



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

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

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om service, vedlikehold og kjøp av deler til transportbånd ved de tre anleggene på Haraldrud, Klemetsrud og Romerike Biogassanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved å legge til grunn feil faktum ved kvalifikasjonsvurderingen. Klagenemnda kom til at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravene og skulle ha vært avvist.

Klagenemndas avgjørelse 8. juli 2020 i sak 2019/468

Klager: Båndtech AS

Innklaget: Oslo kommune Energigjenvinningsetaten

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune Energigjenvinningsetaten (heretter *innklagede*) kunngjorde 30. august 2018 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om service, vedlikehold og kjøp av deler til transportbånd ved de tre anleggene på Haraldrud, Klemetsrud og Romerike Biogassanlegg. Anskaffelsens verdi var estimert til over 4 100 000 kroner. Rammeavtalen hadde en varighet på to år, med opsjon på forlengelse av kontrakten med 2 + 2 år. Tilbudsfristen var 7. november 2018.
- (2) Kvalifikasjonskravene for konkurransen fremgikk av konkurranseinnbydelsen punkt 7. Ett av kvalifikasjonskravene som var stilt var at «*leverandøren har tilstrekkelig med kvalifiserte ressurser til å gjennomføre oppdraget*». Dette skulle dokumenteres på følgende måte:

«Dokumentasjon på at organisasjonen og tilgjengelige ressurser.

Det kreves at ved tilbudet følger CV på personell som er tiltenkt brukt på oppdrag på EGE sine anlegg og at utførende personell har erfaring med service og vedlikehold av transportbånd.

Dokumentasjon på kompetanse, samt kopi av sertifikater utstedt av offentlig kontrollinstitusjon, må foreligge ved tilbud»

- (3) Videre var det stilt som kvalifikasjonskrav at «*[l]everandøren skal ha relevant erfaring fra tilsvarende oppdrag*». Dette skulle dokumenteres ved en «*[b]eskrivelse av 3 tilsvarende oppdrag fra de siste 3 år med navn på oppdragsgiver, oppdragsgivers kontaktperson med kontaktdata samt tidspunkt for oppdraget og oppdragets verdi*».

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (4) I tilbudsinnbydelsen punkt 12 fremkom følgende vedrørende godkjenning av underleverandører:

«Ved bruk av underleverandører er det leverandøren som står ansvarlig for det arbeidet som utføres. EGE forbeholder seg retten til å godkjenne eventuelle underleverandører.

Dersom leverandøren støtter seg på andre foretaks kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene, skal det vedlegges forpliktelseserklæring fra disse andre foretakene om at leverandøren har rådighet over de nødvendige ressursene.

Underleverandører skal forhåndsgodkjennes i hht. Vedlegg Skjema for godkjenning av underleverandør»

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, herunder fra Båndtech AS (heretter klager) og MT Solutions AS.

- (6) Av MT Solutions AS sin tilbudsforespørsel, fremgikk det først en oppsummering av selskapet. I denne oppsummeringen ble selskapet beskrevet på følgende måte:

«MT-Solutions er et teknisk entreprenørselskap, som utfører multidisiplin tjenester innen tekniske fag som: Maskin teknikk Ingeniørtjenester, produksjon og komplette leveranser av maskindeler, prosessutstyr, industrimaskiner, samt service og vedlikeholdsoppdrag innen disse kategorier».

- (7) Deretter fremgikk det informasjon om selskapets «Samarbeidskonsortie»:

«MT-Solutions ønsker å være landsdekkende innen totalentrepriser for industri, industrivedlikehold, energi/kraftforsyning, havbruk og miljørettede teknologiprosjekter. MT-Solutions opererer i dag innenfor flere av disse segmenter og har dannet et konsortie sammen med søsterbedrifter i BRI-konsernet, samt noen gode eksterne samarbeidspartnere, som i dag leverer mye tjenester til MT-Solutions på fast basis.

Dette representerer en total arbeidsstyrke på mellom 50-70 personer innen fagområdene, Mekanisk, sveis/plate/rør, Elektro og automasjon, samt planlegging, prosjektering, og kvalitetssikring. Disse innehar de nødvendige kvalifikasjoner og sertifiseringer for denne type arbeide. Samt erfaring fra arbeide på store industriallegg som Hærøye, Rafnes, Karmøy, Elkem osv. – Skulle det være særkrav i forhold til det respektive anlegg vil MT-Solutions besørge at alle eventuelle særkrav til være implementert ved oppstart av kontraktsgjennomføring.

Dette innebærer at man til enhver tid, kan mobilisere tilstrekkelig og adekvate arbeidslag, og administrere/planlegge den type oppdrag som det er beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Samarbeidskonsortiet er organisert som følger. Referanser er vedlagt i eget dokument».

- (8) Deretter var det inntatt et organisasjonskart. Øverst i organisasjonskartet var MT-Solutions AS plassert. Selskapet var også angitt som «kontraktspartner med Oslo kommune». Deretter var det angitt at selskapene Skien Rustri Industri AS, Asker Hydraulikk AS og OneCo Solutions AS inngikk i «samarbeidskonsortiet». Under organisasjonskartet stod det at «Konsortiet består av Norske Aksjeselskaper som i dag

har innledet et samarbeide som pågår aktivt i forskjellige sammenhenger pr. i dag. MT-Solutions fronter dette konsortiet». Tilbudsforespørselen var signert av «Tom Johansen, C.E.O/C.T.O.».

- (9) Vedlagt tilbudsforespørselen var dokumentet «Referanseliste – Konsortie», hvor åtte referanseprosjekter var beskrevet. To av disse var utført av MT-Solutions, mens resten var utført av de øvrige selskapene i konsortiet.
- (10) Av brev datert 1. februar 2019, fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med MT Solutions AS (heretter *valgte leverandør*).
- (11) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 26. mars 2019. Av kontrakten fremgikk det at valgte leverandør skulle benytte tre underleverandører: Skiens Rustfri Industri AS, Asker Hydraulikk AS og OneCo AS.
- (12) Klager henvendte seg til innklagede den 1. april 2019 og ba om redegjørelse for hvorvidt valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene til «*tilstrekkelig med kvalifiserte ressurser*» og «*relevant erfaring fra tilsvarende oppdrag*», og om valgte leverandør hadde gitt opplysninger om bruk av underleverandører.
- (13) Innklagede svarte den 8. april 2019 at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene, ettersom «*[v]irksomheten har 50+ ansatte som arbeider med mekanikk, elektro og automasjon. Virksomheten utvikler og leverer kompliserte mekaniske produkter*», og «*har dokumentert at de har utviklet, produsert, installert og vedlikeholdt transportøranlegg i tilsvarende bransje. MT-Solutions har oppgitt relevante referanser for prosjekter av samme eller mer komplisert karakter*». Vedrørende bruk av underleverandører svarte innklagede at «*[valgte leverandør] vil benytte seg av underleverandører der det er behov. En del er oppgitt i tilbudet, og eventuelle nye godkjennes av Energigjenvinningsetaten ved behov.*»
- (14) Klager henvendte seg deretter på nytt til innklagede og ba innklagede redegjøre ytterligere for valgte leverandørs kvalifikasjoner.
- (15) Innklagede sendte den 30. april 2019 et brev med «*supplerende informasjon*» om rammeavtalen til klager. Av brevet fremgikk det følgende om bruk av underleverandører:

«MT-Solutions har tillatelse til å benytte følgende underleverandører:

Skiens Rustfri Industri AS, Org.nr. 989 454 471

Asker Hydraulikk AS Org.nr. 919 501812

OneCo AS Org.nr. 996 324 826

Lutze Conveying Norway AS, Org nr. 912 602 591»

- (16) Vedrørende valgte leverandørs oppfyllelse av kvalifikasjonskravet «*tilstrekkelig med kvalifiserte ressurser til å gjennomføre oppdraget*», viste innklagede til valgte leverandørs tilbudsforespørsel. Vedrørende kvalifikasjonskravet «*relevant erfaring fra tilsvarende oppdrag*», viste innklagede til listen over angitte referanseprosjekter.

- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 17. juli 2019.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. juli 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Valgte leverandør skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene «*relevant erfaring fra tilsvarende oppdrag*» og «*tilstrekkelig med kvalifiserte ressurser*». Innklagede har vektlagt kvalifikasjonene til konsortiet som valgte leverandør er en del av. Det er det ikke anledning til, idet det verken er fremlagt ESPD-skjema eller forpliktelseserklæringer fra de øvrige foretak. Kvalifikasjonsvurderingen er dermed basert på feil faktum.
- (20) Innklagede har i prosesskriftene fastholdt at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene alene. Klager er av den oppfatning at innklagede i denne forbindelse har foretatt en ny vurdering av kvalifikasjonskravene. Dette innebærer en ulovlig endret skjønnsutøvelse, som er i strid med regelverket.
- (21) I alle tilfeller fremgår det ikke at valgte leverandør alene har tilstrekkelig med kvalifiserte ressurser til å gjennomføre oppdraget, eller at valgte leverandør alene har dokumentert erfaring fra «*tilsvarende oppdrag*» med transportbåndtjenester. Innklagedes kvalifikasjonsvurdering bryter med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 4, og fremstår som vilkårlig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede er enig med klager i at det ikke var anledning for innklagede å vektlegge hele konsortiets kvalifikasjoner. Det er MT-Solutions AS alene som har levert inn søknaden om prekvalifisering, og det er ikke lagt ved ESPD-skjema eller forpliktelseserklæring fra andre leverandører. Innklagede har imidlertid anledning til å gjøre en ny vurdering av hvorvidt valgte leverandør alene oppfyller kvalifikasjonskravene på bakgrunn av den dokumentasjonen som forelå ved forespørselen om deltakelse. Innklagede bestrider at denne vurderingen utgjør en ny skjønnsmessig vurdering.
- (23) Innklagede fastholder at valgte leverandør alene oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransen. Valgte leverandør har dokumentert sin organisasjon gjennom søknaden og antall ansatte fremgår av kredittvurderingen av selskapet. Valgte leverandør har vist til to oppdrag innenfor industrimekanikk, hvor et i tillegg til å være innenfor industrimekanikk er bekreftet til å omfatte transportbåndtjenester. Det er klart at disse tilfredsstillende kvalifikasjonskravet til erfaring, og det er innklagedes vurdering at valgte leverandør ville blitt kvalifisert selv uten den nevnte referansesjekken.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om service, vedlikehold og kjøp av deler til transportbånd ved de tre anleggene på Haraldrud, Klemetsrud og Romerike Biogassanlegg, som er en tjenesteanskaffelse i kategori. Anskaffelsens verdi var estimert til over 4 100 000

kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) 12. august 2016 nr. 975 del II.

- (25) Klager har anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Klager har i denne forbindelse vist til at innklagedes kvalifikasjonsvurdering var basert feil faktisk grunnlag, ettersom innklagede vektla kvalifikasjonene til øvrige selskap i klagers tilbudsforespørsel, uten at det forelå ESPD-skjema eller forpliktelseserklæringer fra disse selskapene.
- (26) Det følger av forsyningsforskriften § 20-2 (1) at oppdragsgiver «skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.»
- (27) De aktuelle kvalifikasjonskravene i denne saken er at «*leverandøren har tilstrekkelig med kvalifiserte ressurser til å gjennomføre oppdraget*» og at «*[l]everandøren skal ha relevant erfaring fra tilsvarende oppdrag*».
- (28) Den konkrete vurderingen av om en leverandør tilfredsstillende kvalifikasjonskravene, er en skjønnsmessig vurdering som klagenemnda i begrenset grad kan prøve. Klagenemnda kan imidlertid overprøve skjønnen dersom det fremstår som usaklig, vilkårlig, kvalifisert urimelig eller bygger på feil faktum, eller det er i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4.
- (29) Valgte leverandørs tilbudsforespørsel bestod for det første av en «*oppsummering*» av MT-Solutions alene, og deretter av en presentasjon av «*samarbeidskonsortiet*» som MT-Solutions er del av. Det var der angitt at selskapene til sammen innehar en arbeidsstyrke på «*50-70 personer*», og selskapenes samlede kompetanse var nærmere omtalt. Vedlagt tilbudsforespørselen var en liste over til sammen åtte referanseprosjekter som selskapene hadde utført. Av disse åtte, hadde MT-Solutions alene gjennomført to prosjekter. Det var ikke vedlagt noen form for dokumentasjon, ESPD-skjema, forpliktelseserklæringer eller lignende fra andre selskap enn MT-Solutions.
- (30) I klagebehandlingen før saken ble brakt inn for klagenemnda, samt i innklagedes første prosesskriv til nemnda, fremgår det at innklagede har tatt selskapene som nevnt i valgte leverandørs tilbudsforespørsel i betraktning samlet ved kvalifikasjonsvurderingen av valget leverandør. Innklagede vektlegger tilsynelatende arbeidsstyrken til samtlige selskaper, og henviser til referanseprosjekter som også er utført av andre selskaper enn MT-Solutions. I innklagedes redegjørelse til klager datert 30. april 2019 omtales selskapene som underleverandører til MT-Solutions. Slik er også selskapene omtalt i kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør.
- (31) Innklagede har bekreftet at det ikke ble innhentet dokumentasjon eller erklæringer fra de øvrige selskapene som ble nevnt i valgte leverandør tilbudsforespørsel. Innklagede har i prosesskriftene for klagenemnda vedkjent at det dermed ikke var anledning til å medregne de øvrige selskapenes kvalifikasjoner i kvalifikasjonsvurderingen av valgte leverandør.
- (32) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at innklagedes vurdering av valgte leverandørs oppfyllelse av kvalifikasjonskravene var basert på uriktig faktum, og dermed beheftet med feil. Denne vurderingen var dermed i strid med regelverket.

- (33) Innklagede har innvendt at valgte leverandør alene, uavhengig av de øvrige selskapene i tilbudssøknaden, uansett oppfylte kvalifikasjonskravene. Innklagede har i prosesskriftene for klagenemnda gjennomført en isolert kvalifikasjonsvurdering av valgte leverandørs selskap MT-Solutions.
- (34) Ett av kvalifikasjonskravene var at leverandøren skulle ha "*relevant erfaring fra tilsvarende oppdrag*". Dette skulle dokumenteres med en "*[b]eskrivelse av 3 tilsvarende oppdrag fra de siste 3 år*". Slik kvalifikasjonskravet er utformet lest sammen med dokumentasjonskravet, forstår klagenemnda at det er et krav om minst 3 tilsvarende oppdrag. MT-Solutions har oppgitt 2 oppdrag. Klagenemnda kan heller ikke se at innklagede har dokumentert at disse 2 oppdragene er "*tilsvarende*". Innklagede har dermed ikke vist at MT-Solutions oppfyller dette kvalifikasjonskravet uten å støtte seg på andre.
- (35) På bakgrunn av det ovennevnte er klagenemndas konklusjon at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, jf. forsyningsforskriften § 20-2 (1).
- (36) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert over, kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Oslo kommune Energigjenvinningsetaten har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, jf. forsyningsforskriften § 20-2 (1).

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk