



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker

Advokatfirma Folkman AS
Postboks 230
4892 GRIMSTAD
Norge
Anders Folkman

Deres ref.:

Vår ref.: 2021/0079-13

Saksbehandler: Maja Summerfield Myhre

Dato: 16.06.2021

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 18. januar 2021 på offentlig anskaffelse av totalentreprenør til oppføring av veksthus og opparbeiding av utenomhusområde. 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) Statsbygg (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. november 2020 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør til oppføring av veksthus og opparbeiding av utenomhusområde. Tilbudsfrist var satt til 4. desember 2020.
- (2) I kunngjøringen punkt II.2.4 var det gitt en kort beskrivelse av anskaffelsen:
«Oppdraget omhandler nytt overvintring-/veksthus med arbeidsrom (ca. BTA 350 m2) som erstatter eksisterende veksthus. I tillegg skal utomhusområde opparbeides.»
- (3) Blant kvalifikasjonskravene var det oppstilt følgende krav til leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet:
«Det kreves at tilbyder har tilfredsstillende økonomisk gjennomføringsevne. Omsetningens størrelse, sett i forhold til kontraktens verdi, kan bli vektlagt.»
- (4) Tilhørende dokumentasjonskrav var:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«Statsbygg vil gjennomføre en kredittvurdering av tilbyder. Tilbyder kan i tillegg bli bedt om å sende inn revisorbekreftede årsregnskaper, alternativt oppgi StartBANK ID.»

- (5) Det var også stilt krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Det kreves at tilbyder har tilstrekkelig erfaring fra oppdrag med overføringsverdi.»

- (6) Som dokumentasjon var det bedt om en beskrivelse av *«inntil 3 referanseprosjekter de siste 5 årene med overføringsverdi»*, med opplysninger om blant annet prosjektets størrelse i m² og kostnad, type bygg, oppdragets kontraktsverdi og firmaets oppgaver/rolle i prosjektet.
- (7) I punkt 4.1 i konkurransegrunnlaget var det angitt *«[f]or å kunne få sitt tilbud evaluert, må leverandøren levere egenerklæring på Statsbyggs mal om at han oppfyller samtlige av de kvalifikasjonskravene som er oppgitt nedenfor.»*
- (8) Av punkt 4.2 fremgikk:

«Statsbygg krever at når en leverandør støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet, er de solidarisk ansvarlig for utførelsen av kontrakten. Tilbydere som vil støtte seg på andre foretaks økonomiske og finansielle kapasitet for å bli kvalifisert, må godtgjøre at de reelt disponerer over de aktuelle ressurser ved en solidaransvarserklæring.

Statsbygg krever at når en leverandør støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til utdanning og faglige kvalifikasjoner eller kravene til relevant faglig erfaring, skal disse virksomhetene utføre tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som krever slike kvalifikasjoner. Tilbydere som vil støtte seg på andre foretaks tekniske eller faglige kapasitet eller kompetanse for å bli kvalifisert, må godtgjøre at de reelt disponerer over de aktuelle ressurser ved f eks en forside på signert avtale mellom partene eller egenerklæring fra underleverandør om at samarbeid er inngått.»

- (9) Tildeling av kontrakt skulle ifølge konkurransegrunnlaget skje på bakgrunn av kriteriene *«Pris»* (vektet 80 prosent) og *«Kvalitet»*, herunder *«Kompetanse og erfaring for tilbudt personell»* (vektet 20 prosent).
- (10) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra syv leverandører, herunder fra Aamodt Bygg AS (heretter *klager*) og Olav Eigeland AS (heretter *valgte leverandør*).
- (11) Valgte leverandør hadde i sitt tilbud oppgitt en samlet tilbudssum på 8 760 000 kroner ekskl. mva. Vedlagt tilbudet var det lagt ved en forpliktelseserklæring fra Sandsgapet AS, der det var krysset av for at valgte leverandør støttet seg på virksomheten for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om finansiell og økonomisk kapasitet.
- (12) Klager hadde i sitt tilbud oppgitt en samlet tilbudssum på 9 553 818 kroner ekskl. mva.
- (13) Innklagede meddelte i brev av 8. januar 2021 at kontrakt skulle tildeles valgte leverandør. Av brevet fremgikk det at *«[i]ngen tilbydere/tilbud er avvist.»* Videre fulgte en oversikt over poengfordelingen der det fremgikk at valgte leverandør hadde oppnådd best forhold mellom pris og kvalitet med vektet poengsum på 933. Klager ble innstilt som nummer tre, med en vektet poengsum på 902.

- (14) Klager påklagde tildelingen i brev av henholdsvis 13. og 18. januar 2021. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (15) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage av 18. januar 2021.
- (16) Kontrakt med valgte leverandør er opplyst inngått 12. februar 2021.

Sekretariatets vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av en totalentreprenør til oppføring av veksthus og opparbeiding av utenomhusområde, som er en bygg- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til 9 500 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (18) Spørsmålet er om valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (19) Det følger av forskriften § 9-5 første ledd bokstav a at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (20) Klager har prinsippalt anført at valgte leverandør ikke kunne støtte seg på en annen virksomhet for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (21) For anskaffelser som følger forskriften del III fremgår det av § 16-10 første ledd at en leverandør kan støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet, jf. § 16-3, og tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-5. Selv om forskriften del II ikke inneholder tilsvarende bestemmelser, er det antatt at en leverandør også for anskaffelser som følger denne delen av forskriften kan støtte seg på tredjemanns ressurser for å oppfylle kvalifikasjonskravene, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i 2011/191.
- (22) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det for øvrig klart at tilbyderne kunne støtte seg på andre virksomheter. I punkt 4.2 var det inntatt krav til dokumentasjon for å støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til henholdsvis økonomisk og finansiell kapasitet og til teknisk og faglige kvalifikasjoner. Vedlagt fulgte også et egenerklæringsskjema der leverandørene ble bedt om å fylle ut hvilke andre leverandører de støtter seg på for å bli kvalifisert.
- (23) Klagers anførsler knyttet til adgangen til å støtte seg på tredjemanns ressurser for å oppfylle kvalifikasjonskravene, kan klart ikke føre frem.
- (24) Klager har så anført at valgte leverandør ikke oppfyller konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner.

- (25) Innklagede stilte i punkt 4.2 krav om at leverandørene hadde tilfredsstillende økonomisk gjennomføringsevne. Under kravet var det opplyst at «*Omsetningens størrelse, sett i forhold til kontraktens verdi, kan bli vektlagt.*» Kravet skulle dokumenteres oppfylt gjennom en kredittvurdering av tilbyder. I tillegg kunne tilbyder «*bli bedt om å sende inn revisorbekreftede årsregnskaper, alternativt oppgi StartBANK ID.*»
- (26) Slik kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet er utformet, legger det opp til en utstrakt skjønnsmessig vurdering av leverandørenes økonomiske kapasitet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Vurderingen av om det er dokumentert en «*[t]ilfredsstillende*» økonomisk evne for å gjennomføre kontraktarbeidet, kan i begrenset grad prøves rettslig.
- (27) Det er riktig, slik som klager påpeker, at valgte leverandør i tilbudet opplyste at de støttet seg på ressursene til Sandsgapet AS for å oppfylle kravet til økonomisk og finansiell kapasitet. Det er også riktig at valgte leverandør har en synkende egenkapital fra 2017 til 2019.
- (28) Innklagede har imidlertid forklart at de vurderte det slik at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet alene, uten støtte fra Sandsgapet AS. Kredittvurderingen av valgte leverandør ga kredittrating «*AA – God kredittverdighet*» og «*tilfredsstillende*» på delbedømmelsen av økonomi. Sett i sammenheng med at valgte leverandør hadde en omsetning som var større enn 1,5 ganger kontraktens verdi, vurderte innklagede det slik at det var dokumentert en tilfredsstillende økonomisk evne for gjennomføring av kontraktarbeidet, og at selskapet dermed oppfylte det aktuelle kvalifikasjonskravet.
- (29) Klagers anførsler gir ikke grunnlag for å tilsidesette denne vurderingen.
- (30) Sekretariatet kan heller ikke se at det foreligger noen rettslige mangler ved vurderingen av at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det forhold klager viser til – at valgte leverandør ikke har tilbudt ingeniørkompetanse – er uten betydning for kvalifikasjonsvurderingen. Kravet var formulert som et krav om at leverandørene skulle ha «*tilstrekkelig erfaring fra oppdrag med overføringsverdi*», som skulle dokumenteres med en beskrivelse av «*inntil 3 referanseprosjekter de siste 5 årene med overføringsverdi*». Det var altså ikke stilt krav til ingeniørkompetanse for å være kvalifisert. I tillegg understrekes det at tilbydernes grad av oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ikke påvirker poengberegningen under tildelingskriteriene.
- (31) Klagers anførsler om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, fører med dette ikke frem.

Innsyn

- (32) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 7-3, ved ikke å utlevere dokumentasjon som etterspørres.
- (33) Til dette har innklagede forklart at klagers henvendelser i brev av henholdsvis 12. og 14. januar 2021 ble oppfattet som en anmodning om ytterligere begrunnelse for tildeling, og ble besvart deretter. Uansett finnes ikke den dokumentasjonen som etterspørres. Utover forpliktelseserklæringen som klager har fått innsyn i, eksisterer det ikke dokumentasjon som viser ytterligere relasjon mellom valgte leverandør og Sandsgapet AS.
- (34) Klagers anførsel kan klart ikke føre frem.

Tildeling/tildelingsevaluering

- (35) Klagers anførsel gjelder valgte leverandørs bruk av underleverandør for utførelsen av tjenesten, som i denne saken har betydning for graden av oppfyllelse av tildelingskriteriet «Kvalitet».
- (36) Konkurranses grunnlaget inneholdt et krav om dokumentasjon på rådighet over underleverandørens ressurser for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Det kan ikke utledes et tilsvarende krav for det tilfellet at en leverandør som selv oppfyller kvalifikasjonskravene, ønsker å trekke underleverandører inn i utførelsen av tjenestene.
- (37) Sekretariatet bemerker for øvrig at det er personellet som er tilbudt av valgte leverandør som skal evalueres under kvalitet; ikke ansatte i selskapet generelt.
- (38) Når det gjelder klagers anførsel om at tildelingen er i strid med forskriften § 8-11, har klager verken kommet med konkrete innsigelser til tildelingskriteriene eller til innklagedes evaluering av tilbudene opp mot tildelingskriteriene. Som nevnt ble samtlige leverandører kvalifisert, og kvalifikasjonsfasen må skilles fra tildelingsfasen.
- (39) Klagers anførsler knyttet til brudd på anskaffelsesregelverket ved tildelingsevalueringen, kan etter dette ikke føre frem.
- (40) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemnds forskriften § 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.

Line Rakner
Seniorrådgiver

Maja Summerfield Myhre
Rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker
Advokatfirma Folkman AS

Postadresse
Postboks 230

Poststed
4892 GRIMSTAD
Norge

Kontakt/e-post
Anders Folkman
anders@folkman.no

Kopi til:

Statsbygg

c/o Statsbygg Postboks
232 Sentrum

0103 OSLO
Norge

Christine Tandberg
Bugge
Christine.Tandberg.Bugge@statsbygg.no