



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av elektrikertjenester. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Klagenemnda kom til at klagers tilbud var rettmessig avvist, og innklagede hadde dermed ikke brutt regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 30. juni 2023 i sak 2023/0295

Klager: JM Hansen AS

Innklaget: Tromsø kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg og Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Tromsø kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 16. desember 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for elektrikertjenester. Anskaffelsens verdi ble estimert til 69 millioner kroner. Tilbudsfrist ble angitt til 30. januar 2023.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3.4 fremgikk blant annet følgende om bruk av underleverandører:

«Dersom leverandør ønsker å støtte seg på underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner må:

- 1. Underleverandørens kvalifikasjoner dokumenteres i tråd med dokumentasjonskravene angitt i kravene nedenunder, herunder utfylt ESPD-skjema for underleverandør.*
 - 2. Tilbudet vedlegges en underskrevet forpliktelseserklæring (se vedlegg 6) fra hver av de aktuelle underleverandører.»*
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4.2 var det angitt en rekke kvalifikasjonskrav. Av betydning for denne saken er kvalifikasjonskravet i punkt 1.4.2.4.4:

*«**Krav:** Tilbyderen skal være medlem i en returordning for emballasje.*

***Dokumentasjon:** Tilbyder skal dokumentere dette ved å fremlegge kopi av medlemskap for returordning av emballasje, eksempelvis Grønt punkt eller tilvarende godkjent av Miljøverndirektoratet.*

- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fem leverandører, herunder JM Hansen AS (heretter «*klager*).

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (5) Det fremgikk ikke av klagers tilbud at klager støttet seg på andre selskap for å oppfylle kvalifikasjonskrav, verken ved forpliktelseserklæring eller ESPD-skjema.

- (6) Innklagede rettet følgende henvendelse til klager 2. februar 2023:

«Takk for tilbud. På kvalifikasjonskravet 1.4.2.4.4 bes det om at tilbyder skal dokumentere sitt medlemskap i en returordning. Dere har lagt ved sertifisering ISO-9001. Det er likevel ikke tilstrekkelig dokumentasjon til å besvare dette kravet. Vi ber derfor om at eventuell dokumentasjon på medlemskapet lastes opp til tilbudet. [...]»

- (7) Klager besvarte innklagedes henvendelse slik:

«Vedlegg for avfallshåndtering er lastet opp. Vi har avtale med REMIKS for tømning av alle våre containere dette utføres etter egen plan. Alt avfall registreres og vi for en rapport ved årslutt som vi rapporterer på inn til blant annet Klimapartnere. [...]»

- (8) I brev fra innklagede til klager 6. februar 2023 ble klager avvist fra konkurransen. Av brevet fremgikk blant annet følgende:

«Etter en vurdering har Tromsø kommune dessverre kommet til at tilbudet fra JM Hansen AS (JM Hansen) må avvises jf. forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 24-2 (1) bokstav a.

Begrunnelse for avvisning

I deres tilbud er det ikke vedlagt medlemskap i en returordning for emballasje. Etter avklaring er det klart at JM Hansen ikke har medlemskap i returordning for emballasje som kan sidestilles med Grønt punkt eller tilsvarende jf. kvalifikasjonskravet 1.4.2.4.4. Ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav er Oppdragsgiver pålagt å avvise tilbyder, jf. § 24-2 (1) bokstav a.»

- (9) Klager kom med innsigelser til beslutning om avvisning 7. februar 2023:

«Vi har innsigelser til avvisningsbeslutning. Vi er ISO 9001 sertifisert, Miljøfyrtårnsertifisert og Klimapartner. Disse sertifikatene krever at du blant annet har en returordning. Vi legger ved ny dokumentasjon og ber om at avvisningen trekkes.»

- (10) Innklagede besvarte klagers innsigelser i brev 9. februar 2023:

«I deres tilbud er det ikke vedlagt medlemskap i en returordning for emballasje. Etter avklaring er det klart at JM Hansen ikke har medlemskap i returordning for emballasje som kan sidestilles med Grønt punkt eller tilsvarende jf. kvalifikasjonskravet 1.4.2.4.4. Ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav er Oppdragsgiver pålagt å avvise tilbyder jf. § 24-2 (1) bokstav a.

Vi erkjenner at kravet er strengt formulert, og til tross for at JM Hansen kan vise til mange gode miljøtiltak, kan de ikke anses å oppfylle kravet; noe som er et uheldig utfall. Vi må likevel forholde oss til kravet slik det er satt i konkurransen, og kommer til å ta med oss denne erfaringen til neste utlysning.»

- (11) Klager besvarte innklagede 15. februar 2023:

«Har nå lagt ved sertifikat fra vårt medlemskap gjennom Grønt Punkt Norge. Vi ber om at avvisningsbeslutning endres, og beklager at dette ikke er lagt ved allerede fra start, forklaringen er at vi har ny KS leder og nye prosjektledere.»

- (12) Klager vedla samtidig et kontrollmedlemsbevis utstedt til JM Hansen Holding AS (heretter «morselskapet») som var gyldig til 31. januar 2024.

- (13) Innklagede besvarte klager slik:

«Vedlagte sertifikat er registrert på JM Hansen Holding AS, som har et annet organisasjonsnummer enn JM Hansen Installasjon AS. Det er ikke oppgitt i tilbudet at JM Hansen Installasjon AS støtter seg på annet foretak for å oppfyllelse av kvalifikasjonskrav (verken ved forpliktelseserklæring eller ESPD-skjema). Avvisningen må derfor opprettholdes.»

- (14) Klager besvarte innklagede 23. februar 2023:

«JM Hansen Holding AS er et tomt selskap som eier 100 % av aksjene i JM Hansen AS. Vi har aldri opplevd tidligere å bli avvist/forkastet fordi sertifiseringen ligger i morselskap. Vi stiller oss uforstående til avgjørelsen og ser oss nødt til å påklage vedtak om avvisning av vårt tilbud om elektrikertjenester.»

- (15) Klagers siste henvendelse ble av innklagede besvart slik:

««Det er beklagelig, men slik er regelverket oppstilt. Vi har ikke anledning til å se bort fra manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. I tilfeller hvor tilbyder ønsker å oppfylle kravene ved bruk av andre, må det dokumenteres ved forpliktelseserklæring at tilbyder råder over kompetansen/kvalitetene det dreier seg om. Dette også gjelder når tilbudet hviler på evt. bidrag fra et morselskap. Se for eksempel KOFA-sak 2013/30 og 2022/909.»

- (16) Klager mottok informasjon om tildeling av kontrakt 28. februar 2023.

- (17) Innklagede inngikk kontrakt med fire leverandører 20. mars 2023. Saken ble brakt innfor Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. april 2023.

- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. juni 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Klager oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransen. Innklagede har dermed brutt regelverket ved å avvise klager på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Klager oppfyller ikke konkurransens kvalifikasjonskrav om medlemskap i returordning, og er dermed rettmessig avvist jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale for elektrikertjenester, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 69 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (22) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om medlemskap i en returordning for emballasje.
- (23) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiveren «skal» avvise en leverandør «som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (24) Ved fastleggelsen av innholdet i et kvalifikasjonskrav skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravet. Det nærmere innholdet av kvalifikasjonskravet må fastlegges på bakgrunn av kravets ordlyd. Det vil videre kunne være nødvendig å se hen til det tilhørende dokumentasjonskravet, konkurransegrunnlaget for øvrig, og hva kontrakten går ut på, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2022/909 avsnitt 31.
- (25) Kvalifikasjonskrav 1.4.2.4.4 om returordning for emballasje sier at «Tilbyderen skal være medlem av en returordning for emballasje.» Kravet presiseres gjennom dokumentasjonskravet, som angir at tilbyder «skal dokumentere dette ved å fremlegge kopi av medlemskap for returordning av emballasje, eksempelvis Grønt Punkt eller tilsvarende godkjent av Miljøverndirektoratet.» Klager har lagt frem dokumentasjon på at klager er ISO 9001 sertifisert, Miljøfyrtårnsertifisert og Klimapartner. Klager har imidlertid ikke dokumentert at sertifiseringene forutsetter medlemskap i en returordning. Klager har dermed ikke dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt gjennom en henvisning til sertifiseringene nevnt i avsnitt 25.
- (26) Klager har dokumentert at klagers morselskap er kontrollmedlem i Grønt Punkt Norge AS. Det fremgår av kontrollmedlemsbeviset at dette medfører at «Kontrollmedlemmet stiller krav til sine norske vareleverandører om medlemskap i returordning for emballasje».
- (27) Det fremgår av avtalebetingelsene for kontrollmedlemskap at «Kontrollmedlemskap er innført for at bedriften lett skal kunne dokumentere overfor andre at den har kontrollert at bedriftens leverandører er tilknyttet ordningene. Dette i tillegg til selv å være ordinært medlem av returselskapenes ordninger. I de tilfeller bedriften selv ikke er vederlagspliktig, medfører kontrollmedlemskapet også en dokumentasjon for at bedriftens eget medlemskap i returselskapenes ordinære ordninger ikke er nødvendig.» At morselskapet er kontrollmedlem medfører derfor ikke automatisk at morselskapet er medlem i en returordning for emballasje slik kvalifikasjonskravet krever. Det kan like gjerne være dokumentasjon på at morselskapet ikke behøver medlemskap i returordning, men at morselskapet forplikter seg til at deres leverandører er tilknyttet en slik returordning.
- (28) Slik kvalifikasjonskravet er formulert, er det et krav om å være medlem i en returordning. Utifra sammenhengen i konkurransedokumentene fremstår formålet med dette kravet å

være å sikre at den som faktisk skal bruke/håndtere emballasje, er medlem i en returordning. Ettersom morselskapet ikke har et vanlig medlemskap i Grønt Punkt, oppfyller heller ikke morselskapet kvalifikasjonskravet. Klagenemnda kan derfor ikke se at fremleggelse av dokumentasjon for morselskapets kontrollmedlemskap dokumenterer at morselskapet eller klager oppfyller kvalifikasjonskravet.

- (29) Med det resultatet klagenemnda har kommet til, tas det ikke stilling til hvorvidt klager hadde adgang til å støtte seg på morselskapet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om returordning for emballasje.
- (30) Klagenemnda har kommet til at innklagede ikke har brutt regelverket ved å avvise klager på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om medlemskap i en returordning.

Konklusjon:

Tromsø kommune har ikke brutt forskriften § 24-2(1) bokstav a ved å avvise klager fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur