



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avklaring eller retting av tilbud. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av skilt og foliering til bygg og kjøretøy. Klagenemnda kom til at det ikke forsvarlig kunne legges til grunn at valgte leverandør kunne støtte seg på underleverandørene angitt i tilbudet. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet for gjennomføring av kontrakten».

Klagenemndas avgjørelse 15. juni 2020 i sak 2020/254

Klager: Profil Grafisk AS

Innklaget: Innlandet fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Halvard Fredriksen Haukeland og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

(1) Innlandet fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. januar 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av skilt og foliering til bygg og kjøretøy i forbindelse med fylkessammenslåingen av Hedmark og Oppland til nye Innlandet fylkeskommune. Tilbudsfrist var angitt til 21. februar 2020.

(2) Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 estimert til mellom 3 og 5 millioner kroner.

(3) Om avtaleperioden ble det i konkurransegrunnlaget punkt 1.6 oppgitt:

«Selve hovedleveransen skal gjennomføres de første månedene etter avtaleinngåelse. Det vil deretter være behov for etterbestilling av skilt/foliering i 2-4 år».

(4) I konkurransegrunnlaget punkt 6.3 «Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner» krav «b» ble det opplyst følgende:

«Leverandøren skal ha tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet for gjennomføring av kontrakten.

Dokumentasjonskrav: Redegjørelse for leverandørens organisering og ressurser (medarbeidere og utstyr) for gjennomføring av kontrakten».

(5) Konkurransegrunnlaget punkt 6.4 om «Bruk av andre foretaks ressurser (underleverandører)» fremgikk det at dersom leverandøren støttet seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene skulle det fremlegges dokumentasjon på at leverandøren har rådighet over nødvendige ressurser hos

underleverandør. Det fremgikk videre at dersom en leverandør støttet seg på kapasiteten til andre virksomheter for en del III-anskaffelse skal virksomhetene levere separate elektroniske egenerklæringer.

- (6) Tilbudene ville bli vurdert ut fra tildelingskriteriene «Pris» (40 prosent), «Gjennomføring av leveransen» (40 prosent) og «Funksjoner og egenskaper utover kravspesifikasjonen» (20 prosent).
- (7) Tolv leverandører leverte tilbud, herunder Imagon AS (heretter *valgte leverandør*) og Profil Grafisk AS (heretter *klager*). Tre av tilbudene ble avvist.
- (8) I valgte leverandørs tilbud under «Montering av skilt og folie – gjennomføring av demontering og montering av skilt og folie» fremgikk det i punkt 1.0 «Montasjeparter» at «Montasjen på hovedutrulling er planlagt gjennomført ved bruk av ressurser fra:

Imagon AS

Inge Kjær Skiltmontasje

Borgund & Co AS

BS Montasje

Kjetil Mork Montasje»

- (9) Videre det i punkt 1.1 «Økonomi og gjennomføringsevne» opplyst:

«Imagon AS hadde i 2018 en omsetning på 42,7 millioner og et resultat på 2,8 millioner før skatt.

Imagon AS har 1 fast ansatt montør. I tillegg har vi et tett og omfattende samarbeide med montasjeselskap i Norge og Norden som benyttes ved større komplekse oppdrag. Imagon AS og samarbeidende montører har god kapasitet til å gjennomføre det aktuelle prosjektet, både administrativt og på montørsiden».

- (10) I brev av 28. februar 2020 meddelte innklagede at de hadde til hensikt å inngå avtale med valgte leverandør. Av tildelingsbrevet fremgikk det følgende om evalueringen av tilbudene:
- (11) I anskaffelsesprotokollen under overskriften «Forplikelseerklæring» fremgår følgende, protokollen er datert 28. februar 2020, men ikke underskrevet:

«Kommentar fra leverandør

Imagon har alt i eget hus og vil ikke støtte seg på underleverandører».

- (12) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev datert 11. og 15. mars 2020. Klagene førte ikke frem.
- (13) Innklagede innhentet forpliktelserklæringer og ESPD-skjema fra Imagon OY, Inge Kjær Skiltmontasje, Borgund & Co AS, BS Montasje og Kjetil Mork Montasje. Erklæringene er datert 17. og 18. mars 2020.

- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. mars 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelsen vil bli utsatt til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. juni 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Valgte leverandør skal avvises fra konkurransen ettersom selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a), ettersom det ikke var adgang til å ettersende forpliktelseserklæringer og ESPD-skjema for underleverandørene som valgte leverandør støttet seg på for å oppfylle kvalifikasjonskravene, jf. anskaffelsesforskriften § 23-5.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Valgte leverandør har dokumentert nødvendig kapasitet og gjennomføringsevne, både i selve tilbudet og gjennom ettersendt dokumentasjon fra underleverandører. Valgte leverandør støttet seg på fire montasjefirmaer for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet. Disse firmaene er imidlertid navngitt i valgte leverandørs tilbud og det fremgår klart at de hadde stilt sine ressurser til disposisjon for oppdraget. Ettersendingen medførte dermed ikke at tilbudet ble forbedret.
- (18) Basert på det resultatet klagenemnda er kommet til nedenfor, finner ikke nemnda grunn til å gjengi partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en avtale for levering av skilt og foliering til bygg og kjøretøy som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i estimert til mellom 3 og 5 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

- (20) Klager anfører at innklagede skulle ha avvist valgte leverandør da valgte leverandør ikke oppfylder kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet for gjennomføring av kontrakten.
- (21) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a) at «oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfylder kvalifikasjonskravene».
- (22) Konkurranses grunnlaget stilte som kvalifikasjonskrav at leverandøren skal ha «tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet for gjennomføring av kontrakten». Som dokumentasjonskrav ble det bedt om en «redegjørelse for leverandørens organisering og ressurser (medarbeidere og utstyr) for gjennomføring av kontrakten».
- (23) For klagenemndas prøving av innklagedes anvendelse av de kvalifikasjonskrav som innklagede selv har valgt å stille opp, må vurderingstemaet være hvordan en rimelig

opplyst og normalt påpasselig tilbyder ville forstå kravene for deltakelse i konkurransen, jf. de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4. Omfanget av oppdragsgivers skjønn knyttet til kvalifikasjonskravene, vil følgelig avhenge av hvilke krav oppdragsgiver har valgt å stille, og hvordan disse er formulert.

- (24) I vurderingen av hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ville forstå kvalifikasjonskravene vil ordlyden naturlig nok stå i sentrum, men den må tolkes i lys av kvalifikasjonskravenes formål, tilhørende dokumentasjonskrav, anskaffelsens karakter og de nærmere krav oppdragsgiver har stilt til den.
- (25) Under overskriften «*Forpliktelseserklæring*» skrev innklagede i anskaffelsesprotokollen at «*Imagon har alt i eget hus og vil ikke støtte seg på underleverandører*». Ved kvalifikasjonsvurderingen forut for tildelingsbeslutningen la dermed innklagede til grunn at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet uten å støtte seg på andre.
- (26) Etter å ha mottatt klage innhentet innklagede forpliktelseserklæring og ESPD-skjema fra fire selskaper valgte leverandør skulle benytte som underleverandør til montering. Klagenemnda forstår det slik at innklagede med dette var enig med klager om at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet på egenhånd. Kvalifikasjonsvurderingen forut for tildelingsbeslutningen var dermed i strid med forskriften § 24-2 (1) a.
- (27) Innklagede har imidlertid i ettertid innhentet forpliktelseserklæring og ESPD-skjema fra de fire nevnte underleverandørene.
- (28) Forpliktelseserklæringene og ESPD-skjemaene er datert 17. og 18. mars 2020, altså etter tildelingsbeslutningen og dermed også etter tilbudsfristen. Klagenemnda har i tidligere saker, blant annet sak 2015/83 og sak 2019/342 lagt til grunn at det er adgang til å foreta avklaringer etter tildelingsbeslutningen for å rette feil ved tildelingsbeslutningen. Slike avklaringer må imidlertid ikke være i strid med kravet til gjennomsiktighet og likebehandling.
- (29) Det følger av forskriften § 23-5 (1) at en oppdragsgiver kan «*skriftlig be leverandørene ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler*», samtidig som det presiseres i bestemmelsen andre ledd at dette ikke skal «*medføre at tilbudet forbedres*».
- (30) EU-domstolen behandlet spørsmålet om hvorvidt oppdragsgiveren kunne vektlegge dokumentasjon på at et annet selskap ville stille sine ressurser til disposisjon slik at leverandøren var kvalifisert i avgjørelsen C-387/14 *Esaprojekt*. EU-domstolen påpekte at det ikke kunne være tale om en tillatt presisering eller korrigering dersom tilbyder støtter seg på et nytt selskap. Dette ville tvert imot være en endring av kvalifikasjonssøknaden i strid med kravet til likebehandling.
- (31) Ettersendingen av ESPD-skjemaene og forpliktelseserklæringene i vår sak forutsetter derfor at det fremgikk av den opprinnelige besvarelsen av kvalifikasjonskravene at valgte leverandør mente å støtte seg på de aktuelle ressursene, og at de aktuelle ressursene mente å avgi støtte.

- (32) Ut fra hvordan innklagede har opplyst saken, forstår klagenemnda det slik at de fire montørene ikke var nevnt i valgte leverandørs besvarelse av kvalifikasjonskravene. I besvarelsen av tilbudet var imidlertid disse fire firmaene listet opp i tilbudte plan for «*Montering av skilt og folie*» og ved presentasjonen av valgte leverandørs prosjektorganisasjon.
- (33) Selv om valgte leverandør ikke nevnte de de fire montørene i besvarelsen kvalifikasjonskravene finner klagenemndas under tvil at det samlet sett fremgikk tilstrekkelig klart av tilbudet at valgte leverandør mente å støtte seg på disse selskapene i kvalifikasjonsvurderingen.
- (34) Det gjenstående spørsmålet for klagenemnda er om det fremgår at de aktuelle ressursene mente å forplikte seg til å avgi støtte. Dette kan konstateres på forskjellige måter. I sak 2019/526 fant nemnda at et enkeltpersonforetak hadde ment å avgi støtte, da daglig leder hos tilbyder, som hadde forfattet og signert tilbudet, samtidig var eier av enkeltpersonforetaket som hadde ment å avgi støtte. For å konstatere at et foretak har ment å avgi støtte, er nemnda av den oppfatning at et minstevilkår er at det ut fra en tolkning av tilbudet fremstår sannsynlig at selskapet som avgir støtte er kjent med at det er en del av tilbudet. Dette kan eksempelvis fremgå ved at det er lagt frem opplysninger om selskapet eller dokumentasjon fra selskapet som trolig må ha kommet fra selskapet selv.
- (35) I denne saken er de fire selskapene kun opplistet ved navn og uten at det er gitt noen ytterligere opplysninger om selskapene. Klagenemnda mener da at det ikke er et tilstrekkelig grunnlag for å kunne konkludere med at disse ressursene har ment å avgi støtte.
- (36) Da det ikke forsvarlig kan legges til grunn at valgte leverandør kan støtte seg på de fire ressursene, oppfyller ikke valgte leverandør kvalifikasjonskravet og skal avvises fra konkurransen, jf. forskriften § 24-2 (1) a.
- (37) Klagenemnda tilføyer at man ikke kan se at innklagede ut fra den ettersendte dokumentasjonen forsvarlig kan vurdere at de fire montasjeverandørene har ressurser som stilles til rådighet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «*tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet for gjennomføring av kontrakten*».
- (38) I selve forpliktelseserklæringene som er utformet med en standard tekst er det angitt: «*Det bekreftes at nevnte underleverandør forplikter seg til å stille nødvendige ressurser til disposisjon for nevnte tilbyder i det omfang det er nødvendig for å oppfylle nevnte tilbyder sine kontraktsforpliktelser*». Det fremgår ikke ut fra dette hvilket kvalifikasjonskrav tilbyderen mener å bistå med å oppfylle, og heller ikke hvilke ressurser tilbyderen stiller til rådighet.
- (39) Den delen av ESPD-skjemaene for de fire støttende selskapene som er fremlagt av innklagede, er besvarelsen av del III avvisningsgrunner. Det sies der ikke noe om hvilke ressurser de fire selskapene har og som stilles til rådighet.
- (40) Innklagede har heller ikke fremlagt noen dokumentasjon for at man i tråd med forskriften § 17-1 (5) basert på disse ESPD-skjemaene har innhentet den underliggende dokumentasjonen som viser at disse fire selskapene har aktuelle ressurser.

- (41) Bruddet på regelverket gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforskriften § 13.
- (42) Sett hen til det resultatet klagenemnda har kommet til, finner ikke klagenemnda grunn til å behandle klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket.

Konklusjon:

Innlandet fylkeskommune har brutt forskriften § 24-2 (1) a, ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk