



Vedlegg..... 1 av 1
Sak: ... 2003/176-12

Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Konkurransen gjaldt en anskaffelse som falt inn under forsyningsforskriftens anvendelsesområde, men som lå under terskelverdiene i denne. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser ville bli fulgt, og oppdragsgiver var da forpliktet til dette ut fra kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Den valgte leverandøren leverte ikke inn dokumentasjon på sine kvalifikasjoner. Klagenemnda kom til at dette ikke innebar en plikt til å avvise leverandøren. Det avgjørende er om det foretas en forsvarlig vurdering av om leverandøren oppfyller de materielle kvalifikasjonskravene, noe klagenemnda ikke fant grunn til å gå inn på i den foreliggende sak. Det var i konkurransegrunnlaget angitt flere kriterier for valg av tilbud. Likevel ble valget basert på pris alene. Dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003/176 den 8.3.2003

Klager: AS Oscar Sundquist

Innklaget: Nesseby kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Krav til leverandørenes kvalifikasjoner. Manglende dokumentasjon på kvalifikasjoner. Evaluering av samtlige kriterier for valg av tilbud.

Bakgrunn

- (1) Nesseby kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde lokalt høsten 2001 en begrenset anbudskonkurranse for utbygging av Nye Karlebotn vannverk. Arbeidet gjaldt diverse bygge- og anleggsarbeid, herunder legging av ledninger. Anskaffelsen ble ikke kunngjort i Norsk lysingsblad. I den lokale kunngjøringen fremgikk det at:

"Arbeidene har forventet oppstart i mai 2002."

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (2) Det var utarbeidet et eget konkurransegrunnlag, der det ble opplyst at:

"Som generelle konkurranseregler gjelder Forskrift om offentlige anskaffelser vedtatt 15. juni 2003."

- (3) Det ble videre lagt til grunn at:

"Arbeidet skal utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt ved underentreprise."

Avtaler om underentrepriser med enmannsforetak eller anvendelse av innleid arbeidskraft må være oppgitt og begrunnet og godkjent skriftlig av byggherren. Det forutsettes at den innleide arbeidskraft er lovlig. Slik godkjennelse endrer ikke entreprenørens forpliktelser ovenfor byggherren."

Byggherrens nektelse av å godkjenne entreprenørens valg av underentreprenører etter denne bestemmelse gir ikke entreprenøren rett til godtgjørelse for de merkostnader dette måtte påføre ham..."

- (4) Det fremgikk forøvrig av konkurransegrunnlaget at det ble stilt krav om godkjenning innen ulike fagkoder. Om prekvalifisering og dokumentasjon ble det opplyst at "Ufullstendige anbud... vil bli avvist".

- (5) For valg av tilbud, ble det lagt til grunn at:

"Ved vurdering av de innkomne tilbud vil det bli tatt hensyn til pris, kvalitet, forbehold, leveringstid, dokumenterte referanser fra tilsvarende anlegg m.v."

Det vil bli lagt vekt på om anbyderen har det nødvendige faglige, tekniske, økonomiske og administrative grunnlag som er nødvendig for oppfyllelse av kontrakten."

...

Byggherren forbeholder seg retten til å godta hvilket som helst av de innkomne anbud helt eller delvis, eller forkaste samtlige."

- (6) Det ble gjennomført en befaring, og i møtereferatet fremgår det at:

"Aktuelle entreprenørfirma skal for å få tilsendt anbudsdokumentene i entreprise 1, Graveentreprisen, innen utgangen av januar 2002 oversende følgende dokumentasjon."

Kort firmapresentasjon

Sentralgodkjenning, eventuelt dokumentasjon på at lokal godkjenning vil bli gitt, i følgende tiltaksklasser."

...

Dersom entreprenøren benytter seg av underentreprenører gjelder samme krav til dokumentasjon for disse også. Dette skal eventuelt vedlegges”.

- (7) Den 12.6.2002 sendte innklagedes rådgiver, Statkraft Grøner, ut konkurransegrunnlaget til AS Oscar Sundquist (heretter kalt klager). I brevet ble tilbudsfrist angitt til 9.7.2002, samtidig som det ble opplyst at: ”Entreprenører som mottar dette anbudet er å regne som prekvalifisert”. Samtidig ble det imidlertid opplyst at ”Det vil bli stilt krav om godkjenning tilsvarende følgende fagkoder:”, og ”Nødvendig dokumentasjon for aktuelle underentreprenører skal vedlegges”.
- (8) Innklagede mottok tre tilbud. Laveste tilbyder var Alf Mietinen AS med kr. 11.678.208 eks. mva., og nest laveste var klager med kr. 13.178.599,- eks. mva. Begge beløp etter kontrollregning.
- (9) Innklagedes rådgiver gjennomførte evaluering av leverandørene. I vurdering av tilbudene, datert 10.7.2002 fremgår det at Alf Mietinen AS ikke hadde ”levert dokumentasjon på utførelseskode for bygningsmessige arbeider, verken sentral eller lokal godkjenning. Videre er det ikke oppgitt hvilket firma som skal utføre denne delen av arbeidene”. Det fremgikk også at:

”Vi har liten kjennskap til entreprenørene, og kan således kun vurdere anbudene ut fra en ren priskonkurranse.

Anbefaling

Med bakgrunn i pris vil vi anbefale at det innledes kontraktsforhandlinger med Alf Mietinen AS som er den billigste entreprenøren....”

- (10) Den 15.7.2002 innstilte kommunens administrasjon på valg av Alf Mietinen AS. Samtidig ble det vist til evalueringen av tilbudene fra Statkraft Grøner, som fulgte vedlagt. Det ble videre opplyst at dennes evaluering var ”lagt til grunn for administrasjonens innstilling”. Anbudsåpningen var lukket, og det var så langt klagenemnda har bragt på det rene ingen av leverandørene som på dette tidspunktet var kjent med evalueringen eller innholdet i hverandres tilbud.
- (11) Kommunestyret anså imidlertid prosjektet som for dyrt, og besluttet i stedet å utrede alternative løsninger. Vinteren 2003 konkluderte kommunen med at den opprinnelige løsningen likevel var den beste, og besluttet å kontakte de tre leverandørene som tidligere hadde levert inn tilbud. I brev 17.3.2003 ble klager således orientert om at:

”Kommunen vil i nær framtid kontakte anbyderne som ble antatt for utbyggingen av Nye Karlebotn vannverk, for å høre om de fremdeles vedstår sitt anbud. Hvis alle vedstår sitt anbud vil utbyggingen starte så raskt som mulig. Hvis anbyderne ikke vedstår sitt anbud, vil kommunen sette i gang en ny anbudsrunde”.

- (12) Samtlige tre leverandører opplyste om at de vedsto sitt tilbud. Innklagede valgte tilbudet fra laveste tilbyder, og i begrunnelse for valg av tilbud, gitt 16.7.2003, fremgikk det at:

”Valg er gjort i form av pris konkurranse, hvor Alf Mietinen hadde laveste pristilbudet. Jeg viser til forskrift om offentlige anskaffelser §10-2 (1) som sier: Tildelingen kan skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen”.

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise Alf Mietinen AS. Bakgrunnen er at leverandøren ikke hadde dokumentert å ha godkjenning for de tiltaksklasser som det var stilt krav om i konkurransegrunnlaget. Ved at dokumentasjonen for de nødvendige fagkoder ikke var innlevert verken for foretaket selv eller for underentreprenører, oppfylte ikke firmaet de krav oppdragsgiveren hadde satt.
- (14) Subsidiært anføres at det var angitt flere kriterier for valg av tilbud, og at det derfor var i strid med regelverket å velge tilbud utelukkende på grunnlag av pris.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Klager kan ikke kreve at noen av tilbudene avvises. I konkurransegrunnlaget fremgikk det at innklagede forbeholdt seg retten til å kunne avvise hvilket som helst av de innkomne tilbud, helt eller delvis.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

- (17) Anskaffelsen gjelder utbygging av et vannverk, og har derfor tilknytning til vannforsyning. Konkurransen omfattes dermed av reglene i forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektoren), jf forskriftens § 4 første ledd, bokstav a).
- (18) Videre gjelder anskaffelsen bygge- og anleggsarbeider som ikke overstiger den nødvendige terskelverdien i forskriftens § 12 første ledd, bokstav c). Dette betyr at oppdragsgiver i utgangspunktet verken behøvde å følge forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser. Anskaffelsen omfattes dermed bare av reglene i lov om offentlige anskaffelser, herunder kravet til forutberegnelighet i § 5.
- (19) I konkurransegrunnlaget fremgikk det imidlertid at uttrykkelig at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser ble lagt til grunn for konkurransen, og innklagede plikter da å følge disse reglene ut fra kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det er som følge av anskaffelsens verdi reglene i forskriftens del III som kommer til anvendelse.

Dokumentasjon vedrørende underleverandørenes kvalifikasjoner

- (20) Utgangspunktet er at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller de materielle krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, jf forskriftens § 15-12 (1) bokstav a). De materielle krav var i den foreliggende anskaffelsen at leverandørene måtte ha slike tekniske kvalifikasjoner ”at lokal godkjenning vil bli gitt” i nærmere angitte tiltaksklasser.

- (21) Det er ikke anført at den valgte leverandøren manglet de materielle krav til kvalifikasjoner, kun at dokumentasjon på kvalifikasjonene manglet. At en leverandør har unnlatt å gi opplysninger eller dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene er oppfylt, gir adgang til avvisning ("kan"), men ingen plikt, jf § 15-12 (2) bokstav g) og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/57. Oppdragsgiver plikter imidlertid i så fall å foreta en saklig og forsvarlig vurdering av om leverandøren har den nødvendige kompetansen, jf klagenemndas avgjørelser i sak 2003/57 og 2003/218.
- (22) I dette tilfellet hadde innklagede imidlertid i sitt eget konkurransegrunnlag uttrykkelig bestemt at dokumentasjon for underentreprenørene skulle vedlegges tilbudet og i samme forbindelse presisert at ufullstendig anbud ville bli avvist. Klagenemnda mener at det er uheldig når det skapes tvil omkring avvisningsspørsmålet, siden en formulering som den gjengitte ikke harmonerer godt med "kan"-regelen i den forskrift innklagde ellers har vist til som anvendelig for anskaffelsen (se om spørsmålet også klagenemndas sak 2003/60).
- (23) Konkurransegrunnlaget kan som følge av dette forstås dit hen at innklagede faktisk forplikter seg til å avvise tilbud som ikke har vedlagt nødvendig dokumentasjon fra underentreprenørene. Det er på det rene at praksis i tilknytning til den gamle NS 3400 om slike spørsmål var streng: manglende dokumentasjon ved anbudsfristens utløp medførte avvisning (standardens pkt 12.3. og 12.4.). Etter gjeldende forskrift medfører manglende dokumentasjon som utgangspunkt bare en risiko for at anskaffelsesmyndigheten vil velge å avise tilbudet med hjemmel i § 15-12 (2) bokstav g).
- (24) Den siterte formulering er uheldig fordi den kan forstås ulikt og dermed slå ut vilkårlig når tilbyderne skal forholde seg til det som fastsettes om den omspurte formelle dokumentasjon.
- (25) Klagenemnda antar imidlertid at det ut fra det opplyste i denne anskaffelsen ikke har vært meningen å fravike forskriftens "kan"-regel, jf sak 2003/60, slik at det ikke kan utledes noen absolutt plikt til avvisning av det valgte tilbudet.

Tildelingskriterier

- (26) I konkurransegrunnlaget ble det vist til at forskrift om offentlige anskaffelser skulle legges til grunn for konkurransen. Angivelsen av tildelingskriteriene er imidlertid ikke helt i overensstemmelse med forskriftens § 17-2.
- (27) Riktignok ble det opplyst at det ville bli lagt vekt på "pris, kvalitet, forbehold, leveringstid og dokumenterbare referanser fra tilsvarende anlegg". Det ble imidlertid samtidig gitt uttrykk for at angivelsen ikke var uttømmende, jf at angivelsen ble etterfulgt av "mv.". En slik usikkerhet om hvilke kriterier som vil bli lagt til grunn er lite forenlig med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (28) Videre er det i beskrivelsen av tildelingskriteriene trukket inn kvalifikasjonskrav, samtidig som det er vist til NS 3400 pkt. 13.1 som ikke lenger er relevant for offentlige anskaffelser (om at byggherren forbeholder seg retten til å godta hvilket som helst av de innkomne anbud, helt eller delvis, eller forkaste samtlige).

Innklagedes evaluering av tilbudene

- (29) Oppdragsgiver plikter ut fra kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 å evaluere og vektlegge alle tildelingskriteriene som angis i konkurransegrunnlaget. I den foreliggende sak innebærer dette at innklagede pliktet å foreta en forsvarlig evaluering av tilbudene ut fra kriteriene: "pris, kvalitet, forbehold, leveringstid og dokumenterbare referanser fra tilsvarende anlegg".
- (30) I meddelelse om valg av tilbud datert 16.7.2003 kan det se ut til at man har forlatt de angitte kriteriene, til fordel for en ren priskonkurranse. Det sies således direkte at valget "er gjort i form av pris konkurranse", med henvisning til forskriftens § 10-2 (1). Begrunnelsen gir således grunnlag for en antagelse om at evalueringen ikke har vært i samsvar med konkurransegrunnlaget, siden den ikke kan forstås på annen måte enn at kvalitet, leveringstid og referanser ikke er vurdert.
- (31) De dokumenter som er fremlagt under klagesaken støtter denne antagelsen. I Statkraft Grønners innstilling, datert 10.7.2002, fremgår det at rådgiveren kan "kun vurdere anbudene ut fra en ren priskonkurranse". Det er således på det rene at verken kvalitet, leveringstid eller referanser er vurdert av innklagedes rådgiver.
- (32) I administrasjonens innstilling om valg av tilbud fremkommer det ikke noe som tilsier at disse kriteriene er vurdert i ettertid av kommunen selv. Tvert om fremgår det at "Statkraft Grønners vurdering blir lagt til grunn for administrasjonens forslag".
- (33) Innklagede har for øvrig heller ikke bestridt klagers anførsel om at ikke alle kriterier for valg av tilbud er vurdert, og har ikke under klageprosessen fremlagt dokumentasjon som godtgjør at kvalitet, leveringstid eller referanser likevel har blitt vurdert ved valg av tilbud.
- (34) Klagenemnda må etter dette legge til grunn at begrunnelsen for valg av tilbud som ble gitt i meddelelsen til klager 16.7.2003 gir et korrekt bilde av den evalueringen som faktisk fant sted. Den formelle begrunnelsen er dermed for så vidt i samsvar med kravene til etterprøvnbarhet i lovens § 5, siden den gjenspeiler den faktiske evalueringen.
- (35) Selve evalueringen er imidlertid mangelfull, siden ikke alle tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget ble vurdert. Dette var de forutsetninger leverandørene baserte seg på da de utarbeidet sine tilbud, og innklagede har derfor opptrådt i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Konklusjon

Nesseby kommune har ved anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider for utbygging av nye Karlebotn vannverk brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å opplyse om at formelle feil ved tilbudene ville føre til avvisning uten å avklare forholdet til forskriftens § 15-2 (2) bokstav g), som inngikk i det regelverk innklagede for øvrig hadde henvist til i konkurransegrunnlaget.

Nesseby kommune har ved anskaffelsen brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved ikke å evaluere samtlige av tildelingskriteriene som ble angitt i konkurransegrunnlaget.