



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse.

Renovasjon i Grenland IKS kunngjorde en konkurranse for inngåelse av en entreprisekontrakt om oppføring av Nye Rødmyr gjenvinningsstasjon. Konkurransen ble avlyst etter tildeling av kontrakt. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, som følge av at det var stilt et ulovlig konkurransebegrensende krav i konkurransegrunnlaget. Klagers øvrige anførsel ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 23. juni 2022 i sak 2022/373

Klager: Consto Sør AS

Innklaget: Renovasjon i Grenland IKS

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Renovasjon i Grenland IKS (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. november 2021 en åpen anbudskonkurranse om utarbeidelse av forprosjektet til Nye Rødmyr gjenvinningsstasjon. Tilbudsfrist var 10. desember 2021.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at anskaffelsen var en samspillentreprise bestående av to faser. Fase 1 gjaldt forprosjektet, mens fase 2 gjaldt detaljprosjektering og utførelse. Fase 2 var en opsjon, avhengig av investeringsbeslutning etter godkjent forprosjekt.
- (3) Et krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, var i konkurransegrunnlaget punkt 4.4 blant annet følgende:

<i>Krav</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>Leverandøren skal ha erfaring fra sammenlignbare oppdrag. Med sammenlignbare oppdrag menes oppdrag som inkluderer: • Anlegg med anleggskonstruksjoner med høyde over 2 meter, med trafikkbelastning.</i>	<i>Beskrivelse av leverandørens 3 mest relevante oppdrag i løpet av de siste fem årene. Beskrivelsen skal inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og kunde (navn, telefon og e-post.) Det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen. Beskrivelsen av hvert oppdrag skal være på maksimalt én A4-side, totalt tre A4-sider. Bruk III.03 Mal – Leverandørens tre referanseprosjekter</i>

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 4.5 om støtte fra andre virksomheter og deltakelse i fellesskap var det opplyst: *«I henhold til anskaffelsesforskriften §16-10 (6), gjøres gjeldende at kvalifikasjonskravene må oppfylles av leverandøren alene. Det er derfor ikke anledning til å støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle ovennevnte kvalifikasjonskrav.*

ESPD-skjema skal derfor kun fylles ut av tilbyder.

Anskaffelsesforskriften §16-11 (1) slår fast at flere leverandører kan delta i konkurransen i fellesskap. Ved deltakelse som beskrevet i §16-11, vil kravene til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner anvendes forholdsmessig etter leverandørenes tiltenkte rolle i oppdraget, jf. §16-11 (2).

Dersom flere leverandører deltar i konkurransen i fellesskap, skal de deltakende leverandørene levere separate ESPD-skjemaer.»

- (5) En leverandør stilte 1. desember 2021 følgende spørsmål vedrørende konkurransegrunnlagets punkt 4.5:

«Hei, vi er usikre på hvordan vi skal tolke punkt 4.5 i kvalifikasjonskrav. Kan samarbeidende konsulentfirma oppfylle krav til nøkkelpersonells kompetanse som prosjekteringsleder og prosjekteringsleder teknisk?»

- (6) Innklagede besvarte spørsmålet samme dag:

«Punkt 4.5 angår kvalifikasjonskravene i punkt 4.1, 4.2, 4.3 og 4.4.

Prosjekteringsleder kan bemannes med innleid, dedikert ressurs. Tilbyder må i så fall sørge tilstrekkelig for at vedkommende ressurs ikke byttes ut i løpet av prosjektet, jf. II.04 Krav til nøkkelpersonell og prosjekterende, kapittel 1.3. Oppdragsgiver ønsker at prosjekteringsleder skal være separat fra rådgivergruppen. Dersom det ikke lar seg gjøre, skal tilbyder sørge for at prosjekteringsleder har tilstrekkelig mandat innad i sin organisasjon til å skjøtte sin rolle.

Teknisk prosjekteringsleder kan bemannes med innleid, dedikert ressurs. Tilbyder må uansett sørge tilstrekkelig for at vedkommende ressurs ikke byttes ut i løpet av prosjektet, jf. II.04 Krav til nøkkelpersonell og prosjekterende, kapittel 1.3.»

- (7) Innklagede mottok seks tilbud innen utløpet av fristen, herunder fra Eckholdt og Mortensen DA og Consto Sør AS (heretter *klager*).
- (8) I klagers tilbud var det vedlagt en oversikt over tre referanseprosjekter, og disse var benevnt slik: *«Bussanlegg Dalane», «Omlastningsstasjon RFD» og «Solsiden Terrasse, Stathelle».*
- (9) Vedlagt klagers tilbud var det også en forpliktelseserklæring og et utfylt ESPD-skjema fra Consto Øst AS.
- (10) Kontrakten ble tildelt Eckholdt og Mortensen DA 14. januar 2022. Klager ble rangert som nummer tre i konkurransen. To av seks tilbud ble avvist.

- (11) Den 18. januar 2022 søkte innklagede avklaring hos Eckholdt og Mortensen DA vedrørende referanseprosjektene: «*Det fremkommer ikke helt tydelig: gjelder alle disse som anlegg med anleggskonstruksjoner med høyde over 2 meter, med trafikkbelastning*». Eckholdt og Mortensen DA besvarte forespørselen ved å oversende referanseprosjektene med oppdaterte beskrivelser.
- (12) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 24. januar 2022. På bakgrunn av klagen ble tilbudene fra både Eckholdt og Mortensen DA og leverandøren rangert som nummer to, avvist fra konkurransen som følge av vesentlige avvik i tilbudene.
- (13) Klager ble tildelt kontrakten 2. februar 2022.
- (14) Klager ble bedt om å ettersende utfyllende dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om system for ivaretagelse av krav til SHA og HMS.
- (15) Eckholdt og Mortensen DA påklaget både avvisningen av tilbudet og tildelingen 10. februar 2022. Det ble anført at innklagede var forpliktet til å avvise klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra sammenlignbare oppdrag. Det ble vist til at klagers referanseprosjekt «*Omlastningsstasjon RFD*», ikke var utført av klager, men av Consto Øst AS.
- (16) Klager ettersendte 10. februar 2022 dokumentasjon på sentral godkjenning for oppføring av betongkonstruksjoner i tiltaksklasse 3, og referanseprosjektet «*Lumber Teknopark*».
- (17) Klager ble avvist fra konkurransen 18. februar 2022 som følge av manglende erfaring fra sammenlignbare oppdrag. Det var videre opplyst at innklagede la opp til å avlyse konkurransen. Det ble vist til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, da det oppstilte forbudet mot å støtte seg på underleverandører i konkurransegrunnlaget punkt 4.5 var en ulovlig begrensning av konkurransen. I tillegg var konkurransen mislykket da man kun sto igjen med ett tilbud. Klager fikk frist til 7. mars 2022 til å fremme innsigelser.
- (18) Klager påklaget avvisningen og kom med innsigelser mot å avlyse konkurransen 24. februar 2022.
- (19) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. mars 2022.
- (20) Innklagede avlyste konkurransen 14. mars 2022. Innklagede henviste i avlysningsmeddelelsen til informasjonen gitt leverandørene 18. februar 2022.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. juni 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Klager er urettmessig avvist fra konkurransen.
- (23) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise klager. Kvalifikasjonskravet om erfaring fra sammenlignbare oppdrag inneholdt ikke et minimumskrav om tre referanseprosjekter.

- (24) Klager har selv erfaring fra tre referanseprosjekter som oppfyller den materielle terskelen i kvalifikasjonskravet. Foruten de to prosjektene som opprinnelig var fremlagt, ettersendte klager et tredje referanseprosjekt. Innklagede hadde både rett og plikt til å vektlegge dette prosjektet.
- (25) Klager er enig i at bestemmelsen i konkurransegrunnlaget punkt 4.5 er ulovlig. Innklagede har imidlertid ikke vist at konkurransebegrensningen hadde innvirkning på deltakerkretsen eller konkurranseutfallet. Innklagedes avlysningsgrunner forutsetter at klager avvises. Bortfaller avvisningen faller også avlysningsgrunnene bort. Klagenemnda må dermed nødvendigvis ta stilling til lovligheten av avvisningen før spørsmålet om avlysning kan vurderes.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Det fastholdes at det ikke hefter rettslige mangler ved bedømmelsen av klagers kvalifikasjoner.
- (27) Det forelå både rett og plikt til å omgjøre den opprinnelige tildelingen.
- (28) Å la klager erstatte et referanseprosjekt ville medføre en ulovlig forbedring av tilbudet. Det forelå uansett ikke en plikt til å akseptere dokumentasjonen klager ettersendte. Avklaringene er derfor gjennomført i tråd med likebehandlingsprinsippet.
- (29) Avlysningen av konkurransen er saklig begrunnet, da konkurransegrunnlaget punkt 4.5 er en ulovlig begrensning av konkurransen. Konkurransen var uansett mislykket, da innklagede kun sto igjen med ett tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klagen er rettidig, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Konkurransen gjelder utarbeidelse av et forprosjekt i forbindelse med oppføring av en gjenvinningsstasjon, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er opplyst til 70 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.
- (31) Når en konkurranse er avlyst, vil en deltaker normalt bare ha et reelt behov for å få prøvd anførsler som gjelder lovligheten av avlysningsbeslutningen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klager har deltatt i konkurransen og har derfor saklig klageinteresse hva angår avlysningsspørsmålet.
- (32) Etter anskaffelsesforskriften § 25-4 (1) kan en oppdragsgiver avlyse konkurransen med umiddelbar virkning dersom det foreligger «*saklig grunn*». Om det foreligger slik saklig grunn, avhenger av en konkret helhetsvurdering av de relevante omstendighetene på tidspunktet for avlysningen. Det skal blant annet legges vekt på tidspunkt for når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som utløste avlysningen, og hva oppdragsgiveren ønsker å oppnå med den, se for eksempel HR-2019-1801-A *Fosenlinjen*.
- (33) Innklagede har begrunnet avlysningen med at konkurransegrunnlaget inneholdt et ulovlig konkurransebegrensende krav, og at konkurransen var mislykket som følge av at innklagede sto igjen med ett tilbud, som i utgangspunktet ble rangert som nummer fire.

