



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde kunngjort en konkurranse med forhandling vedrørende anskaffelse av et boligforvaltningssystem. To leverandører som ikke var kvalifisert, ble likevel invitert til forhandlinger, og kontrakt ble tildelt en av disse leverandørene. Klagenemnda kom til at innklagede skulle ha avvist selskapet som ble tildelt kontrakt, jfr. forskriftens § 15-12, første ledd bokstav a, selv om selskapet før kontrakt ble tildelt kunne dokumentere oppfyllelse av kravet gjennom bruk av underleverandører.

Klagenemndas avgjørelse 12. juni 2006 i sak 2005/84

Klager: Uni Pluss AS

Innklaget: Trondheim Kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll- Matthiesen

Saken gjelder: Avvisning som følge av manglende kvalifikasjoner, feil ved evaluering, erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Trondheim kommune ved Trondheim Eiendom (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 14. mai 2004 anskaffelse av et boligforvaltningssystem. Konkurransereform var begrenset konkurranse med forhandling.
- (2) I kunngjøringen pkt. III. 2.1.3 fremgikk det blant annet følgende om kvalifikasjonskrav:

”Teknisk kapasitet - dokumentasjon som kreves:

Minimum antall ansatte med spesialkompetanse (siv.ing. el. lignende):

3. Minst 1 installasjon som er aktiv på tilsvarende system med over 1000 boliger”.

- (3) Tre leverandører, herunder Visma Unique AS, Arnett AS (heretter kalt Arnett) og Unipluss AS (heretter kalt klager) ble i følge anbudsprotokollen kvalifisert. Av vedlegg til anbudsprotokollen ”Evaluering prekvalifiseringskriterier Arnett” fremgikk det følgende om kvalifiseringen av Arnett:

”Kompetanse - Leverandør legger frem CV for ledelse og for sentrale fagpersoner innenfor IT og Boligforvaltning, Minimum antall ansatte med spesialkompetanse (siv.ing. el. lignende): 3

Svar: ikke tilfredsstilt”

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

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

- (4) Av konkurransegrunnlagets pkt. 3 fremgikk det følgende om tildelingskriterier:

"Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende kriterier (ikke i prioritert rekkefølge):

- Funksjonalitet (50 %)*
- Service/oppfølging (kommer til anvendelse ved likeverdighet)*
- Pris (50 %)"*

- (5) Det fremgikk videre at graden av funksjonalitet skulle avgjøres på følgende måte:

"Den leverandøren som har svart Ja på flest funksjonskrav får korreksjonsfaktor $K=0,5$ på dette kriteriet. Den leverandøren som har færrest JA får korreksjonsfaktor $K=1,0$ på dette kriteriet. Vinneren er den leverandøren som med laveste verdi på formelen $\text{Pris} \cdot K$.

- (6) Det fremgikk av åpningsprotokoll av 3. august 2004 at opprinnelige pristilbud fra de tre leverandørene var følgende:

"Visma

Alternativ 1 kr. 546 550 eks mva

Arnett

Alternativ 1 kr. 872 000 eks mva

Alternativ 2 kr. 932 750 eks mva

Unipluss

Alternativ 1 kr. 2 925 985 eks mva

Alternativ 2 kr. 2 955 985 eks mva"

- (7) Arnett ble invitert til forhandlinger sammen med Visma Unique AS. Klager ble invitert til forhandlinger etter at klager skriftlig klaget på at selskapet ikke var tatt med i forhandlingsprosessen.
- (8) Klager deltok i forhandlingsmøte, og inngav et revidert tilbud ved brev av 17. september 2004. Tilbudet ble endret blant annet på pris og funksjonalitet.
- (9) Av tildelingsbrev av 10. november 2004 fra innklagede fremgikk det at Arnett var valgt som leverandør for anskaffelse av nytt boligforvaltningssystem. Klager påklaget vedtaket ved brev av 18. november 2004. I brev av 9. desember 2004 begrunner innklagede vedtaket nærmere. Det ble blant annet uttalt at:

"I vårt konkurransegrunnlag har vi presisert at valg av tilbud vil bli avgjort på bakgrunn av tildelingskriteriene som er omtalt under kapittel 4.

Dette er gjort på bakgrunn av korreksjonsfaktoren som tilsier at Unipluss AS og Arnett AS har fått like mange "ikke ja" (% stk.) Det er gitt lik vekt til samtlige

*funksjonskrav. Arnett AS er dermed vinner av tilbudskonkurransen basert på formelen $Pris * K$*

- (10) I brev av 23. desember 2004 fra innklagede fremgikk det videre at klager ble innstilt som nummer 2 og at:

"Tilbudet fra Uni Eiendom ligger 232 100,- høyere enn for Arnett. Uni Eiendom fra Unipluss AS innstilles derfor som nummer 2"

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (12) Prinsipalt anføres at leverandøren som ble tildelt kontrakten, Arnett AS, ikke tilfredstilte kravene for å bli kvalifisert, og tildelingsbeslutningen er av denne grunn ugyldig.
- (13) Subsidiært anføres at tildelingen av kontrakten til Arnett AS er ugyldig, fordi tildelingen er basert på uriktig faktisk grunnlag som følge av at Arnett AS har svart "ja" på flere funksjonskrav som ikke er dekket i denne leverandørens løsning.
- (14) Klagenemnda bes vurdere om det er grunnlag for å kreve erstattet den negative eller positive kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (16) Det er riktig at Arnett på tidspunktet for innlevering av tilbudet kun hadde to ansatte. Ved tidspunkt for kontraktsinngåelse hadde imidlertid Arnett innledet et forpliktende samarbeidsavtale med Itema AS, og de samlede ressurser tilgjengelig for oppfylning av kontraktsforpliktelsene var dermed oppfylt ved underskrift av kontrakt.
- (17) Det var kun klager som oppfylte alle kvalifikasjonskravene, men innklagede valgte å kvalifisere både Arnett og Visma Unique AS, selv om disse tilbyderne ikke var kvalifisert, for å sikre reell konkurranse. Innklagede mener at denne fremgangsmåten har opprettholdt konkurranse i markedet, og bestrider derfor klagers anførsel.
- (18) Innklagede bestrider videre at tildelingen er basert på uriktig faktisk grunnlag. Både klager og Arnett hadde 5 "ikke ja" i funksjonsmatrisen. Alle andre kravpunkt er besvart med ja. Siden klagers pris etter forhandlinger ligger over Arnett sin pris, er det opplagt at Arnett blir vinner av konkurransen ved bruk av korreksjonsfaktoren $Pris * K$.
- (19) Innklagede bestrider at det er grunnlag for kreve dekket negativ eller positiv kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen omfattes etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III. Klagen er rettidig.

- (21) Det er på det rene at Arnett, på tidspunktet for vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner, ikke oppfylte fastsatt kvalifikasjonskrav om minimum 3 ansatte med spesialkompetanse.
- (22) Etter forskriftens § 15-12, første ledd, bokstav a skal oppdragsgivere avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen. En oppdragsgiver kan ikke unnlate å avvise en leverandør for å opprettholde konkurransen i markedet, dersom leverandøren skulle vært avvist etter forskriften.
- (23) Innklagede hevder at Arnett senere oppfylte kvalifikasjonskravet ved sin samarbeidspartner Itema AS. Det er i utgangspunktet ingenting i veien for at en tilbyder kan vise til tredjemanns kvalifikasjoner dersom tilbyder kan bevise at han reelt sett disponerer over tredjemanns ressurser, jf. EF-domstolens sak C-176/98.
- (24) På den annen side må kvalifikasjonene vurderes slik de foreligger på tidspunktet for vurderingen av kvalifikasjonene. Det fremgår av forskriftens § 16-3, første ledd at oppdragsgiver skal velge ut hvem som skal inviteres til å forhandle blant leverandører som tilfredsstiller kravene for deltakelse i konkurransen. I denne saken er det klart at innklagede har valgt ut leverandører til forhandlinger som ikke tilfredsstilte kravene for deltakelse i konkurransen.
- (25) Det fremgår videre av klagenemndas avgjørelse i sak 2004/229 følgende:
- ”Vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner skal skje før tilbudsevalueringen, og i en konkurranse med forhandling skal oppdragsgiver bare forhandle med tilbydere som oppfyller kvalifikasjonskravene”.*
- (26) At Arnett, først like før kontraktstildelingen dokumenterer at kvalifikasjonskravet er oppfylt ved at de ved sin samarbeidspartner kan tilby 3 ansatte med spesialkompetanse, er således ikke tilstrekkelig i forhold til oppdragsgivers plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravet.
- (27) Det ville også stride mot kravet til likebehandling av leverandører i lovens § 5 om innklagede lot en leverandør få anledning til å komme med nye opplysninger etter at kvalifikasjonsvurderingen er foretatt.
- (28) Klagenemnda kommer derfor til at Arnett skulle vært avvist fra konkurransen, jf. forskriftens § 15-12, første ledd, bokstav a.
- (29) Siden klager har fått medhold i sin prinsipale anførsel, tar klagenemnda ikke stilling til klagers subsidiære anførsel om at det er feil ved det faktiske grunnlag ved tildelingen.
- Erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse*
- (30) For at klager skal ha grunnlag for å kreve positiv kontraktsinteresse, må det for det første foreligge en vesentlig feil og det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått.

- (31) I dette tilfellet vet man ikke om innklagede ville avlyst konkurransen etter forskriftens § 17-1, første ledd dersom det ikke var flere enn en tilbyder med videre i forhandlingene. Manglende konkurranse kan etter omstendighetene være en saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagenemnda viser her til klagenemndas sak 2003/75 hvor nemnda la til grunn at mangelfull deltakelse kan være saklig grunn for å avlyse konkurransen. Det ble vist til at ” *hensynet til effektiv konkurranse ofte vil være praktisk umulig å ivareta når kun en leverandør kvalifiserer seg*”.
- (32) Siden det var svært stor prisforskjell mellom klagers tilbud og de andre leverandørenes tilbud, anser klagenemnda det ikke som overveiende sannsynlig at klager ville fått oppdraget om feilen ikke var begått. Klagenemnda finner derfor ikke grunnlag for å konstatere at vilkårene for positiv kontraktsinteresse er oppfylt.
- (33) Det er begått feil i saksbehandlingen, og klagenemnda antar at det er sannsynlig at klager ikke ville levert inn tilbud dersom han på forhånd visste at en leverandør, som skulle vært avvist, likevel fikk være med videre i forhandlingene. Klagenemnda legger derfor til grunn at klager kan ha grunnlag for å kreve negativ kontraktsinteresse.

Konklusjon:

Trondheim kommune har brutt forskriftens § 15-12, første ledd, bokstav a ved å anta en leverandør som skulle vært avvist.

For klagenemnda,
12. juni 2006

Kai Krüger