



05/248 - 16

Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for veientrepriser. Som mål på leverandørenes økonomiske kvalifikasjoner var det stilt krav om at gjennomsnittlig årsomsetning skulle være høyere enn kontraktens årlige verdi. Unntak kunne gjøres ved "spesielle forhold". Den valgte leverandørs omsetning var langt lavere enn kravet, men innklagede viste blant annet til at leverandøren hadde god erfaring og at oppdraget var lite krevende, og godtok derfor leverandørenes kvalifikasjoner. Klagenemnda hadde ingen innvendinger til konkurransegrunnlagets utforming, men fant at kvalifikasjonsvurderingen ikke hadde vært i samsvar med konkurransegrunnlagets krav.

Klagenemndas avgjørelse 6. mars 2006 i sak 2005/248

Klager: Mesta AS

Innklaget: Statens vegvesen Region sør

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl og Bjørg Ven

Saken gjelder: Manglende avvisning. Kvalifikasjoner.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region sør (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 4. mars 2005 en åpen anbudskonkurranse vedrørende omlegging og ombygging av Rv 9 fra Bykil til Mosdøl over en lengde på 1200 m i Bykle kommune i Aust-Agder.
- (2) Konkurransegrunnlaget bestod av 13 ulike dokumenter. Disse var angitt på side A3-3 i konkurransegrunnlaget og bestod blant annet av dokument nr 1. "Konkurransegrunnlag - kap A-G" og dokument nr. 10. "Firmakvalifisering ved bygg- og anleggsentrepriser, NA-Rundskriv 01/25". Samtlige dokumenter var vedlagt konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlagets kapittel F var det oppstilt følgende kvalifikasjonskriterier:

*"F1: Firmaets erfaring fra tilsvarende arbeider
F2: Vegvesenets erfaring med firmaet
F3: Bemanning og plan for gjennomføring
F4: Kvalitetssikringssystem og internkontrollsystem
F5: Firmaets omsetning
F6: Likviditet og soliditet
F7: Maskiner og utstyr
F8: Teknisk kompetanse
F9: CV for nøkkelpersonell"*

- (3) Hvert kvalifikasjonskriterium skulle gis mellom 0 og 4 poeng. Hvordan poengene skulle regnes ut, var angitt i rundskrivet på side 3 til 9. Etter at hvert kvalifikasjonskriterium var poengsatt, skulle det regnes ut en gjennomsnittsverdi.
- (4) Av konkurransegrunnlagets kapittel F fremgikk det at *"alle enkeltvurderinger som gir resultatet 0 poeng, vil medføre at tilbudet avvises"* og at *"hvor gjennomsnittsverdien er mindre enn 2,25 vurderes tilbyderen som uegnet, og avvises"*.
- (5) I rundskrivet vedrørende kvalifikasjonskriterium F5 *"Firmaets omsetning"* fremgikk det følgende:

*" - Det benyttes fast formel for poengberegning.
- Tilbudssum i forhold til omsetning totalt for tilbyders firma, skal sikre at oppdraget kan gjennomføres under økonomisk trygghet.
- Utviklingen i tilbyders omsetning vurderes. Tilbyder avvises hvis utviklingen i firmaets omsetning er så dårlig at det er stor grunn til å anta at tilbyder ikke kan klare å utføre arbeidene.*

[...]

- Unntaksvis, når spesielle forhold tilsier det, kan regelen om avvisning fravikes.

Beregning av poeng for omsetning gjøres etter følgende formel:

$$C = C1/C2$$

der

C1 er gjennomsnittlig årsomsetning de siste 3 år

C2 er tilbudets årsomsetning. "

- (6) Av tabell inntatt under dette fremgår det at C under 1 gir 0 poeng, C mellom 1 og 3 gir 1 poeng, C mellom 3 og 5 gir 2 poeng, C mellom 5 og 7 gir 3 poeng og C over 7 gir 4 poeng.
- (7) Generelt om praktiseringen av kapittel F fremgikk det av rundskrivet at:
- "Firmakvalifisering etter kapittel F er grunnlag for den formelle vurdering av egnethet, jf. Forskrift om offentlige anskaffelser §§ 8-2 og 15-2."*
- (8) Tildeling av kontrakt skulle skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var i uprioritert rekkefølge: *"pris, kvalitet og leveringstid"*.
- (9) Innklagede mottok 4 tilbud, deriblant fra Mesta AS (heretter kalt klager) og fra Uppstad Transport og Anlegg AS (heretter kalt Uppstad) som senere ble tildelt kontrakten. Uppstads tilbudssum var den rimeligste med kr. 8.057.800, mens klagers tilbudspris på kr. 10.404.881 var nest rimeligst.
- (10) Det fremgikk av Uppstads dokumentasjon at firmaets gjennomsnittlige årsomsetning var på kr. 7.300.000. Tilbudets årsomsetning var på kr. 19.338.720, og Uppstad fikk dermed summen 0,38 og 0 poeng på kvalifikasjonskriteriet F5 *"Firmaets omsetning"*.

Gjennomsnittsverdien for alle kvalifikasjonskriteriene var 2,27 poeng for Uppstads vedkommende.

- (11) Etter innklagedes vurdering av tilbudene ble det utarbeidet en innstilling med følgende uttalelser:

"I konkurransegrunnlaget har vi bedt om opplysning på punktene F1 til F9. Dette gjorde vi for å få en kontroll med maskiner og folk slik at vi skulle ha trygghet for at mindre firmaer hadde tilstrekkelig med maskiner og kvalifiserte folk. I ettertid ser vi at vi burde ha lempet på kravene til omsetning da det ikke ville gi noen økonomisk risiko for Vegvesenet, men med byggetid på 5 måneder fører det til at 2 av firmaene som har gitt inn tilbud kommer ut med 0 poeng på omsetning og skal etter reglene vanligvis avvises. Dette gjelder tilbyder nr. 1 Uppstad Transport og Anlegg AS og tilbyder nr. 3 E. Opedal og sønner.

I NA-Rundskriv 01/25 s. 7 er det under punkt F5 Firmaets omsetning, siste strekpunkt angitt: "Unntaksvis, når spesielle forhold tilsier det, kan regelen om avvising fravikes." Prosjektlederen har tatt denne saken opp med byggherrekontoret i Vegdirektoratet. Med den begrunnelse som er nevnt i brevet fra Vegdirektoratet går vi inn for ikke å avvise tilbyder nr 1 Uppstad Transport og Anlegg AS. Vi vil da heller ikke avvise tilbyder nr. 3 E. Opedal og sønner som har en vesentlig større omsetning enn tilbyder nr. 1."

- (12) Som følge av innklagedes henvendelse til Vegdirektoratet, kom Vegdirektoratet med følgende skriftlige uttalelse knyttet til tolkningen av begrepet "spesielle forhold" i unntaksbestemmelsen (udatert):

"Vegdirektoratet er av den oppfatning at praktiseringen av F5 i gjeldende rundskriv i mange tilfeller er for urimelig og for "streng", særlig for ordinært anleggsarbeid som varer kortere tid enn ett år, og for nyetablerte firmaer. [...] Firmaet etablerte seg i 2002, og har en økning i omsetningen. Gjennomsnitt siste 3 år er 7,3 mill. kr. Firmaet legger opp til en økt bemanning, som igjen kan være grunnlag for større omsetning. Det aktuelle anleggsarbeidet representerer en liten risiko for Statens vegvesen. [...] Med bakgrunn i ovennevnte og at firmaet er relativt nyetablert, mener vi det i denne saken foreligger spesielle forhold slik at reglene i F5 om avvising kan fravikes."

- (13) Da innklagede vurderte samtlige tilbydere som like på kvalitet og leveringstid, ble prisen avgjørende for evalueringen. I brev av 19. april 2005 ble leverandørene meddelt at Uppstad var tildelt kontrakten.
- (14) Innstillingen ble påklaget av klager i brev av 27. april 2005. Det ble her anført at Uppstad skulle vært avvist på grunn av regelen i kapittel F2 om at "Alle enkeltvurderinger som gir resultatet 0 poeng, vil medføre at tilbudet avvises". Klagen ble i brev av 2. mai 2005 ikke tatt til følge. Til støtte for dette anførte innklagede at regelen om avvising ved 0 poeng på et av kvalifikasjonskriteriene, var fraveket med hjemmel i unntaksbestemmelsen i NA-Rundskrivets punkt F5, idet det forelå "spesielle forhold". Det ble i innklagedes brev blant annet pekt på følgende:

"Når det skal avgjøres om hovedregelen skal fravikes, vil oppdragets karakter og kompleksitet måtte tillegges vesentlig vekt. [...] Det er her tale om helt ordinære og enkle veiarbeid, der den utførende entreprenør ikke vil bli stillet overfor noen særlige utfordringer. [...] oppdraget er usedvanlig lite komplekst. [...] av tilbyderens opplysninger på F1 og F2, fremkommer det at dette er en type vegarbeider Uppstad Transport og Anlegg AS har bred erfaring med.[]... Denne tilbyderen har hatt oppdrag med en større omsetning og kompleksitet enn det aktuelle oppdraget. [...] For vegvesenet er det liten risiko knyttet til oppdraget. Oppdraget er av en slik karakter at det ikke vil by på vansker for en ny entreprenør å gå inn og slutføre et påbegynt oppdrag om det skulle bli nødvendig. "

- (15) Kontrakt i saken ble deretter inngått med Uppstad Transport og Anlegg AS den 3. mai 2005.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (17) Anbydernes egnethet må vurderes ut i fra de kvalifikasjonsvilkår oppdragsgiver velger å oppstille i konkurransegrunnlaget. Innklagede forpliktet seg ifølge konkurransegrunnlaget side F2 og D1-1 til å avvise alle anbydere som fikk "resultat 0 poeng" på en eller flere "enkeltvurderinger". Innklagede kunne ikke benytte "unntaksmuligheten" inntatt i NA-Rundskriv 01/25 for å unngå å avvise en anbyder som fikk 0 poeng på en enkeltvurdering.
- (18) Dette prinsipielt fordi "unntaksmuligheten" inntatt i rundskrivet ikke var gjort til en del av konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget inneholder ikke noen henvisning til rundskrivet utover på side F10. Henvisningen her gjaldt utelukkende "poenggivning", og ikke den nevnte "unntaksmuligheten". Dette støtter klagers oppfatning om at "unntaksmuligheten" måtte ha blitt nedfelt i konkurransegrunnlaget, for å gjelde i den enkelte konkurranse, jf. her også side 2 i rundskrivet. Skulle de alminnelige krav til omsetning vært fraveket i konkurransen, skulle dette kommet til uttrykk i F- eller D-kapitlet.
- (19) Subsidiært anføres det at "unntaksmuligheten" i rundskrivet står i motstrid med bestemmelser inntatt i konkurransegrunnlaget, se side F2. Ved motstrid må de vilkår som fremgår av konkurransegrunnlaget legges til grunn ved vurderingen av leverandørenes egnethet.
- (20) Atter subsidiært anføres det at unntaksmuligheten i rundskrivet er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 15-12. Etter sin ordlyd gir unntaksmuligheten anledning til å gjøre unntak fra "regelen om avvisning". En slik "mulighet" er direkte i strid med forskriftens § 15-12, idet denne slår fast at den som ikke oppfyller vilkår fastsatt for deltakelse i konkurransen, "skal" avvises. En slik måte å utforme kvalifikasjonskravet på er derfor i strid med preseptorisk forskrift.
- (21) Dersom unntaksmuligheten i rundskrivet gir innklagede rett til å ikke avvise Uppstad, må det stilles krav til den begrunnelse innklagede har gitt. De argumenter innklagede har anført som "spesielle forhold" tilfredsstiller ikke de nødvendige krav til saklighet, forutberegnelighet og til bruk av objektive momenter i den skjønnsmessige vurdering.

- (22) Det foreligger grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (23) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (24) Rundskrivet er gjort til en del av konkurransegrunnlaget, jf. konkurransegrunnlaget kapittel A3, punkt 11, dokument 10. Rundskrivet fulgte også vedlagt. Kapittel F angir hvilke kriterier som vil bli vurdert i kvalifikasjonsvurderingen. Rundskrivet angir prosedyrer for hvordan opplysningene skal vurderes, herunder oppstiller karakterskala og formel for utregning. Dokumentene må ses i sammenheng, idet kapitlene D1 og F ikke på eget grunnlag vil kunne gi grunnlag for beregninger. Rundskrivet gir således premissene for kvalifikasjonsvurderingen.
- (25) Forskriftens § 12-6 angir at kvalifikasjonskriteriene i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen. Det bør ikke ha vært uklart hvilke kriterier som gjaldt og hva som var grunnlaget for vurderingene. Konkurransegrunnlaget redegjør for dette i kapittel F og i rundskrivet. Spørsmålet om hva som skal til for at det foreligger "særlige forhold", beror på en skjønnsmessig vurdering. Dette innebærer ikke noen stor usikkerhet for leverandørene. Det kvalifikasjonsgrunnlag Statens vegvesen benytter, går et godt stykke lenger enn det som kreves etter forskriftens §§ 12-5 (1) og 12-6 (1). Forskriftens utgangspunkt kan innebære en uforutsigbar situasjon for leverandørene. Fordi innklagede ønsket å gjøre noe med dette, ble rundskrivet gjort til en del av konkurransegrunnlaget. Rundskrivet gir likevel oppdragsgiver enkelte muligheter til å foreta skjønnsmessige vurderinger i de tilfeller det foreligger spesielle omstendigheter.
- (26) Forskriftens § 15-12 (1) a er en avvisningsregel, som gjelder i de tilfeller oppdragsgiver mener leverandøren(e) ikke oppfyller de krav som er satt til deltakelsen i konkurransen. I dette tilfellet var Uppstad kvalifisert. Dermed var det ikke aktuelt å bruke hjemmelsbestemmelsen.
- (27) I dette tilfellet kom både Region sør og Vegdirektoratet til at det forelå "spesielle forhold", jf. innstillingen og begrunnelsen som ble gitt klager. På denne bakgrunn benyttet man unntaksmuligheten hjemlet i rundskrivet.
- (28) Det er ikke begått erstatningsbetingende feil i denne saken. Dersom klagenemnda skulle komme til at det er begått feil, er disse ikke vesentlige og erstatningsbetingende. Det er ikke tatt stilling til hvem som ville blitt tildelt kontrakten dersom Uppstad hadde blitt avvist.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen følger forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. §§ 2-1 og 2-2.
- (30) Spørsmålet i saken er om Uppstad skulle vært avvist på grunn av at kravet til omsetning ikke var oppfylt.
- (31) Til tross for at konkurransegrunnlagets kapittel D og F mangler en uttrykkelig henvisning til NA-Rundskriv 01/25, fremgår det av konkurransegrunnlagets kapittel

A3-3 at rundskrivet er en del av grunnlaget. Videre var rundskrivet ett av de dokumenter klager fikk tilsendt i konkurransegrunnlaget. Rundskrivet er derfor å betrakte som en del av konkurransegrunnlaget.

- (32) Regelen i rundskrivets punkt F5 siste strekpunkt er en unntaksbestemmelse i forhold til regelen i kapittel F side F2 punkt 2. En hovedregel med et unntak innebærer ingen motstrid.
- (33) Den samlede regel, som fremkommer ved at hovedregelen og unntaksregelen sammenstilles, er ikke i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 15-12. § 15-12 fastslår kun at avvisning skal skje, dersom leverandøren(e) ikke oppfyller de krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen. Når en kvalifikasjonsregel er sammensatt av flere enkeltregler, er det hva som følger av den samlede regel som er avgjørende for hvorvidt en leverandør skal avvises, ikke hva som følger av hver av enkeltreglene isolert sett.
- (34) Konkurransegrunnlaget stilte som et kvalifikasjonskrav at tilbydernes gjennomsnittlige årsomsetning skulle være høyere enn kontraktsverdien omregnet i årlig verdi. Den valgte tilbyders gjennomsnittlige årsomsetning var bare ca. 1/3 av kontraktens årsverdi, noe som medførte at vedkommende etter avrundning fikk 0 poeng. Etter hovedregelen om avvisning i kapittel F, skulle den valgte tilbyder derfor vært avvist. Konkurransegrunnlaget åpnet imidlertid for å fravike hovedregelen unntaksvis ved "*spesielle forhold*".
- (35) Kvalifikasjonsvurderingen skal gi oppdragsgiveren sikkerhet for at leverandøren er i stand til å oppfylle kontrakten. Innklagede har blant annet stilt krav til leverandørens økonomiske stilling, for å sikre at leverandørene er i stand til å foreta de investeringene prosjektet krever. Leverandørens omsetning er et mål nettopp på den økonomiske stillingen. Et unntak fra kravet til omsetning kan derfor bare gjøres i den grad det anføres forhold som tilsier at omsetningskravet i dette tilfellet ikke gir et godt bilde av tilbyderens økonomi.
- (36) Som grunnlag for å benytte unntaksbestemmelsen, har innklagede for det første anført en rekke forhold ved kontrakten, blant annet at det her er tale om helt ordinære og enkle veiarbeid, at oppdraget er usedvanlig lite komplekst og at det er liten risiko knyttet til oppdraget. Dette er forhold som var kjent for innklagede allerede ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. Det fremgår av innklagedes argumentasjon at unntaket er benyttet, fordi innklagede i ettertid har endret oppfatning av hva som var nødvendig for å sikre kontraktsoppfyllelse.
- (37) For det andre har innklagede anført forhold som gjelder valgte tilbyder, blant annet at denne har bred erfaring med samme type oppdrag og at denne har utført både mer komplekse og mer verdifulle kontrakter enn aktuelle. Dette er forhold som fanges opp av kvalifikasjonskrav F1. En overoppfyllelse av ett kvalifikasjonskrav kan ikke reparere manglende oppfylling av ett annet kvalifikasjonskrav.
- (38) Innklagede har dermed vurdert leverandørens kvalifikasjoner i strid med konkurransegrunnlaget ved å fravike kravet til omsetning uten at det anføres forhold som tilsier at leverandørens økonomi likevel var tilstrekkelig god til å sikre oppfyllelse av kontrakten. Uppstads omsetning var bare 38 % av det kravet som var

stilt i konkurransegrunnlaget, og klagenemnda finner derfor at Uppstad skulle vært avvist, jf forskriftens § 15-12 (1) bokstav a.

- (39) Spørsmålet om erstatning beror på flere konkrete forhold som klagenemnda mangler tilstrekkelig grunnlag for å vurdere. Klagenemnda velger derfor å ikke uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. Klagenemndsforskriften § 12, 2. ledd i.f.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region sør har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-12 (1) bokstav a ved at den valgte leverandøren ikke ble avvist til tross for at vedkommende ikke oppfylte kvalifikasjonskravene.

For klagenemnda
6. mars 2006


Bjørge Ven