- (34) Klagenemnda tar først stilling til om det var saklig å avlyse konkurransen på grunn av feil i konkurransegrunnlaget.
- (35) Dersom avlysningen begrunnes med at det er gjort feil i konkurransedokumentene eller i konkurransegjennomføringen, foreligger det bare saklig grunn til å avlyse dersom det er en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i eller utfallet av konkurransen, og feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se for eksempel LG-2016-133934.
- (36) En leverandør kan i utgangspunktet støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner, dersom leverandøren dokumenter at han råder over ressursene, jf. anskaffelsesforskriften § 16-10 (1) og (2).
- (37) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at kvalifikasjonskravene måtte oppfylles av leverandøren alene, under henvisning til anskaffelsesforskriften § 16-10 (6). Det fremgår av denne bestemmelsen at oppdragsgiver kan stille krav om at *«bestemte kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv eller en bestemt deltaker i et fellesskap»*.
- (38) Innklagede har forklart at det ikke foreligger kritiske oppgaver i denne anskaffelsen. Kravet medfører derfor en ulovlig begrensning av konkurransen. Det foreligger derfor feil i konkurransegrunnlaget og gjennomføringen av konkurransen.
- (39) I utgangspunktet vil ulovlige begrensinger på konkurransen påvirke hvilke leverandører som deltar, eller hvordan disse organiserer sine tilbud.
- (40) Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, er kravet i punkt 4.5 i utgangspunktet klart. Kravet stenger for at leverandørene kan støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter ved oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene. Det er som konstatert over også klart at kravet er ulovlig og konkurransebegrensende.
- (41) I denne saken har innklagede fremlagt en oversikt over leverandørene som meldte sin interesse. Listen inneholder en lang rekke leverandører som både kunne deltatt alene eller som underleverandører.
- (42) Klager har innvendt at det ikke foreligger en nærliggende faktisk mulighet for innvirkning på deltakerinteressen. Klagers innsigelse bygger på innhenting av begrunnelser fra to leverandører for hvorfor de avsto fra å delta i konkurransen, og klagers skjønsmessige gjennomgang av hvorfor de øvrige leverandørene ikke deltok i konkurransen.
- (43) Vurderingen av om innklagede har saklig grunn til å avlyse en konkurranse må gjøres basert på informasjonen innklagede hadde på avlysningstidspunktet. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å legge vekt på forklaringene klager har hentet inn i anledning klagesaken for klagenemnda, eller klagers egne etterfølgende vurderinger. Basert på antall leverandører som meldte sin interesse, finner klagenemnda at det er en nærliggende mulighet for at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen. Det ulovlige konkurransebegrensende kravet i konkurransegrunnlaget punkt 4.5 kan ha påvirket hvilke leverandører som leverte tilbud, og hvordan disse var utformet, herunder om leverandører ville brukt underleverandører for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

- (44) Feilen klagenemnda har konstatert ovenfor kan derfor ha virket inn på deltakelsen eller påvirket utfallet av konkurransen, og kan ikke rettes på en annen måte enn ved å avlyse konkurransen. Innklagede hadde derfor saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (45) Ettersom konkurransen er avlyst har ikke klager saklig interesse i å få avgjort sin øvrige anførsel, om klager er urettmessig avvist fra konkurransen, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første setning.

Konklusjon:

Renovasjon i Grenland IKS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagers øvrige anførsel har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk