



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Evaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for oppføring av 15 kommunale leiligheter med tilhørende personalavdeling. Klager anførte at Byggfokus AS skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet. Klager anførte også at innklagede hadde brutt regelverket ved å ikke opptre i samsvar med lovens grunnleggende prinsipper ved utformingen av tildelingskriteriene og evalueringen av tilbudene. Anførslene førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2019 i sak 2018/317

Klager: OBAS ØST AS

Innklaget: Svelvik kommune

Klagenemndas

medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Svelvik kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 20. februar 2018 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av 15 kommunale leiligheter med tilhørende personalavdeling i Lille Åsgaten 3. Anskaffelsens verdi var estimert til 56 millioner kroner.
- (2) Tilbudsfrist ble angitt til 6. april 2018.
- (3) Kontraktens varighet ble estimert til 18 måneder. Prosjektet skulle gjennomføres som en totalentreprise.
- (4) Et av konkurranSENS kvalifikasjonskrav fremgår av konkurransegrunnlagets pkt. 4 bokstav «B: Økonomisk og finansiell kapasitet». Kravet var beskrevet som følger:
«Foretaket skal ha en rating som minst tilsvarer god kredittverdighet, og forøvrig ha tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre oppdraget.»
- (5) Som tilhørende dokumentasjonskrav var det angitt: «*Utvidet kredittrapport fra godkjent kredittratingselskap som inneholder nøkkeltall og rating.*»
- (6) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget bli tildelt tilbudet som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende kriterier:

Pris (80%):

Utfylt tilbudsskjema

Kvalitet (20%):

CV for sentrale medarbeidere i prosjektet, herunder:

- Prosjektleder

- Byggeleder

CV-en skal inneholde opplysninger om utdannelse og tidligere utførte oppdrag (byggherre, størrelse, verdi og type/art og medarbeiderens rolle i prosjektet).

- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører, herunder fra OBAS Øst AS (heretter *klager*) på kr 42 377 494, og fra Byggfokus AS på kr 40 384 677. Ingen av tilbyderne ble avvist.
- (8) I tilbudet fra Byggfokus AS fremkom det at *«prosjektet vil gjennomføres som et samarbeid mellom Eiker Eiendom AS og Byggfokus AS. Dette er to søsterselskaper med samme eier og felles administrasjon»*. Som vedlegg til tilbudet fulgte en uttalelse fra revisor om selskapenes totale omsetning, driftsresultat, egenkapital og samt en uttalelse om at *«Selskapene har et tett samarbeid på utførelse av prosjekter»*. Videre var kredittrapporter for Byggfokus AS og Eiker Eiendom AS også vedlagt.
- (9) I kreditorrapportene datert 6. april 2018 oppnådde Byggfokus AS rating *«AAA Høyeste kredittverdighet»*, mens Eiker Eiendom AS oppnådde *«AA God kredittverdighet»*.
- (10) Evaluering av tilbudene ble foretatt av HR Prosjekt AS. Klager ble tildelt oppdraget den 24. april 2018. Totalt sett ble Byggfokus AS gitt en samlet poengsum på 9,4 mens klager ble gitt 9,6. Ved tildelingskriteriet pris ble Byggfokus AS gitt 10 poeng, mens klager ble gitt 9,5 poeng. Ved tildelingskriteriet kvalitet ble Byggfokus AS gitt 7 poeng mens klager ble gitt 10 poeng.
- (11) Tildelingen ble påklaget av Byggfokus AS 6. mai 2018. I klagen var det vedlagt et utkast til klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Her ble det anført at vurderingen av tildelingskriteriet *«kvalitet»* var vilkårlig, og en usaklig forskjellsbehandling av tilbyderne. Videre ble det anført at sladdingen av klager sitt tilbud gjorde det umulig å ta stilling til om evalueringen av tildelingskriteriet *«pris»* var korrekt. Etter en gjennomgang av klagen besluttet Svelvik kommune å foreta en ny evaluering og melding om dette ble sendt tilbyderne den 7. mai 2018.
- (12) Den nye evalueringen ble foretatt av Innkjøpskontoret AS. Evalueringen begrenset seg til tildelingskriteriet *«kvalitet»*. Innkjøpskontoret AS ble ikke informert om resultatet i den første evalueringen. HR Prosjekt AS gjennomførte en ny evaluering samtidig. Evalueringen gjennomført av Innkjøpskontoret AS ble vurdert og lagt til grunn for ny tildeling.
- (13) I evalueringen gjennomført av Innkjøpskontoret AS på tildelingskriteriet *«kvalitet»* ble Byggfokus AS gitt 10 poeng mens klager ble gitt 8,5 poeng.
- (14) Byggfokus AS ble gitt følgende begrunnelse:

«Beste besvarelse. Prosjektleder har Siving, som fagkompetanse og relevant erfaring. Byggeleder har fagbrev og relevant erfaring. Begge ressurser viser til relevante utførte oppdrag som er relevant for oppdragsgiver med hensyn til byggherre, størrelse og type prosjekter.»

(15) Klager ble gitt følgende begrunnelse:

«Tilbyder tilbyr to ressurser med relevant fagkompetanse og relevant erfaring. Tilbudte ressurser kan vise til flere oppdrag, men prosjektleder kan vise til færre relevante utførte oppdrag (-1p). Beste besvarelse har en ressurs som har bedre fagkompetanse (-0,5p) og viser til flere oppdrag relevante byggherre (offentlig oppdragsgiver), størrelse og type prosjekter».

(16) I evalueringen gjennomført av HR Prosjekt AS på tildelingskriteriet «kvalitet» ble Byggfokus AS gitt 8 poeng mens klager ble gitt 9,5 poeng.

(17) Medregnet pris ble Byggfokus AS totalt sett gitt høyest poengsum i begge evalueringene.

(18) Ved brev datert 28. mai 2018 meddelte Svelvik kommune at Byggfokus AS ble tildelt kontrakten. Her ble det også opplyst om «at argumentasjonen i pkt. 3.1 og 3.2 i utkastet til klage til KOFA var avgjørende for beslutningen om ny evaluering av tildelingskriteriet «Kvalitet».

(19) Den 6. juni 2018 mottok Svelvik kommune klage på tildelingen fra klager. Klagen ble ikke tatt til følge.

(20) En forpliktelseserklæring fra Eiker Eiendom som samarbeidspart til Byggfokus AS, samt bekreftelse på at disse stiller seg solidarisk ansvarlig for gjennomføring av kontrakten ble ettersendt den 29. juni 2018. Kontrakt ble inngått samme dag.

(21) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 11. september 2018.

(22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. august 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(23) Byggfokus AS oppfyller ikke kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet og skulle derfor vært avvist fra konkurransen, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 24-2 nr. 1 bokstav a.

(24) Innklagede syntes kun å ha vurdert fremlagte kredittvurderinger. Dette er ikke tilstrekkelig. En gjennomgang av Byggfokus AS og Eiker Eiendom AS sine regnskap fra 2016 og 2017, viser at selskapene ikke har dokumentert økonomisk og finansiell kapasitet til å gjennomføre kontrakten. Innklagedes evaluering av hvorvidt kvalifikasjonskravet var oppfylt var derfor ikke forsvarlig.

(25) Innklagede har brutt lov om offentlig anskaffelser § 4 ved utformingen av tildelingskriteriene og evalueringen av tilbudene. Byggfokus AS er gitt for høy poengsum under tildelingskriteriet «Kvalitet». Tilbudte prosjektleder har ikke gjennomført noen relevante prosjekter med hensyn til byggherre, størrelse og type prosjekt i rollen som prosjektleder. Tilbudte byggeleder har ingen referanseprosjekter av sammenlignbar størrelse og omfang.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagede bestrider at Byggfokus AS skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet. Vurderingen ble basert på selskapenes totale omsetning i sammenheng med kontraktens varighet og størrelse. Slik kravet er utformet, skal det være helt opplagt at tilbyder ikke har tilstrekkelig økonomi for at tilbyderen ikke kan anses kvalifisert, og basert på det ovenfor nevnte er dette ikke tilfellet for Byggfokus AS. Med den dokumentasjonen som forelå, var det heller ikke grunn for innklagede til å innhente ytterligere informasjon om selskapenes økonomiske stilling.
- (27) Innklagede bestrider at evalueringen av tilbudene er i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 4. Begge de to nye evalueringene av tildelingskriteriet «*kvalitet*» fant at klager hadde fått for høy poengsum i den første evalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder oppføring av kommunale boliger og omsorgsboliger som er en bygge- og anleggsanskaffelse med hoved-CPV-kode 45000000. Anskaffelsens verdi var estimert til 56 millioner kroner. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av leverandør

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise Byggfokus AS fra konkurransen basert på manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet.
- (30) Av forskriften § 24-2 (1) bokstav a, fremgår det at oppdragsgiver plikter å avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (31) Byggfokus AS skrev i sitt tilbud at prosjektet skulle gjennomføres i samarbeid med Eiker Eiendom AS. Byggfokus AS oversendte også innklagede en forpliktelseserklæring hvor Eiker Eiendom AS stiller seg solidarisk ansvarlig for gjennomføring av kontrakten før kontraktinngåelse. Basert på dette har innklagede vurdert økonomien til de to selskapene under ett. Nemnda er enig i at det er grunnlag for å trekke Eiker Eiendom AS inn i vurderingen av om Byggfokus AS oppfyller dette kvalifikasjonskravet, og legger dette til grunn for sin prøving av innklagedes vurdering.
- (32) Et av konkurransens kvalifikasjonskrav var at «*Foretaket skal ha en rating som minst tilsvarende god kredittverdighet, og forøvrig ha tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre oppdraget*».
- (33) Det er ikke bestridt at kravet om «*god kredittverdighet*» er oppfylt. Spørsmålet er om Byggfokus AS og Eiker Eiendom AS i fellesskap «*forøvrig ha(r) tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre oppdraget*».
- (34) Denne delen av kvalifikasjonskravet er utformet slik at det legger opp til at oppdragsgiver vil utøve et innkjøpsfaglig skjønn ved avgjørelsen om hvorvidt tilbyderen er kvalifisert.

Dette skjønnnet kan bare i begrenset grad overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 4. Se til sammenligning klagenemndas sak 2017/257, premiss 26 med videre henvisninger.

- (35) Slik kvalifikasjonskravet er utformet er klagenemnda enig med innklagede i at selskaper med god kredittverdighet i utgangspunktet anses for å ha en tilfredsstillende økonomisk og finansiell stilling. At det i tillegg krevdes at selskapene *«forøvrig ha(r) tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre oppdraget»* er naturlig å lese slik at det gjelder økonomiske forhold ved selskapet som kredittratingen ikke reflekterte. Nemnda kan ikke se at det er opplyst forhold som innklagede burde vurdert i denne forbindelse.
- (36) Foruten dette, er det naturlig å lese kravet slik at innklagede ville vurdere om selskapet hadde den økonomiske kapasiteten til å gjennomføre kontrakten. Kredittrating gis uavhengig av størrelsen på et selskap. Innklagede har i denne forbindelse forklart at vurderingen var basert på selskapenes totale omsetning, sett i sammenheng med kontraktens varighet og størrelse. Tilbudet fra Byggfokus AS var på ca. 40 millioner kroner. Kontraktens varighet var estimert til 18 måneder. Byggfokus AS og Eiker Eiendom AS hadde i 2016 samlet inntekt på ca. 34 millioner kroner. I lys av dette kan nemnda ikke se at det var en usaklig eller urimelig vurdering å legge til grunn at selskapene hadde tilstrekkelig økonomisk kapasitet til å oppfylle kontrakten.
- (37) Klagenemnda har etter dette ikke grunnlag for å konstatere at Byggfokus AS skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om *«Foretaket skal ha en rating som minst tilsvarende god kredittverdighet, og forøvrig ha tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre oppdraget»*. Klagers anførsel fører ikke frem.

Tildelingskriteriet «Kvalitet»

- (38) Kontrakt ble opprinnelig tildelt klager, men denne tildelingen ble senere omgjort etter klagen fra Byggfokus AS. Det følger av forskriften § 25-1 fjerde ledd at dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør *«er i strid med forskriften»*, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått. Det er opp til innklagede å godtgjøre at den opprinnelige beslutningen var i strid med forskriften, og det er ikke anledning til å endre den skjønnsmessige evalueringen av tilbudene i større grad enn feilen nødvendiggjør, jf. klagenemndas avgjørelse i forente saker 2018/329, 2018/340 og 2018/341 premiss 77 flg. med videre henvisninger.
- (39) Klager har i midlertidig ikke anført at innklagede ikke hadde anledning til å omgjøre tildelingsbeslutningen, eller at innklagede endret den skjønnsmessige evalueringen av tilbudene i større grad enn tillatt. Klagenemnda går derfor ikke inn på dette da klagenemnda er bundet av partenes anførsler, jf. klagenemndsloven § 12 (3). Det klager har anført er at Byggfokus AS ble gitt for høy poengsum under tildelingskriteriet *«Kvalitet»*. Grunnlaget for anførselen er at Byggfokus AS tilbød prosjektleder ikke har gjennomført noen prosjekter som kan anses relevante.
- (40) Under tildelingskriteriet om kvalitet, var tilbyderne bedt om å opplyse om følgende:

«CV for sentrale medarbeidere i prosjektet, herunder:

- Prosjektleder

- Byggeleder

CV-en skal inneholde opplysninger om utdanning og tidligere utførte oppdrag (byggherre, størrelse, verdi og type/art og medarbeiderens rolle i prosjektet).»

- (41) Tildelingskriteriet er utformet slik at bare indirekte sier noe om hva som vil vektlegges i vurderingen av leverandørenes kvalitet, nemlig de forhold som de fremlagte CV'ene måtte inneholde. Oppdragsgiver har med dette gitt seg selv et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn, som i begrenset grad kan overprøves rettslig av klagenemnda. Klager har også anført at lovens grunnleggende prinsipper er brutt i utformingen av tildelingskriteriene. Denne anførselen er i midlertid ikke underbygget, klagenemnda går derfor ikke videre inn på dette.

- (42) Innklagede gav Byggfokus AS 10 av 10 mulige poeng på dette tildelingskriteriet, med følgende begrunnelse:

«Beste besvarelse. Prosjektleder har siving. som fagkompetanse og relevant erfaring. Byggeleder har fagbrev og relevant erfaring. Begge ressurser viser til relevante utførte oppdrag som er relevant for oppdragsgiver med hensyn til byggherre, størrelse og type prosjekter.»

- (43) Innklagede gav klager 8,5 av 10 mulige poeng med følgende begrunnelse:

Tilbyder tilbyr to ressurser med relevant fagkompetanse og relevant erfaring. Tilbudte ressurser kan vise til flere oppdrag, men prosjektleder kan vise til færre relevante utførte oppdrag (-1p). Beste besvarelse har en ressurs som har bedre fagkompetanse (-0,5p) og viser til flere oppdrag relevante byggherre (offentlige oppdragsgiver), størrelse og type prosjekter.

- (44) Klagers innsigelser mot innklagedes evaluering er i første rekke begrunnet med at de referanseprosjektene som er oppgitt for de tilbudte nøkkelpersonene til Byggfokus AS, ikke er relevant. Nemnda kan imidlertid ikke se at innklagedes vurdering av hvilke prosjekter som ble ansett relevante ligger utenfor rammene av det en normalt opplyst og påpasselig tilbyder hadde grunn til å forvente, gitt den utformingen som tildelingskriteriet «kvalitet» fikk i denne konkurransen. Klagers anførsler gir heller ikke på annen måte grunnlag for å konstatere at det er rettslige mangler ved innklagedes evaluering av tilbudene opp mot tildelingskriteriet kvalitet.

- (45) Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Svelvik kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk