få delta i konkurransen, og ikke at pris har medført at klager ble ansett ikke å ha reell mulighet til å få kontrakten. Klagenemnda vil imidlertid bemerke at dersom sistnevnte hadde medført riktighet, ville det være vilkårlig av innklagede å legge dette til grunn allerede før forhandlingene hadde startet.

6. Manglende begrunnelse

- (65) Dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal det senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt gis en nærmere begrunnelse om hvorfor deres forespørsel om å få delta er forkastet, jf forskriftens § 3-8 (4).
- (66) I den foreliggende sak er det avholdt et møte mellom innklagede og klager. Det er i forskriften ikke krav til at den nærmere begrunnelsen etter § 3-8 (4) skal gis skriftlig. Det må imidlertid ut fra kravet til etterprøvbarhet kunne kreves et visst minimum av dokumentasjon fra møtet, slik at det kan la seg gjøre å vurdere om den nærmere begrunnelsen som ble gitt har vært relevant og tilstrekkelig fyldestgjørende. Klagenemnda forstår det slik at det ikke er utarbeidet noe møtereferat eller annen dokumentasjon over hva som fremkom i møtet. Klagenemnda konstaterer at den første begrunnelsen som ble gitt i brev av 15.09.2003, hvor klager ble gjort kjent med at en annen leverandør var valgt, heller ikke inneholdt en begrunnelse som tilfredsstiller kravet til ☐ nærmere begrunnelse ☐ i forskriftens § 3-8.
- (67) På bakgrunn av den fremlagte dokumentasjon legger klagenemnda til grunn at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5, ved ikke å utarbeide tilstrekkelig dokumentasjon for den nærmere begrunnelsen etter forskriftens § 3-8 (4).

7. Erstatning

- (68) Klagenemnda finner at den gjennomførte anskaffelsen medfører vesentlige brudd på en rekke grunnleggende regler som skal sikre lik konkurranse mellom leverandørene.
- (69) Klagenemnda finner det sannsynliggjort at klager ville ha avstått fra å delta i konkurransen, dersom han på forhånd hadde vært klar over at konkurransen ville bli gjennomført med så grov tilsidesettelse av anbudsrettslige krav til saksbehandlingen.
- (70) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for de kostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i konkurransen kan være oppfylt, og viser til Høyesteretts uttalelser om bevisbedømmelsen i saker hvor det konstateres brudd på anskaffelsesreglene, jf Rt. 1997 . 574 (Firesafe).

Konklusjon:

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 ved å be leverandørene om å levere inn tilbud sammen med forespørsel om å delta i en konkurranse med forhandling.

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 ved ikke å sende ut konkurransegrunnlaget samtidig til alle de prekvalifiserte leverandørene i en konkurranse med forhandling.

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 5-6 ved ikke å angi kravene til leverandørenes kvalifikasjoner og kravene til dokumentasjon på kvalifikasjonene i kunngjøringen.

Luftfartstilsynet har brutt kravet forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å angi kravene til leverandørenes kvalifikasjoner og kravene til dokumentasjon i konkurransegrunnlaget på en uklar og lite tilgjengelig måte.

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) ved å basere anskaffelsen på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, uten å angi kriterier for valg av tilbud.

Luftfartstilsynet har brutt kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved sin manglende klarhet mht vekting av tildelingskriteriene.

Luftfartstilsynet har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 ved å legge vekt på pris ved utvelgelse av hvilke leverandører som skulle velges ut til å delta i forhandlinger.

Luftfartstilsynet har brutt kravet til etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gi den nærmere begrunnelse for valg av tilbud etter forskriftens § 3-8 muntlig, samtidig som det ikke ble utarbeidet tilstrekkelig dokumentasjon over hvilken begrunnelse som ble gitt.

Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for kostnadene som klager pådro seg i forbindelse med deltakelsen i konkurransen kan være oppfylt.

For klagenemnda, Oslo 19 april 2004

Siri Teigum