



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise på veibygging i Setermoen skytefelt. Klagenemnda fant at klager var rettmessig avvist, og at forskriften §§ 12-3 og 12-4 ikke åpnet for fremsendelse av kredittvurdering etter tilbudsfristens utløp.

Klagenemndas avgjørelse 16. januar 2012 i sak 2010/279

Klager: Maskin og Anlegg AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning, avlysning, plikt til å innhente opplysninger

Bakgrunn:

(1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. mai 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise på veibygging i Setermoen skytefelt. Tilbudsfrist var i kunngjøringens punkt IV.3.4 angitt til å være 28. juni 2010. Det fremgikk av tilbudsinnbydelsen under punkt 2 "*Anskaffelsesprosedyre*" at anskaffelsen var under EØS- terskelverdi, jf. forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.

(2) I tilbudsinnbydelsens punkt 5 "*Krav til leverandørene. Kvalifikasjonskrav*" fremgikk det under "*Krav til økonomisk/finansiell stilling*" at "*Leverandøren skal være kredittverdig*". For kravet fremgikk det følgende under "*Dokumentasjon som skal leveres*":

"Kredittvurdering av leverandøren som ikke er eldre enn 3 måneder. Vurderingen skal være utferdiget av uavhengig aktør som til vanlig tilbyr kredittvurdering av selskaper. Resultatet av kredittvurderingen skal fremkomme som en gradert verdi (bokstaver eller tall) mot en definert skala.

Forsvarsbygg forbeholder seg retten til å innhente slike kredittvurderinger på egen hånd."

(3) Det fremgikk av tilbudsinnbydelsens punkt 11. "*Tildelingskriterier. Evalueringsmodell*" under punkt 11.1 "*Tildelingskriterium*" at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på tildelingskriteriene "*Pris*" (75 %) og "*Tilbudt kompetanse hos entreprenørens gjennomføringsteam*" (25 %). For tildelingskriteriet vedrørende kompetanse var kravet til dokumentasjon "*CV for de personer som skal utføre prosjektering / prosjektledelse / anleggsledelse*".

- (4) Innen fristen mottok innklagede tre tilbud, herunder Maskin og Anlegg AS (heretter kalt klager) og Målselv Maskin AS.
- (5) I klagers tilbud fremgikk det på side seks at "*Økonomi/Likviditet---Årsregnskap 2009*" fremgikk av vedlegg 6. I vedlegg fremgikk klagers regnskap over to sider, herunder "*Resultatregnskap*" og "*Balanse pr. 31.12*".
- (6) Tilbyderne ble i brev av 30. juni 2010 meddelt at samtlige tilbydere tilfredsstilte kvalifikasjonskravene som var angitt i konkurransegrunnlaget, og at klager ble tildelt kontrakt. Det var inntatt matriser som viste rangering og poeng for begge tildelingskriteriene, hvor det fremgikk at klager var rangert som nummer 1 på pris og som nummer 3 på kompetanse. I matrisen for tildelingskriteriet pris var det oppgitt "*Tilbudssum inkl mva*", som var kontrollregnet og justert for regnefeil og eventuelle forbehold. Klagers tilbudssum var kroner 16 990 710, mens tilbudssummen for Målselv Maskin AS, som var nest best på pris, var kroner 17 995 268.
- (7) Innklagede mottok brev av 5. juli 2010 fra Målselv Maskin, hvor det ble hevdet at innklagedes begrunnelse var i strid med forskriften § 11-14 (1), samt at det ble bedt om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør, jf. forskriften § 11-14 (4).
- (8) I brev av 8. juli 2010 ble klager meddelt at "*Alle tilbudene i konkurransen er avvist og konkurransen avsluttes*". Det fremgikk at innklagede i ettertid hadde blitt gjort oppmerksom på forhold ved tildelingen, og at det etter en vurdering fra juridisk avdeling ble besluttet at konkurransen måtte avlyses da "*ingen av entreprenørene har dokumentert at de oppfyller våre kvalifikasjonskrav*". Det ble vist til forskriften § 13-1, og at ny konkurranse ville gjennomføres, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav e. Klager ble invitert inn i ny tilbudsrunde "*basert på tidligere utsendt beskrivelse*". Ny frist for innlevering var oppgitt til 10. august 2010. Vedrørende avvisning av klagers tilbud fremgikk det følgende:

"Maskin og Anlegg as har ikke levert etterspurt kredittvurdering, og tilbudet må derfor avvises med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 nr. 1 bokstav a), og nr. 2 bokstav g."
- (9) Klager klaget på avvisnings- og avlysningsbeslutningen i brev av 8. juli 2010. Klager viste til at klager hadde levert «*årsregnskap/årsberetning for siste driftsår (2009)* ", og at dersom denne dokumentasjonen var for dårlig kunne innklagede "*be om supplerende opplysninger jfr forskriftens paragraf 12-4 (og 12-3)* ".
- (10) Innen fristen mottok innklagede to tilbud, fra klager og Målselv Maskin AS.
- (11) Tilbyderne ble i brev datert 10. august 2010 meddelt at Målselv Maskin AS (heretter kalt valgte leverandør) hadde levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og ble tildelt kontrakt.
- (12) Det fremgår av anskaffelsesprotokollen for den andre konkurransen av 10. august 2010 at valgte leverandør hadde lavest pris med kroner 16 934 456, mens klagers pris var som ved den første konkurransen; kroner 16 990 710.
- (13) Det er opplyst at det ble inngått kontrakt med valgte leverandør 1. september 2010.

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 8. oktober 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt loven § 5 ved å avvise klager fra konkurransen, og at innklagede på denne bakgrunn ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 13-1.
- (16) Klagers innlevering av godkjent årsregnskap sannsynliggjorde at kvalifikasjonskravene til kredittverdighet var oppfylt, og at avvisningen da bare kunne hjemles retten til avvisning i forskriften § 11-10 (2) bokstav g. Grunnen til at leverandørene ikke leverte kredittvurdering var sannsynligvis at innklagede selv hadde forbeholdt seg rett til å innhente kredittvurderinger, og at kravet dermed ikke kunne oppfattes som ubetinget.
- (17) Innklagede kunne uansett innhente kredittvurderinger etter forskriften §§ 12-3 og 12-4. Kredittvurderinger er tilgjengelige for enhver og dermed må anses som offentlig tilgjengelig dokumenter. Det må tas i betraktning at oppdragsgivers valg om avvisning i realiteten er en avlysning, og at konkurranse ble avlyst etter tildelingsbeslutning og etter at prisene var gjort kjent. Oppdragsgiver har om mulig plikt til å velge retting foran avlysning dersom det er informert om valgte leverandørs priser og andre viktige forhold, jf. klagenemndas saker 2009/167 og 2008/9.
- (18) Klager anfører å ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse.
- (19) På bakgrunn av resultatet gjengis ikke partenes argumentasjon vedrørende manglende innlevering av CV for prosjektering, da dette også gjelder avvisning den første konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede anfører at innklagede hadde plikt til å avvise samtlige tilbydere, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a, og det forelå dermed saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 13-1. Det opplyses at ny konkurranse ble iverksatt med hjemmel i forskriften § 2-1.
- (21) Kvalifikasjonskravet "*kredittverdig*" må tolkes i sammenheng med det tilhørende dokumentasjonskravet, og kvalifikasjonskravet innebar da et krav til en konkret score angitt ved bokstaver eller tall synliggjort ved en kredittvurdering. Det vises til at en kredittvurdering er kompleks og at aktørene må ha konsesjon, og har tilgang til opplysninger om leverandørene som en offentlig aktør ikke har tilgang til. Årsregnskapet kunne dermed ikke danne grunnlag for å vurdere om kvalifikasjonskravet var oppfylt og klager hadde dermed ikke dokumentert at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Det ville innebære et brudd på likebehandlingsprinsippet dersom det ble åpnet for alternativ dokumentasjon, da dette ville innebære en endring av kvalifikasjonskravet. Innklagede fremhever også at kvalifikasjonskravene skal dokumenteres å være oppfylt på tidspunktet for tilbudsfristens utløp.
- (22) Innklagede kunne ikke be om ettersending av kredittvurdering etter forskriften § 12-3, da dette ikke kan anses som "*offentlig tilgjengelig dokumentasjon*", jf. klagenemndas

sak 2007/51. Subsidiært anføres at det ikke var plikt til å be om ettersending av dokumenter, da oppdragsgiver har valgfrihet etter forskriften § 12-3, og det kan heller ikke anses for å være i strid med kravet til god forretningsskikk at det ikke ble bedt om ettersending av kredittvurdering.

- (23) Det forelå heller ikke hjemmel for å supplere eller utdype dokumentasjon fra leverandørene med en kredittvurdering etter forskriften § 12-4, da dette knytter seg til å finne det nærmere innholdet av, eller besørge konkretisering av, allerede innsendt dokumentasjon, jf. "EUs Udbudsdirektiver" av Steinicke/Groesmeyer side 1213. Innsendt årsregnskap kunne ikke suppleres med kredittvurdering, da en kredittvurdering er et selvstendig dokument utferdighet på bakgrunn av andre og mer omfattende opplysninger enn et årsregnskap. Forbeholdet i konkurransegrunnlaget om å innhente egen kredittvurdering tenkes å ha selvstendig betydning, for eksempel dersom en leverandør sendte inn en kredittvurdering som viste sterkt nedadgående tendens, hvor innklagede ville kunne innhente en egen kredittvurdering som supplerende informasjon. Innklagede antar imidlertid at når kredittvurdering var det eneste dokumentasjonskrav, kunne ikke innklagede innhente egen kredittvurdering når leverandørene helt unnlot å levere slik. Subsidiært anføres at det ikke er plikt til å be om supplerings etter forskriften § 12-4.
- (24) Innklagede anfører at klagenemndas saker 2009/167 og 2008/9 gjelder tilfeller hvor man under prosedyre med forhandling annullerer tildelingsbeslutningen, og ikke avlysning av konkurransen, for deretter å videreføre samme konkurranse etter å ha gjort kjent prisene, og i 2009/167 gjelder det også retting av oppdragsgivers egne feil. Sakene er ikke relevant i den foreliggende sak, som gjelder en åpen anbudskonkurranse som ble avlyst, og ny konkurranse ble iverksatt. Innklagede anfører at sak 2009/167 premiss (55) gir uttrykk for rettsstillingen i situasjoner hvor en anbudskonkurranse avsluttes og ny konkurranse iverksettes.
- (25) Innklagede bestrider at det foreligger grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder totalentreprise på veibygging i Setermoen skytefelt som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser fulgte den første konkurransen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. Klagers anførsel vedrørende avvisningsspørsmålet gjelder den første konkurransen. Den andre konkurransen er gjennomført etter forskriften Del I, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav e.
- (27) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å bemerke at det i det foreliggende tilfellet ikke anført at de øvrige tilbyderne er urettmessig avvist. Dersom det ikke foreligger noen tilbud, vil konkurransen reelt sett være avsluttet, uten at en beslutning om avlysning er påkrevet. Det følger av forskriften § 2-1 (2) bokstav e at en konkurranse kan gjennomføres etter forskriftens del I dersom det i en forutgående anbudskonkurranse "*ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnede*".
- (28) Sakens hovedproblemstilling er hvorvidt klager ble rettmessig avvist fra den første konkurransen på grunn av manglende innlevering av kredittvurdering, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.

- (29) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (30) Det var i tilbudsinnbydelsens punkt 5 stilt krav til at leverandørene var *"kredittverdig"*, som skulle dokumenteres ved *"kredittvurdering" "utferdiget av uavhengig aktør som til vanlig tilbyr kredittvurdering av selskaper"*, og resultatet skulle *"fremkomme som en gradert verdi (bokstaver eller tall) mot en definert skala"*.
- (31) Tilbydernes manglende dokumentasjon av kvalifikasjonskravet *"kredittverdig"* ble først oppdaget etter tilbudsevalueringen og etter at meddelelse om tildelingsbeslutning var sendt til tilbyderne. I klagenemndas sak 2010/276 premiss (52) ble det lagt til grunn at når manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskriterier er en absolutt avvisningsgrunn, må oppdragsgiver kunne endre en tildelingsbeslutning, jf. for øvrig forskriften § 13-3 (2).
- (32) Det er enighet om at klager faktisk ikke hadde levert kredittvurdering sammen med tilbudet, og at klager i stedet hadde levert årsregnskap for 2009. Et årsregnskap tilfredsstillende åpenbart ikke kravet til slik kredittvurdering som innklagede stilte krav om.
- (33) Det følger av forskriften § 12-1 (1) at etter tilbudsfristens utløp er det verken adgang eller plikt til å endre eller rette tilbud. I forskriften § 12-3 åpnes det for at oppdragsgiver kan sette en kort tilleggsfrist for ettersending av *"HMS-egenerklæring, skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon av at krav til leverandøren er oppfylt"*. Listen er uttømmende og åpner ikke for ettersending av annen dokumentasjon så som forutsatt kredittvurdering. Det er uomstridt at kredittvurderinger ikke omfattes av unntaket for offentlig tilgjengelig informasjon.
- (34) Forskriften § 12-4 om supplerer og utdypning av *"attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren"* forutsetter at det allerede foreligger dokumentasjon vedrørende det aktuelle kvalifikasjonskravet. I klagenemndas sak 2010/163 ble det i premiss (47) lagt til grunn at bestemmelsen måtte *"forstås på den måten at adgangen til å anmode om fremleggelse av dokumenter er betinget av at tilbudet allerede inneholder opplysninger som er relevant for det aktuelle kvalifikasjonskrav"*. I Steinicke/Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer* (2. utg. 2008) side 1214 fremgår det med sitat fra Generaladvokatens innstilling i EU-domstolens sak C-87/94 ("Wallonske busser") premiss (37) at det etter Dir.2004/18/EF artikkel 51 er anledning å innhente *"konkretiserende opplysninger"*, herunder opplysninger som *"supplerer, præsiserer eller uddyber anden information"*. I det foreliggende tilfellet kan ikke årsregnskapet anses som allerede foreliggende opplysninger i relasjon til en senere kredittvurdering, og en kredittvurdering vil dermed ikke anses som konkretiserende opplysninger.
- (35) Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget forbeholdt seg en rett til å innhente kredittvurdering. Nemnda anser det som klart at det her ikke er tale om en lempelse av dokumentasjonskravene i forskriften § 12-3 og § 12-4. Forbeholdet kan ta sikte på en kontroll av tilbyders fremsendte kredittvurdering. Klagenemnda kan dermed ikke se at innklagedes forbehold skulle skape en uklarhet ved hvorvidt kredittvurdering faktisk skulle leveres sammen med tilbudet, og finner på denne bakgrunn uansett at forbeholdet ikke i seg selv medfører noen plikt for innklagede til å innhente kredittvurdering for klager.

- (36) Etter dette fører klagers anførsel om plikt til å innhente dokumentasjon om kredittverdighet ikke frem.
- (37) I forhold til innklagedes anførsel gjengitt under (24) om ny konkurranse med forhandling anmerker nemnda at forskriften § 2-1 (2) bokstav e har en tilsvarende ordlyd som forskriften § 14-4 bokstav b, i forskriften del III. Et tilfelle hvor tilbyderne ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, reguleres i forskriften del III fortrinnsvis av forskriften § 14-4 bokstav a. Det er likevel naturlig å anta at det ikke er tilsiktet at adgangen til å unnlate kunngjøring skal være snevrere i forskriften del II, sammenlignet med forskriften del III, men dette forholdet er ikke anført. Nemnda antar at forskriften § 2-1 (2) bokstav e dekker tilfellet og forutsetter derfor at det ikke er gjort feil ved at konkurransen er gjennomført etter forskriften Del I. Det er ingen begrensning i bestemmelsen for det forhold at prisene i den forutgående konkurransen allerede er kjent. Som antatt i klagenemndas avgjørelse i sak 2009/167 må oppdragsgivere som vil innlede en ny runde nøye vurdere om de tidligere begåtte feil kan rettes på annen måte. Dette kan imidlertid ikke forstås som en selvstendig begrensning i retten til å gjennomføre en ny konkurranse som ellers følger av bestemmelsene.
- (38) Klagenemnda finner etter dette at klager ble rettmessig avvist fra den første konkurransen på grunn av manglende innlevering av kredittvurdering, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser

Bergen, 16. januar 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger