



Vedlegg	1	av:	1
Sak:	2004/81-14		

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager ble avvist som ikke-kvalifisert pga manglende HMS-egenerklæring fra en av "OPS-aktørene". ("OPS" står for Offentlig Privat Samarbeid). Klagenemnda kom til at innklagede hadde skapt tvil om det skulle leveres HMS-egenerklæring for alle "OPS-aktørene" og således brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 om forutberegnelighet. Videre hadde innklagede brutt kravet til god anbuds- og forretningsskikk i forskriftens § 3-1 (2) ved å avvise klager uten å gi en kort tilleggsfrist for ettersendelse av HMS-egenerklæring.

Klagenemndas avgjørelse 19.05.2004 i sak 2004/81

Klager: AF Ragnar Evensen AS

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Forutberegnelighet, god anbudsskikk.

Sakens bakgrunn:

- (1) Bærum kommune (heretter "innklagede") kunngjorde 21.01.2004 en "Begrenset anbudskonkurranse Offentlig Privat samarbeide" der leverandørene skulle gi tilbud på planlegging, prosjektering, bygging, finansiering, forvaltning, drift og vedlikehold av en ny ungdomsskole på Vøyenenga.
- (2) I alt 20 leverandører ba om å få tilsendt invitasjon til prekvalifisering (heretter "konkurransegrunnlaget"), herunder AF Ragnar Evensen AS (heretter "klager"). Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at det var tale om en konkurranse med forhandling. Det fremgikk videre:

"3 Krav til besvarelse

(...)

3.2 Tilbudsbrev prekvalifisering

I et søknadsbrev oppsummeres prekvalifiseringssøknadens hovedpunkter.

Brevet skal være signert av OPS-operatørens ansvarlige part.

3.3 Vedlegg

(...)

Vedlegg E: Sikkerhet

Eierforhold: Selskapsform og eierstruktur for OPS-aktørene.

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

Økonomi: Kopi av siste års regnskap samt siste tre års oversikt over total omsetning for den enkelte OPS-aktøren for den typen tjenester som gjelder for denne avtalen.

Finansiering: Bekreftelse på selskapenes etablerte finansieringsordninger vedlegges.

Kvalitetssikring: Kvalitetssystem og metoder for kvalitetssikring beskrives.

Attester: Det skal leveres to skatteattester:

Attest utsendt av kemner/kommunekasserer der OPS-aktørene har sitt hovedkontor (skatt, forskuddstrekk, påleggstrekk, arbeidsgiveravgift)

Attest fra skattefogden i vedkommende fylke (merværdiavgift)

Begge attester skal være av typen RF-1244, fastsatt av skattedirektoratet.

Attestene skal ikke være eldre enn 6 mnd.

Det skal også vedlegges en egen HMS-egenerklæring."

- (3) Åtte leverandører leverte inn forespørsel om deltakelse i konkurransen, herunder klager. Fire forespørsler manglet imidlertid ulike attester som det var stilt krav om i konkurransegrunnlaget. I klagers søknad ble det lagt ved HMS-egenerklæring for AF Ragnar Evensen AS, som sto som den ansvarlige part overfor oppdragsgiver. For de øvrige selskapene som var del av klagers tilbud, ble HMS-egenerklæring levert for CF Møller, men ikke for Hammersborg Næringsforvaltning.
- (4) Innklagede avviste klager som ikke kvalifisert og begrunnet avvisningen med manglende HMS-egenerklæring fra Hammersborg Næringsforvaltning.

Klagers anførsler:

- (5) Kravet til HMS-egenerklæring fremkommer som siste punkt i konkurransegrunnlagets kapittel 3 "krav til besvarelsene". Det er ikke sagt noe uttrykkelig i konkurransegrunnlaget om at "hver enkelt deltaker i samarbeidet" skal levere inn attester og erklæringer.
- (6) Det er ikke en unaturlig forståelse at kravet om HMS-egenerklæring bare gjaldt OPS-operatørens ansvarlige part. Etter klagers syn gir det ikke god mening at "en egen" skulle innebære et krav om fremleggelse av flere HMS-egenerklæringer.
- (7) Ut fra sammenhengen forsto klager det slik at kravet om HMS-egenerklæring kun gjaldt OPS-operatørens ansvarlige part, dvs i dette tilfellet AF Ragnar Evensen AS som har signert søknadsbrevet. Det forhold at det ved søknaden også ligger HMS-egenerklæring fra CF Møller, skaper i seg selv ikke plikt til å legge fram tilsvarende erklæring fra andre OPS-aktører.
- (8) Av § 5-16 følger riktignok en plikt for entreprenøren ved bygge og anleggskontrakter til å kreve HMS-erklæring fra sine underentreprenører. Det er imidlertid ikke noe krav om at slike erklæringer skal vedlegges entreprenørens søknad om prekvalifisering eller tilbudet.

- (9) Det er for øvrig ikke sagt noe i konkurransegrunnlaget om at manglende HMS-egenerklæring automatisk skal medføre avvisning, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 8-12 (2) bokstav g. I et tilfelle som dette, hvor innklagedes krav til HMS-egenerklæringen ikke er kommet til uttrykk på en klar måte, er det klagers oppfatning at det heller ikke er *adgang* til avvisning, men at oppdragsgiver plikter å benytte seg av muligheten til å be om ettersendelse, jf forskriftens § 5-16 (3). Noe annet ville virke vilkårlig og være i strid med anskaffelsesregelverkets krav til konkurransegrunnlaget, herunder krav om forutberegnelighet og gjennomsiktighet samt kravet om god anbudsskikk.
- (10) Konkurransegrunnlaget var uklart formulert. Risikoen for slike uklarheter ligger på innklagede, slik at en avvisning uten å gi klager tilleggsfrist er urimelig og i strid med anskaffelsesregelverket og klagenemndas praksis.
- (11) Innklagede har ikke satt noen tilbudsfrist. Dette er i strid med anskaffelsesregelverket, jf forskriftens § 5-1 (1) bokstav b nr 2.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (13) Med "OPS-operatør" har innklagede ment det selskap eller firma som fronter saken på leverandørsiden. Med "OPS-aktør" er ment det enkelte medvirkende selskap eller firma på samme side.
- (14) Konkurransegrunnlagets punkt 3.3 "*vedlegg E: Sikkerhet*" sett i sammenheng kan ikke forstås på annen måte enn at kravet til HMS-egenerklæring gjaldt alle "OPS-aktørene". Ordet "en" i siste setning kan ut fra vanlig språkforståelse ikke oppfattes som et tallord, men derimot som en ubestemt artikkel.
- (15) Ved evaluering av de innkomne søknader ble besvarelsene kontrollert mot kravene i punkt 3.3. De fire ikke-prekvalifiserte leverandørene leverte HMS-egenerklæring for noen av sine "OPS-aktører". Det er naturlig å tolke dette slik at man faktisk oppfattet at kravet ikke bare gjaldt hovedaktøren (operatøren). På bakgrunn av ovennevnte, og i henhold til forskriftens §8-12, ble det derfor besluttet at bare de søkerne som leverte komplett dokumentasjon, skulle anses som prekvalifiserte.
- (16) Forskriftens § 5-15 (5) og § 5-16 (4) kommer bare til anvendelse i entrepriserforhold, og ikke i OPS-kontrakter, slik at det er første ledd i begge paragrafer som gjelder i denne saken.
- (17) Innklagede har hele tiden ment at avvisningsplikten ved manglende HMS-erklæring - eventuelt etter tilleggsfrist - er absolutt. Kan-adgangen etter § 8-12(2) gjelder når HMS-erklæring i og for seg er fremlagt, men uten at den inneholder alle nødvendige opplysninger.

Klagenemndas vurdering:

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

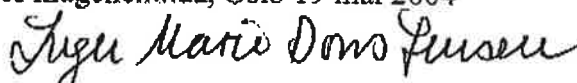
- (19) Det følger av forskriftens § 5-16 (1) at det er innklagede som skal kreve leverandørene for HMS-egenerklæring. Innklagede må gjøre dette på en så tydelig måte at en vanlig leverandør forstår hva som kreves.
- (20) Utgangspunktet er at kravet til HMS-egenerklæring skal fremgå allerede av kunngjøringen, gjennom avkrysning i rubrikk for dette i Norsk lysingsblads standardiserte skjemaer. Dette har innklagede ikke gjort. Innklagede har istedet valgt å opplyse om kravet til HMS-egenerklæring i konkurransegrunnlaget, men da uten å presisere om kravet retter seg mot det innklagede selv har betegnet som "OPS-operatør", eller også mot "OPS-aktørene". Det forhold at fire av åtte "OPS-operatører" manglet attester fra en eller flere "OPS-aktører", illustrerer at konkurransegrunnlaget var uklart på dette punktet.
- (21) Den uklarheten innklagede har skapt, medfører et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (22) På avvisningstidspunktet hadde innklagede ennå ikke vurdert noen tilbud i den aktuelle anskaffelsen. Innklagede hadde da anledning etter forskriftens § 5-16 (3) til å gi de leverandører som ikke hadde levert inn HMS-egenerklæring, en kort tilleggsfrist for ettersendelse.
- (23) Når uklarheten er skapt av innklagede selv, og klagers tolkning av konkurransegrunnlaget for klagenemnda fremstår som forsvarlig, blir innklagedes beslutning om ikke å gi klager en tilleggsfrist urimelig. Innklagede må i et slikt tilfelle antas å ha en plikt til å gi tilleggsfrist ut fra kravet til god anbuds- og forretningsskikk i forskriftens § 3-1.
- (24) Innklagede har opplyst at tilbudsfrist nå er satt til 2 august klokken 12. Klagenemnda går derfor ikke inn på klagers anførsel om at det ikke er satt tilbudsfrist.

Konklusjon:

Bærum kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å skape tvil om hvem som skulle levere inn HMS-egenerklæring.

Bærum kommune har brutt kravet til god anbuds- og forretningsskikk i forskriftens § 3-1 (2) ved ikke å gi klager tilleggsfrist for ettersendelse av HMS-erklæring for en av "OPS-aktørene".

For klagenemnda, Oslo 19 mai 2004


Inger Marie Dons Jensen