



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av asfalteringsarbeider i Hamar og Stange kommune. Klager ble avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av to kvalifikasjonskrav. Klagenemndas flertall kom til at klager ikke hadde levert dokumentasjon som viste at kvalifikasjonskravet om «Produksjonskontrollsertifikat» var oppfylt, og at innklagede dermed rettmessig hadde avvist klager fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 19. august 2022 i sak 2022/894

Klager: Peab Asfalt Norge AS

Innklaget: Hamar kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn O. Berg, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Hamar kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. januar 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av asfalteringsarbeider i Hamar og Stange kommune. Anskaffelsens verdi ble estimert til 9 millioner kroner per år. Kontraktens varighet var angitt til 12 måneder med mulighet for opsjon på forlengelse 1+1+1 år. Tilbudsfrist var 14. mars 2022.
- (2) Kvalifikasjonskravene var inntatt i konkurransens ESPD-skjema.
- (3) Ett av kvalifikasjonskravene var at «*[p]roducenter av asfalt skal være sertifisert av et eksternt kontrollorgan. Produksjonskontrollsertifikat må vedlegges.*» Under kravet var det en egen boks for opplastning av vedlegget.
- (4) Det var også stilt et kvalifikasjonskrav om at «*[t]ilbyderen skal ha et tredjepartsattestert miljøledelsessystem eller – standard, av typen EMAS, ISO 14001, Miljøfyrtårn eller tilsvarende. Tilbyder skal legge frem lisensnummer på sertifiseringen. Dersom tilbyder ikke har slikt på plass skal det være på plass innen 12 måneder etter kontraktsinngåelse.*» I ESPD-skjemaet skulle leverandørene huke av «*Ja*» eller «*Nei*» på om kravet var oppfylt.
- (5) I konkurransegrunnlaget var det også angitt at «*[v]ed bruk av underleverandør, skal forpliktelseserklæring fylles ut for hver underleverandør og vedlegges tilbudet. Dette gjelder uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom foretakene, dvs. at de støttende foretakene enten kan være leverandørens morselskap, et annet foretak i samme konsern, en samarbeidspartner eller lignende.*»
- (6) Det kom inn fem tilbud innen utløpet av tilbudsfristen, herunder Stange Asfalt AS og Peab Asfalt Norge AS (heretter *klager*).

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

- (7) I klagers tilbud var det vedlagt et godkjent sertifikat for produksjonskontrollsystem, som var utstedt til selskapet YIT Norge AS. Det var ikke vedlagt forpliktelseserklæring eller annen dokumentasjon som viste klagers tilknytning til selskapet.
- (8) I tildelingsbeslutning datert 24. mars 2022 ble kontrakt tildelt klager.
- (9) Etter at karensperioden var blitt forlenget flere ganger, mottok innklagede klage på tildelingen, hvor det ble fremholdt at klager ikke oppfylte to kvalifikasjonskrav.
- (10) Innklagede tok klagen til følge, og klager ble avvist fra konkurransen i brev datert 18. mai 2022. Det ble vist til manglende dokumentasjon for at klager rådet over ressursene til YIT Norge AS for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om produksjonskontrollsertifikat, og manglende dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om miljøledelsessystem eller –standard.
- (11) Kontrakt ble tildelt Stange Asfalt AS (heretter *valgte leverandør*).
- (12) Klager klaget på avvisningen den 20. mai 2022, og viste til at det ved en feil var lagt ved en tidligere versjon av produksjonskontrollsertifikatet. Det ble vedlagt gyldig sertifikat utstedt til klager, samt bekreftelse fra tredjepart om at klager har miljøledelsessystem i henhold til ISO 14001:2015.
- (13) Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede i brev av 24. mai 2022.
- (14) Innklagede har besluttet å avvente kontraktinngåelse til avgjørelse fra klagenemnda foreligger.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. august 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt forskriften § 25-1 (4) ved å omgjøre tildeling av kontrakt, og samtidig avvise klager uten hjemmel i forskriften § 24-2. Klager oppfylte samtlige kvalifikasjonskrav, og det forelå dermed ikke avvisningsplikt.
- (17) Subsidiært har innklagede brutt prinsippene i loven § 4, ved ikke å foreta en avklaring med klager før de fattet beslutning om å avvise klager.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Det foreligger to selvstendige grunnlag for avvisning av klager.

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 levering av asfalteringsarbeider, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 9 millioner kroner per år ekskl. mva. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (20) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om innklagede rettmessig har avvist klager fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (21) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (22) Ett av kvalifikasjonskravene i konkurransen var at produsenter av asfalt skulle være sertifisert av et eksternt kontrollorgan. Leverandørene skulle dokumentere oppfyllelse av kravet ved å laste opp et gyldig produksjonskontrollsertifikat i ESPD-skjemaet. Det fremgikk også av konkurransegrunnlaget at dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav skulle vedlegges tilbudene.
- (23) Innklagede avviste klager fra konkurransen som følge av at det ikke ble levert forpliktelseserklæring fra YIT Norge AS, som produksjonskontrollsertifikatet var utstedt til.
- (24) Klager har forklart at dokumentasjonen som var vedlagt tilbudet inneholdt feilinformasjon, som følge av at sertifikatet anga tidligere foretaksnavn. Klager har opplyst at de kjøpte opp selskapet YIT Norge AS våren 2020. Klager fremholder at innklagede hadde plikt til å avklare hvorvidt kvalifikasjonskravet var oppfylt, før det ble fattet beslutning om å avvise klager fra konkurransen.
- (25) Det følger av forskriften § 23-5 (1) at oppdragsgiver «kan» be om å få ettersendt og supplert opplysninger i tilbudet, dersom tilbudet synes å inneholde feil eller uklarheter, eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler. Denne adgangen begrenses av § 23-5 (2), hvor det fremgår at innhenting av opplysninger eller dokumentasjon ikke skal medføre «at tilbudet forbedres». Bestemmelsen gir etter sin ordlyd en rett for oppdragsgiver, på fastsatte vilkår, til å foreta avklaring av tilbudene. Om denne adgangen benyttes, er etter forskriften overlatt til oppdragsgivers skjønn.
- (26) Flertallet, nemndsmedlemmene Sverre Nyhus og Bjørn O. Berg, har kommet til at innklagede ikke hadde plikt til å avklare den feilinformasjonen som forelå, og at avisningen derfor var rettmessig. Det er leverandøren som har risikoen for uklarheter i tilbudet, jf. forskriften § 23-3 (2). En plikt til å avklare tilbudene foreligger bare i spesielle tilfeller, for eksempel der uklarheten i tilbudet skyldes uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. LB-2018-147988. Avklaringsplikten følger i slike tilfeller av likebehandlingsprinsippet i loven § 4.
- (27) I foreliggende sak ble klager avvist som følge av at klager ikke hadde besvart kvalifikasjonskravet i samsvar med det som var angitt i ESPD-skjema og konkurransegrunnlaget. Flertallet kan ikke se at denne feilen knytter seg til en uklarhet i det aktuelle kvalifikasjonskravet eller det tilhørende dokumentasjonskravet. Uten at det er avgjørende, bemerker nemnda at det heller ikke var opplysninger i klagers tilbud som indikerte at det inneholdt en feil. Flertallet er derfor ikke enig med klager i at innklagede hadde en avklaringsplikt i denne situasjonen.
- (28) Flertallet er for øvrig enig med mindretallet i at kvalifikasjonskravet materielt sett var oppfylt, men ser ikke at dette kan være avgjørende for spørsmålet om avvisning. Det manglet opplysninger om sammenhengen mellom det foretaket som var sertifisert, og klager, som var nødvendig for å kunne vurdere det aktuelle kvalifikasjonskravet. Denne mangelen ved tilbudet ga i seg selv grunnlag for avvisning.

- (29) Mindretallet, nemndsmedlemmet Alf Amund Gulsvik, er kommet til et annet resultat enn flertallet og bemerker:
- (30) Det er opplyst at klager, Peab Asfalt Norge AS, i 2020 kjøpte selskapet YIT Norge AS og at dette selskapet ble fusjonert inn i klager. Dette betyr at klager har overtatt alle rettigheter og plikter som tilhørte det innfusjonerte selskapet, herunder asfaltverket og sertifisering fra eksternt kontrollorgan. Ved innlevering av tilbud besvarte klager kravet om sertifisering fra et eksternt kontrollorgan med å krysse av «ja» i ESPD-skjema, og leverte inn sitt eget produksjonskontrollsertifikat som var utstedt for sitt eget anlegg for sin egen sertifisering. Etter dette nemndsmedlemmets forståelse, er det ikke av betydning at det på innlevert sertifikat stod navnet på det innfusjonerte foretaket.
- (31) Innklagede har i avvisningsvedtaket og i tilsvaret overfor klagenemnda lagt til grunn at klager leverte et produksjonskontrollsertifikat som var utstedt til et annet selskap, selskapet YIT Norge AS. Som følge av at det ikke var vedlagt dokumentasjon på at klager kunne støtte seg på dette selskapet, la innklagede til grunn at sertifikatet ikke kunne vektlegges. Etter mindretallets syn, hviler avvisningen på feil grunnlag, da produksjonskontrollsertifikatet tilhørte klager. Det forelå dermed ikke plikt til å avvise klager, ettersom det var levert dokumentasjon på at klager oppfylte kvalifikasjonskravet. Innklagede har vært klar på at man ikke påberoper seg en eventuell rett til å avvise klager.
- (32) I tråd med flertallets syn har innklagede etter dette ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager fra konkurransen i medhold av forskriften § 24-2 første ledd bokstav a. På bakgrunn av flertallets konklusjon, tar ikke nemnda stilling til om klager oppfylte kvalifikasjonskravet om «*Miljøledelsessystem eller –standard*».

Konklusjon:

Hamar kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk