



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tildelingsevaluering, Avvisning av tilbud, Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av nytt idrettsgulv i Landåshallen og i gymsalen på Aurdalslia skole. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved verken å prise avviket i valgte leverandørs tilbud eller å avvise tilbudet. Klager anførte også at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen. Samtlige av klagers anførsler var allerede behandlet av tingretten i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. Klagenemnda fant i likhet med tingretten at klagers anførsler om at valgte leverandør skulle ha vært avvist, ikke førte frem. Klagers anførsler om avvik i tilbudet ble avvist som uhensiktsmessige for behandling i klagenemnda som følge av at spørsmålet hadde vært gjenstand for umiddelbar bevisføring i tingretten.

Klagenemndas avgjørelse 26. januar 2021 i sak 2020/205

Klager: Egas Sport AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Elisabeth Wiik, Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

(1) Bergen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 18. desember 2019 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av nytt idrettsgulv i Landåshallen og i gymsalen på Aurdalslia skole. Tilbudsfristen var 16. januar 2020.

(2) Anskaffelsen var i kunngjøringen beskrevet på følgende måte:

«På grunn av slitasje og skader har Bergen kommune besluttet å skifte ut gulvene i Landåshallen og i gymsalen på Aurdalslia skole. Det skal for begge hallene etableres et nytt slitesterkt flateelastisk idrettsgulv, lagt på eksisterende betongdekke.»

(3) Kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget stilte følgende krav til tilbyders «Economic and financial standing (økonomiske og finansielle kapasitet)»:

«Foretaket skal ha en tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre oppdraget.»

(4) Det var oppstilt følgende dokumentasjonskrav:

«Oppdragsgiver vil innhente informasjon angående foretakets økonomiske og finansielle kapasitet via Proff Forvalt (foretak som har levert regnskap til Brønnøysundregistrene er registrert gjennom Proff Forvalt). Dersom informasjonen på Proff Forvalt ikke er korrekt, eller det er nødvendig med supplerende informasjon for å belyse foretakets økonomiske og finansielle situasjon, kan dette leveres. Alle innleverte og eventuelt innhentede opplysninger vil danne grunnlag for en helhetsvurdering av om

kvalifikasjonskravet er oppfylt. Utenlandske firma: Foretakets to siste revisorgodkjente årsregnskap.»

- (5) Videre var det stilt krav til tilbydernes «*Technical and professional ability (tekniske og faglige kvalifikasjoner)*»:

«Foretaket skal ha erfaring fra relevante oppdrag.»

- (6) Det var oppstilt følgende dokumentasjonskrav:

«Foretakets relevante oppdrag fra de siste fem årene, utfylt i mal for referanseliste. Valgte leverandør vil bli tilsendt mal for referanseliste for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Der foretaket ikke selv har de nødvendige kvalifikasjoner, men hvor de støtter seg på andre leverandører for å bli kvalifisert, må tilsvarende dokumentasjon for disse fremlegges.»

- (7) Av dokumentet «*Oppdragsbeskrivelse*» punkt 1 gikk det frem at «*[p]rosjektet gjennomføres i en totalentreprise.*» Det gikk videre frem av punkt 3 at NS 8407:2011 skulle gjelde som generelle kontraktsbestemmelser.

- (8) Kontrakten skulle tildeles leverandøren med den laveste tilbudsprisen. Ifølge funksjonsbeskrivelsen skulle tilbyder gi komplett pris på rivning/fjerning av eksisterende idrettsgulv og levering av nytt idrettsgulv.

- (9) To leverandører ga tilbud innen fristens utløp: Bergen Parkettservice AS (heretter *valgte leverandør*) og Egas Sport AS (heretter *klager*).

- (10) Valgte leverandør hadde i sitt tilbud tatt følgende forbehold:

«Vi tar forbehold om eventuelt, Fukt i undergulv og andre mangler i opprinnelig konstruksjon, som må utbedres. Konsekvens blir da tid og kostnad.»

- (11) Klager leverte tilbud med totalpris på 2 346 272 kroner, ekskl. mva. Valgte leverandørs totale tilbudspris var 2 291 280 kroner, ekskl. mva.

- (12) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør 3. februar 2020.

- (13) Klager påklaget tildelingen 7. februar 2020. Klagen ble ikke tatt til følge.

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. februar 2020. Klager begjærte midlertidig forføyning til Bergen tingrett samme dag. Begjæringen ble forkastet ved kjennelse avsagt 17. august 2020.

- (15) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 6. mars 2020.

- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. januar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene til finansiell og økonomisk kapasitet, samt tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (18) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å prise inn forbeholdet i valgte leverandørs tilbud ved evalueringen. Ut fra oppdragsbeskrivelsen må kontraktsgrunnlaget forstås slik at leverandørene skulle ha risikoen for fukt og mangler i den opprinnelige konstruksjonen og i undergulvet. Valgte leverandørs forbehold utgjør dermed et avvik fra anskaffelsesdokumentene. Avviket har økonomisk betydning og skulle derfor ha vært priset inn.
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at det inneholder et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Ettersom forbeholdet ikke ble priset inn utgjør det en risikoforskyvning som medfører at valgte leverandørs tilbud ikke er sammenlignbart med klagers tilbud.
- (20) Klagenemnda bes om å ta stilling til om vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse, subsidiært negativ kontraktsinteresse, foreligger.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det bestrides at regelverket er brutt.
- (22) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene for konkurransen og skulle dermed ikke ha vært avvist.
- (23) Oppdragsgiver hadde risikoen for de forhold ved det fysiske arbeidsgrunnlaget som forbeholdet i valgte leverandørs tilbud angår. Forbeholdet i valgte leverandørs tilbud hadde derfor ingen reell betydning, og utgjør dermed ikke et avvik fra anskaffelsesdokumentene.

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 totalentreprise for utskifting av gulv i to idrettshaller, og er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke estimert. 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (25) Klager anfører at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen, som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (26) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».

- (27) Klager viser for det første til at konkurransegrunnlaget stiller som kvalifikasjonskrav at *«[f]oretaket skal ha en tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre oppdraget.»* Klager har innvendt at selv om valgte leverandørs kredittvurdering er god, så består selskapet av kun to ansatte, og hadde en total omsetning i 2018 på ca. 3,2 millioner kroner. Ifølge klager kan ikke dette anses som tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre et oppdrag med en kontraktssum på ca. 2,2 millioner kroner.
- (28) Klagenemnda er ikke enig i at kvalifikasjonskravet må forstås slik at det stilles denne typen krav til årlig omsetning og antall ansatte. Innklagede har redegjort for at man i vurderingen la vekt på at tilbyderer hadde en årlig omsetning som klart overstiger kontraktsverdien, og at selskapets kredittvurdering var god. De forholdene klager har påpekt gir ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har gått utenfor de rettslige rammene for vurderingen av valgte leverandørs økonomi. Dette ble også resultatet i tingrettens kjennelse.
- (29) Klager har videre anført at valgte leverandør ikke oppfyller kravet om *«erfaring fra relevante oppdrag»*. Det er i den forbindelse vist til at valgte leverandør ikke har referanseoppdrag med samme verdi som det foreliggende.
- (30) Klagenemnda er ikke enig med klager i at det er oppstilt et krav om erfaring fra oppdrag med samme verdi. I likhet med tingretten, finner nemnda at det aktuelle kvalifikasjonskravet kunne oppfylles gjennom erfaring fra flere liknende oppdrag med lavere kontraktsverdi, slik valgte leverandør har gjort.
- (31) Klagers anførsler om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fører ikke frem.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (32) Klager anfører at valgte leverandørs forbehold mot fukt i betongunderlaget utgjorde et avvik fra anskaffelsesdokumentene, som innklagede skulle ha priset ved evalueringen av tilbudene. Verdien av avviket overstiger ifølge klager den prismessige differansen mellom tilbudene, slik at klager ville ha vunnet konkurransen dersom innklagede hadde priset avviket. Subsidiært, dersom avviket ikke kunne prissettes, anfører klager at avviket er et vesentlig avvik, slik at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, jf. forskriften § 9-6 (1) bokstav b).
- (33) Hvorvidt valgte leverandørs tilbud inneholdt et avvik, avhenger av anskaffelsesdokumentenes plassering av risikoen for fukt i betongunderlaget. Risikoplasseringen i foreliggende sak følger av NS 8407, pkt. 22.3, som gjelder totalentreprenørens arbeidsgrunnlag. I bestemmelsens andre ledd heter det:
- «Byggherren bærer risikoen for at det fysiske arbeidsgrunnlaget er slik totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig.»*
- (34) Klager har anført at bestemmelsen plasserer risikoen for kjent fuktproblematikk hos entreprenøren, og at tilbyderne i denne konkurransen var kjent med mulige fuktproblemer i betongunderlaget. Det er i den forbindelse gjort gjeldende at fuktproblemer var et tema på befaringen.

- (35) I tingretten var spørsmålet om eventuelle fuktproblemer var noe leverandørene hadde grunn til å regne med, jf. NS 8407 pkt 22.3, gjenstand for umiddelbar bevisføring. Klagenemnda mener at tvist om hva som ble sagt og ikke sagt under synfaringen og i hvilken grad tilbyderne var kjent med mulige fuktproblemer i betongunderlaget, ikke er egnet for skriftlig behandling. Klagers anførsel knyttet til dette blir derfor avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Konklusjon:

Bergen kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør. Klagers øvrige anførsler ble avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk