



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Mottaker
Advokatfirmaet Hammervoll Pind AS
Postboks 6613 St Olavs plass
0129 OSLO
Norge
Majken Elisabeth Bie

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0462-12

Saksbehandler: Maja Summerfield Myhre

Dato: 11.06.2020

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Klagenemndas sekretariat besluttet 29. mai 2020 å avvise klage fra NRC Anlegg AS (heretter *klager*) over konkurranse om anskaffelse av totalentreprisekontrakt om prosjektering og utbygging av turveier i Arendal bymark øst. Klagen gjaldt Arendal kommune (heretter *innklagede*) sin beslutning om å tildele SO Anlegg AS (heretter *valgte leverandør*) kontrakten. Grunnlaget for avvisningen var at sekretariatet fant klagen uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9, fordi den klart ikke kunne føre frem.

Klager har i rett tid påklaget avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen.

Sakens bakgrunn:

Innklagede kunngjorde 19. november 2018 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en totalentreprisekontrakt om prosjektering og utbygging av turveier i Arendal bymark. Kontrakten skulle ha en varighet på nesten 2 år og 8 måneder.

Det var i konkurransegrunnlaget pkt. 3.1 stilt følgende kvalifikasjonskrav:

«Tilbyder må påvise tilfredsstillende økonomisk soliditet for gjennomføring av oppdraget».

Dokumentasjonskravet var angitt slik:

«Kredittvurdering/-rating utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon ikke eldre enn 6 måneder og som baserer seg på siste kjente regnskapstall».

Postadresse:

Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@knse.no

www.klagenemndssekretariatet.no

Det fremgikk ellers av konkurransegrunnlaget at kontrakt ville bli tildelt tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, hvor pris skulle vektes 70 % og kvalitet 30 %.

Innklagede mottok tilbud fra seks leverandører. Valgte leverandør fikk en samlet beste poengscore på 9,28, mens klager fikk 8,8 og ble rangert som nummer to. Klager var best på pris.

Klagen er begrunnet med at innklagede skulle ha avvist valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet.

Klagenemndssekretariatet avviste klagen 29. mai 2020 med den begrunnelse at klagen var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda siden klagen, etter sekretariatets oppfatning, klart ikke kunne føre frem, jf. § 9 i klagenemndsforskriften.

Klagenemndssekretariatet har i avvisningsvedtaket gitt en fremstilling av saken og hvorfor de mener klagen klart ikke kan føre frem.

Klager har påklaget avvisningsvedtaket 4. juni 2020.

Klager har i korthet anført:

Klager har særlig anført at innklagedes skjønnsmessige utforming av kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet ikke fritar innklagede fra å måtte foreta en konkret vurdering av den innleverte dokumentasjonen sett opp mot kontraktens art og omfang. Klagen gjelder rettsanvendelsen, og innklagedes tolkning av kvalifikasjonskravet kan overprøves.

Det er ikke riktig, som innklagede hevder, at det er opp til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å fastlegge terskelen for oppfyllelsen. Terskelen fastlegges i og med utformingen av kvalifikasjonskravet, og ikke på det tidspunkt oppdragsgiver faktisk vurderer leverandørenes kvalifikasjoner. Hvilken terskel som skal legges til grunn, beror på en objektiv fortolkning av kvalifikasjonsgrunnlaget.

Oppdragsgiver er bundet av den terskelen som fastsettes etter en objektiv tolkning av kvalifikasjonskravet. Innklagede har vurdert kvalifikasjonskravet på grunnlag av kredittrapporten som er innlevert, men uten å vurdere hvilke tall rapporten baserer seg på. Kvalifikasjonskravet er dermed ikke vurdert på bakgrunn av den konkrete anskaffelsen.

Det er ikke en utpreget skjønnsmessig vurdering som skal foretas. Saken er egnet for behandling av klagenemnda, ved at det tas stilling til rettsanvendelsen og tolkningen av det konkrete kvalifikasjonskravet.

Klagen over avvisningsvedtaket har ikke vært forelagt innklagede.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndas leder, Nyhus, har gått gjennom sakens dokumenter og vurdert klagers anførsler til avvisningsvedtaket, men er kommet til samme resultat som sekretariatet.

Sekretariatet har gitt en riktig fremstilling av saken, og nemndsleder kan tiltre den begrunnelsen som er gitt for avvisningen.

Klagen gjelder spørsmålet om innklagede har lagt til grunn feil rettsanvendelse ved at kvalifikasjonskravet ikke er tolket riktig. Mer konkret hevdes det at innklagede ikke har lagt tilstrekkelig høy terskel til grunn for oppfyllelse av det aktuelle kvalifikasjonskravet.

Når det gjelder tolkningen av det konkrete kvalifikasjonskravet – tilfredsstillende økonomisk soliditet for gjennomføring av oppdraget – viser nemndsleder til at tolkningen beror på en lang rekke momenter. Utgangspunktet er hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravet ut fra en språklig forståelse av formuleringen av kravet sammenholdt med formålet med bestemmelsen, systembetragtninger og andre reelle hensyn. Innholdet i kvalifikasjonskravet må også fastlegges under henvisning til dokumentasjonskravet, hva kontrakten går ut på, herunder kravspesifikasjonen og øvrige kontraktsdokumenter. Det vises her til LB-2018-152914 og øvrige rettskilder som der er nevnt.

Nemndsleder kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å fastslå at innklagede har tolket det aktuelle kvalifikasjonsvilkåret feil, og klagers anførsel om at innklagede skal ha vurdert kvalifikasjonskravet på grunnlag av kredittrappen uten å vurdere hvilke tall rapporten baserer seg på, kan ikke føre frem. Nemndsleder bemerker særskilt at det ikke er anført at vurderingen av kvalifikasjonskravet ikke er tilstrekkelig begrunnet.

Nemndsleder er ellers enig med innklagede i at det hører inn under oppdragsgivers skjønn å ta stilling til hvilket nivå kvalifikasjonene må ligge på for å oppfylle kravet, dersom det, som i denne saken, ikke uttrykkelig er presisert i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget hvilket nivå kvalifikasjonen må ligge på for å oppfylle kravet, jf. også her LB-2018-152914. I denne saken var det tilstrekkelig å påvise at det konkrete kvalifikasjonskravet var «tilfredsstillende».

Nemndsleder er etter dette enig med klagenemndssekretariatet i at det er klart at innklagede ikke har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, jf. anskaffelsesforskriften § 9-5 første ledd bokstav a.

Klagen over avvisningsvedtaket tas etter dette ikke til følge, jf. klagenemndsforskriften § 9 første ledd.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Denne avgjørelse sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Sverre Nyhus
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Advokatfirmaet Hammervoll Pind AS

*Postadresse*Postboks 6613 St Olavs
plass*Poststed*0129 OSLO
Norge*Kontakt/e-post*Majken Elisabeth Bie
post@hammervollpind.no*Kopi til:*

Advokatfirma Tofte DA

Postboks 759

4666 Kristiansand
NorgeKjell Fredvik
kf@advtofte.no



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Advokatfirmaet Hammervoll Pind AS
Postboks 6613 St Olavs plass
0129 OSLO
Norge
Majken Elisabeth Bie

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0462-9

Saksbehandler: Maja Summerfield Myhre

Dato: 29.05.2020

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 16. juli 2019 på offentlig anskaffelse av en totalentreprisekontrakt om prosjektering og utbygging av turveier i Arendal bymark øst. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Arendal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 19. november 2018 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en totalentreprisekontrakt om prosjektering og utbygging av turveier i Arendal bymark øst. Kontrakten skulle ha en varighet fra 18. februar 2019 til 1. oktober 2021. Tilbudsfrist var 20. desember 2018.

- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2, ble oppdraget beskrevet på følgende måte:

«Totalentreprisen omfatter blant annet prosjektering av turveier og belysning. Utførelse av hogst, grunnarbeider, lysanlegg, turvei-oppbygging med nødvendig overvannshåndtering. Skogsbilvei-klasse 3 med modifikasjoner skal legges til grunn som dimensjoneringsgrunnlag.

Tilbudsbefaring vil bli gjennomført 29. og 30. november. Det settes av to dager for å være sikker på å rekke over alle traseene. [...]»

- (3) I konkurransegrunnlagets punkt 3.1 ble det stilt krav til leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet. Kravet var beskrevet på følgende måte:

A: Kriterier	B: Krav	C: Dokumentasjonskrav	D: Dokumentasjon
--------------	---------	-----------------------	------------------

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakt	Tilbyder må påvise tilfredsstillende Økonomisk soliditet for gjennomføring av oppdraget	Kredittvurdering/-rating utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon ikke eldre enn 6 måneder og som baserer seg på siste kjente regnskapstall.	Vedlegges tilbudet Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å innhente egen kredittvurdering.
--	---	---	---

- (4) Kontrakten ville ifølge konkurransegrunnlaget bli tildelt tilbudet med «*det beste forholdet mellom pris og kvalitet*», ut fra tildelingskriteriene «*Pris*» (70 prosent) og «*Kvalitet*» (30 prosent).
- (5) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra seks leverandører, herunder fra NRC Anlegg AS (tidligere Hag Anlegg AS) (heretter *klager*) og SO Anlegg AS (heretter *valgte leverandør*).
- (6) Klager hadde i sitt tilbud oppgitt en totalpris på 35 289 790 kroner ekskl. mva. Valgte leverandør hadde oppgitt en totalpris på 37 697 780 kroner ekskl. mva.
- (7) Innklagede meddelte i brev av 10. januar 2019 at valgte leverandør ble tildelt kontrakten. Av brevet fremgikk det at klager hadde oppnådd til sammen 8,8 poeng mot valgte leverandørs 9,28 poeng. Poengoversikten viste at klagers tilbud var vurdert som best på priskriteriet, med 7 poeng, mot 6,58 poeng til valgte leverandør. På kriteriet «*Kvalitet*» hadde klagers tilbud fått 1,8 poeng, mot valgte leverandørs 2,7 poeng. Det var opplyst i brevet at «*[...] ingen tilbydere ble avvist*».
- (8) Klager rettet en henvendelse til innklagede 14. januar 2019, og ba innklagede redegjøre for:
- «1) Hvilke kvantitative krav har Arendal Kommune lagt til grunn ved vurdering av Kvalifikasjonskrav 3.1 "Økonomisk kapasitet" i denne konkurransen?
- 2) Hvilke vurderinger av "Økonomisk kapasitet" er gjort av vinnende tilbyder i denne konkurransen?»
- (9) Innklagede besvarte henvendelsen 15. januar 2019:
- «1. For å skape de beste konkurranseforholdene for både mindre og større aktører har Oppdragsgiver i denne konkurransen vurdert leverandørenes økonomiske soliditet for gjennomføring av oppdrag gjennom kredittvurdering/-rating, jfr. dokumentasjonskrav. Det er ikke oppstilt spesifikke minimumskrav til økonomisk kapasitet for denne konkurransen.
2. Kredittvurdering/-rating viser at vinner har score «beste kredittverdighet». En revisoruttalelse underbygger [at] foretakets økonomi er solid, og vinner er kvalifisert.»
- (10) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av henholdsvis 13. mars, 11. april og 9. mai 2019. Innklagede avviste klagen i brev av henholdsvis 3., 24. april og 24. mai 2019. I brevet datert 3. april 2019 stod det:

«Når det gjelder SO Anlegg as rent konkret så fremla SO Anlegg kredittvurdering fra KMinfo.no datert 17.12.18 hvor nevnte foretak hadde «beste kredittverdighet: lav risiko».

I tillegg fremla SO en uttalelse fra regnskapsfører, (brev fra Regnskapssentralen as datert 18.12.18) hvor det fremkommer at SO Anlegg tidligere het Støylen Miljøentreprenør as, men fra 01.01.18 slo seg sammen med SO Maskin (tidligere Odden Maskin), hvilket innebærer at regnskapet for 2017 er lite representativt for selskapet og dets soliditet. Det skal her bemerkes at SO Anlegg har samme organisasjonsnummer (979739117) som tidligere Støylen Miljøentreprenør, slik at regnskapet for de foregående år kun viser resultatene for den ene halvdel av foretaket, og er derfor som bekreftet av regnskapsfører lite representativt for SO Anlegg as.

Regnskapsfører ved Regnskapssentralen skriver også i brevet at SO Anlegg har 7 ansatte og forventer en omsetning i år (2018) på 17-18 millioner kroner.»

- (11) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 8. februar 2019.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. juli 2019.

Sekretariatets vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder prosjektering og utbygging av turveier i Arendal, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 40 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (15) Det følger av forskriften § 9-5 første ledd bokstav a at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (16) Innklagede stilte i konkurransegrunnlaget punkt 3.1 krav om at leverandørene hadde tilfredsstillende økonomisk soliditet for gjennomføring av oppdraget. Kravet skulle dokumenteres gjennom en kredittvurdering/-rating. Det var ikke stilt minimumskrav til leverandørenes kredittrating.
- (17) Slik kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet er utformet, legger det opp til en utstrakt skjønnsmessig vurdering av leverandørenes økonomiske kapasitet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Denne vurderingen av om leverandørene har dokumentert en «tilfredsstillende» økonomisk soliditet for å gjennomføre oppdraget, kan i begrenset grad overprøves rettslig.
- (18) Vedlagt valgte leverandørs tilbud fulgte det en kreditt-/anbudsrapport datert 30. juli 2018. Det fremgikk av denne at valgte leverandør hadde «Beste kredittverdighet: Lav risiko». Rapporten viste regnskapstall for foregående år, hvor det fremgikk at selskapet hadde en omsetning på 3 745 000 kroner i 2017, 2 542 000 kroner i 2016, 2 208 000 kroner i 2015 og 2 383 000 kroner i 2014. Av nøkkeltallsanalysen i rapporten gikk det frem at valgte leverandør hadde en soliditet på 26,5 % i 2017. Vedlagt tilbudet fulgte også en uttalelse

fra regnskapsfører datert 18. desember 2018, hvor det gikk frem at selskapet hadde en forventet omsetning i 2018 på 17-18 millioner kroner.

- (19) Innklagede vurderte det slik at valgte leverandør med dette hadde dokumentert en tilfredsstillende økonomisk soliditet for gjennomføring av oppdraget, og at selskapet dermed oppfylte det aktuelle kvalifikasjonskravet.
- (20) Klagers anførsler gir ikke grunnlag for å tilsidesette denne vurderingen.
- (21) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften § 9-5 første ledd bokstav a, fører med dette ikke frem.
- (22) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Peter Aadland
Seniorrådgiver

Maja Summerfield Myhre
Førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Advokatfirmaet
Hammervoll Pind AS

Postadresse

Postboks 6613 St Olavs plass

Poststed

0129 OSLO
Norge

Kontakt/e-post

Majken Elisabeth Bie
post@hammervollpind.no

Kopi til:

Advokatfirma Tofte DA

Postboks 759

4666 Kristiansand
Norge

Kjell Fredvik
kf@advtofte.no