



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av fangstinnretninger for pukkellaks. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. juni 2022 i sak 2022/597

Klager: River Protection AS

Innklaget: Statsforvalteren i Troms og Finnmark

Klagenemndas medlemmer: Sverre Nyhus, Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Statsforvalteren i Troms og Finnmark (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. mars 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av fangstinnretninger for pukkellaks. Anskaffelsens verdi ble var estimert til 2,5 millioner kroner. Tilbudsfristen var 20. april 2022.
- (2) Anskaffelsen var oppdelt i to delkontrakter. Disse gikk ut på levering og montering av fangstinnretning i henholdsvis Repparfjordelva og Vestre Jakobselv. Leverandørene kunne gi tilbud på én eller begge delkontraktene.
- (3) I konkurransegrunnlaget var det gitt en nærmere beskrivelse av anskaffelsen. Det ble opplyst at man ville kjøpe feller av flyterist-typen for utprøving i elvene Vestre Jakobselv og Repparfjordelva. «*Dersom disse fellene fungerer som ønsket er det aktuelt å anskaffe feller til flere elver i samme region*». Anslagsvis er det ti elver som har behov for en flyteristfelle i løpet av de neste to årene.
- (4) Som kvalifikasjonskrav var det blant annet oppstilt følgende krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Må ha produsert og montert en flyteristfelle for elv som har vært i drift og fungert etter sin hensikt i minst 2 sesonger.

Minimumskrav:

Dokumentasjon av minst en flyteristfelle beskrevet med:

- 1. målart fellen er designet for å fange*
- 2. beskrivelse av konstruksjon og funksjon*

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

3. lokasjon
4. driftsperiode
5. operasjonell stabilitet (driftstid/nedetid)
6. virkningsgrad (effektivitet)
7. kontaktinformasjon til oppdragsgiver (referanse)»

(5) Konkurransesgrunnlaget inneholdt følgende krav til leveransen:

«1. Fellene må være modulbaserte slik at de over korte avstander kan bæres uten behov for motorkjøretøy. Dette for å sikre at de kan installeres på lokaliteter hvor det ikke er bilvei helt frem til elva.

2. Installasjon/montering skal kunne skje uten behov for kran eller motordrevne kjøretøy – kun med håndmakt og håndverktøy.

3. Den fysiske barrieren/ledegjerdet skal være forankret i elvebunnen på oppstrøms side, men likevel være fleksibelt slik at barrieren/ledegjerdet justerer seg etter vannstanden, i motsetning til feller med en stiv/statisk konstruksjon.

4. Ledegjerdet/barrieren skal være 100% ugjennomtrengelig for voksen pukkellaks over hele registeret av individstørrelse. Lysåpningen (avstand mellom spilene) må tilpasses denne målarten både i ledegjerde og fangstkammer.

5. Inngangsåpning/kalv i fangstkammeret må fungere også for atlantisk laks, med en individstørrelse på opptil 20 kg.

6. I tillegg til fangstkammer for oppvandrende fisk, må konstruksjonen ha en passasje/nedvandringssløsning for fisk som ønsker å vandre nedover.

7. Leverandøren har ansvaret for å montere og gjøre nødvendige tilpasninger ved førstegangsmontering. Den lokale foreningen vil kunne tilby 2-4 personer som kan bidra med montering eller andre enkle oppgaver som å bære, holde, løfte.

8. Det skal tilbys tilstrekkelig instruksjon/opplæring vedrørende funksjon, montering og demontering av fangstinnretning til personell som skal drifte fellene. Dette kan gjøres i forbindelse med leveransen.»

- (6) I tilknytning til kravene var det presisert at konkurransen gjelder anskaffelse av fiskefeller av typen flyteristfeller, og at en detaljert beskrivelse av felletypen blant annet er publisert av «Stewart (2002 og 2003)». Det ble opplyst at konkurransen ikke var begrenset til feller som samsvarer nøyaktig med konstruksjonsmanualen i den nevnte beskrivelsen, men at kravene i tabellen var påkrevde funksjoner.
- (7) River Protection AS (heretter *klager*) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. mars 2022.
- (8) To leverandører leverte tilbud på begge delkontraktene innen tilbudsfristen. Disse var FISHBIO og S.P. Cramer & Associates.

(9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. juni 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har oppstilt et uforholdsmessig og konkurransebegrensende kvalifikasjonskrav. Kravet er ikke egnet til å sikre at leverandøren har de tekniske kvalifikasjoner, eller formell kompetanse som er nødvendige for kontraktsgjennomføringen. Kravet om at leverandøren må ha produsert og montert flyteristfeller som har vært driftet i to sesonger, stenger for at nye leverandører får tilgang på markedet og demonstrert funksjonaliteten til sine feller.
- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å holde dialog med leverandører i forkant av kunngjøringen, og slik ha tilrettelagt for enkelte leverandører ved utformingen av konkurransegrunnlaget.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Kvalifikasjonskravet er lovlig. Kravet har en nær tilknytning til ytelsen som skal anskaffes, og er egnet til å sikre at leverandørene er kvalifisert til å gjennomføre kontrakten. Kravet utgjør ikke en uforholdsmessig begrensning på konkurransen. Fangst av pukkellaks er viktig for å sikre biologisk mangfold, og etter innklagedes vurdering ville en mulighet for uerfarne leverandører å delta i konkurransen medføre en risiko for kontraktsgjennomføringen som ikke var ønskelig.
- (13) Innklagede bestrider at man har hatt dialog med leverandører som har påvirket utformingen av konkurransegrunnlaget i favør av enkelte leverandører. Det forelå dermed ingen plikt til å utjevne slike konkurransefordeler.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av fangsttinnretninger for pukkellaks som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 2,5 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.
- (15) Av klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første punktum fremgår det at klage kan fremsettes av «*enhver som har saklig interesse*» i å få avgjort lovmessigheten av en gjennomført anskaffelse. Klagenemnda har i tidligere praksis tolket kravet til saklig interesse slik at klagers interesse i å få avgjort anførselen eller anførselene, må være aktuell. Den konkrete vurderingen av om slik aktuell interesse foreligger, må gjøres for hver av de anførselene klager har fremsatt, basert på hvilken betydning en vurdering av disse vil kunne ha for klager, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1416 avsnitt (27).
- (16) Klager har ikke deltatt i konkurransen, men er en leverandør av fangsttinnretninger av den typen som er etterspurt. Klager har i den forbindelse anført at deres mulighet til å delta i konkurransen ble begrenset ved at innklagede har oppstilt et ulovlig kvalifikasjonskrav. Klagenemnda finner at klager har et aktuelt og reelt behov for å få prøvd lovligheten av dette. Klager har derfor «*saklig interesse*», jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første punktum.

- (17) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har oppstilt et ulovlig kvalifikasjonskrav.
- (18) Av forskriften § 16-1 (1) følger det at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Offentlige oppdragsgivere har stor frihet når det gjelder å fastsette hvilke kvalifikasjonskrav som skal stilles og hvor strenge kravene skal være for å oppfylle formålet – å sikre kontraktsmessig oppfyllelse, se LB-2017-156250.
- (19) Kravene må imidlertid ha tilknytning til, og stå i forhold til leveransen. Det innebærer at kravene må være proporsjonale og ha en objektiv forankring i formålet med anskaffelsen. Kravene skal med andre ord ikke medføre unødvendige begrensninger i konkurransen, i strid med formålet om effektive anskaffelser i anskaffelsesloven § 1 og prinsippet om konkurranse i loven § 4. Kravene må dermed ikke utformes på en måte som virker konkurransebegrensende uten at dette kan begrunnes på en saklig og objektiv måte.
- (20) Det omstridte kravet retter seg mot leverandørens erfaring med produksjon og montering av flyteristfeller. Kravet var utformet slik at leverandørene måtte ha *«produsert og montert en flyteristfelle for elv som har vært i drift og fungert etter sin hensikt i minst 2 sesonger.»*
- (21) Klager anfører at kvalifikasjonskravet og det tilhørende dokumentasjonskravet er ulovlig, fordi det uten faglig grunnlag avskjærer potensielle leverandører fra å delta. Det er i den forbindelse også vist til at formålet med anskaffelsen er å teste ut fellenes funksjon, og at kravet om to års tidligere driftstid ikke står i forhold til kravets konkurransedempende effekt.
- (22) Innklagede har på sin side forklart at formålet med anskaffelsen er å montere feller til fangst av pukcellaks som utgjør en alvorlig trussel for det biologiske mangfoldet i norske elver. Ved utformingen av kvalifikasjonskravet har innklagede derfor lagt stor vekt på at leverandøren må ha tilstrekkelig erfaring med å levere flyteristfeller som fungerer, og har vurdert at det ikke ville være formålstjenlig å åpne opp for tilbud fra nye leverandører uten erfaring med slike leveranser. Etter klagenemndas oppfatning er kravets utforming dermed saklig og objektivt begrunnet i vurderinger som hører inn under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Nemnda kan ikke se at kravet er uforholdsmessig sett opp mot formålet med anskaffelsen. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (23) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket ved å ha dialog med leverandører i forbindelse med utformingen av konkurransegrunnlaget, og at enkelte leverandører på den måten har oppnådd et fortrinn i konkurransen.
- (24) Etter forskriften § 12-2 (1) har oppdragsgiver en plikt til å sikre at leverandører som har vært involvert i planleggingen av konkurransen, ikke får en urimelig konkurransefordel ved senere deltakelse i konkurransen. Etter klagenemndas oppfatning foreligger det ingen holdepunkter for at noen leverandører har oppnådd et konkurransemessig fortrinn gjennom dialog i forbindelse med utformingen av konkurransegrunnlaget. På bakgrunn av dialogen valgte innklagede å sette en leveringsfrist som tok høyde for lange leveringstider utenfor Norge, noe som etter nemndas syn må anses som et tiltak for å sikre mest mulig konkurranse om leveransen. Klagers anførsel kan dermed ikke føre frem.

Konklusjon:

Statsforvalteren i Troms og Finnmark har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk