



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende avslutning av avfallsdeponi. Klagenemnda kom til at innklagede brøt forskriften § 15-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør på grunnlag av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om sertifisering for sveising av HDPE-membran.

Klagenemndas avgjørelse 7. mai 2007 i sak 2006/120

Klager: HRS Maskin AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Morten Goller, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav.

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. mai 2006 i DOFFIN-databasen en åpen anbudskonkurranse vedrørende avslutning av avfallsdeponi.
- (2) Det hitsettes fra kunngjøringen pkt. II.1.6 "Kontraktens gjenstand":

"Forsvarsbygg Markedsområde Midt-Troms (FB MOMT) innbyr til åpen anbudskonkurranse for avslutning av tre stykk avfallsdeponi i Kobbryggdalen i Setermoen Skytefelt i Bardu kommune. Dette etter pålegg og godkjent tiltaksplan fra Fylkesmannen i Troms, Miljøvernavdelingen.

Deponiene, med en overflate på om lag 700m², 300m² og 300m², skal avsluttes med tildekking med 2 mm HDPE-membran og naturlige masser på en slik måte at fall på deponienes overflate leder nedbør og smeltevann bort. I tillegg skal det etableres til sammen åtte overvåkningspunkter, herunder fire for grunnvannsovervåkning og fire for overvåkning av bekk/overflatevann.

Tilbudet omfatter alt arbeid vedrørende:

- *Tilrigging, drift og massetransport.*
- *Avretting av deponioverflate med stedlige, evt tilkjørte masser, slik at det oppnås tilstrekkelig fall til sidene.*
- *Avhengig av stedlige masser legge beskyttelseslag for membran.*
- *Legging og sveising på stedet av heldekkende 2mm HDPE-membran på alle tre deponier.*
- *Eventuelt beskyttelseslag over membran.*
- *Avretting av 0,3m vegetasjonsdekke på toppen.*

- *Etablering av overvåkningspunkter (kummer).*

Det kreves godkjenning i:

- *Tiltaksklasse 2 for oppdraget generelt.*
- *Sertifisering av sveising av HDPE-membran. Sertifikat skal fremlegges som del av tilbud.*

Oppdraget skal være avsluttet innen 1. september 2006.

Befaring av deponiene planlegges gjennomført 16. juni 2006.”

- (3) I konkurransegrunnlaget datert 19. juni 2006, del I pkt. 5 ”Krav til leverandøren – kvalifikasjonskrav”, het det:

”Det kreves sertifisering for sveising av HDPE-membran. Kopier av sertifikater SKAL legges ved tilbudet.”

- (4) Det hitsettes fra pkt. 14 ”Krav til tilbudet – tildelingskriterier”:

”Tildeling av kontrakt skjer på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for Staten. Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på følgende tildelingskriterier:

1. Miljøaspekter.

Her vil det bli lagt avgjørende vekt på hvordan tilbyder tidligere har utført oppdrag med tildekning av avfallsfyllinger, samt hvordan tilbyder tidligere har behandlet avfall samt bygnings- og rivningsavfall. Referanser for tidligere gjennomførte lignende prosjekter oppgis. Det vil bli lagt vekt på referanser fra tidligere prosjekter. Forsvarsbygg forbeholder seg retten til å ta kontakt med

2. Pris.

3. Gjennomføringsplan.

Her vil det bli lagt vekt på organisering av arbeidet, miljøkontroll og sikringstiltak mht. spredning samt vedlagte dokumentasjoner. Tiden for gjennomføring av prosjektet vil være en viktig faktor ved utvelgelse av entreprenør.

Deltakelse på tilbudsbeferingen vil bli vektlagt ved vurderingen av tilbudene.

☒ *Tildelingskriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge.”*

- (5) Innen tilbudsfristen 12. juli 2006 var det inngitt fem tilbud. Blant tilbyderne var HRS Maskin AS (heretter kalt klager) og Lars Eriksen Maskin AS (heretter kalt valgte tilbyder).
- (6) Anskaffelsesprotokollen datert 7. august 2006 inneholdt i pkt. 12 en evaluering av de innkomne tilbud:

”12.2.4 Lars Eriksen Maskin AS

[...]

Dokumentasjon av sertifisering for sveising av HDPE-membran: Nei, Sentral godkjenning for Nor-Profil vedlagt.

[...]

Firmaet vil bruke Nor-Profil AS til sveising og legging av HDPE membran. Firmaet har ikke lagt ved de nødvendige sertifikater for sveising, Det er lagt ved sentral godkjenning for Nor-Profil AS, som bla omhandler godkjenning for takteking og membranarbeider, tiltaksklasse 2.

[...]

Firmaet har ikke oversendt nødvendig påkrevd sertifikat for sveising pga ferieavvikling, men på bakgrunn av oppgitt NEMCO godkjenningsnummer og telefonsamtaler med aktuell underleverandør er oppgitte opplysninger verifisert til å være dekkende for oppdraget. Firma Lars Eriksen Maskin AS innstilles som nr 1. Sertifikat fremskaffes før oppdraget iverksettes.”

- (7) I brev av 17. august 2006 klaget klager på tildeling av kontrakt.
- (8) Innklagede opprettholdt valg av tilbyder i brev av 18. august 2006. Det hitsettes fra brevet:

”Firmaet Lars Eriksen Maskin AS ble innstilt til å gjennomføre tiltaksarbeidene i Kobbryggdalen med bakgrunn i beskrevne gjennomføringsplan, pris og kompetanse.

I tilbudsdokumentene var det gitt krav om at kopi av sertifikat for HDPE-sveising skulle legges ved. På grunn av ferieavvikling og relativt kort tilbudsfrist hadde ikke valgte entreprenør klart å skaffe kopi av sertifikatet. Det ble imidlertid vist til sertifikatnummer i Nemko Certification sin database. FB MOMT valgte med bakgrunn i råd fra SWECO Grøner AS å inngå kontrakt med Lars Eriksen Maskin AS under forutsetning av at kopi av sertifikat ble ettersendt.

HRS maskin har protestert på innstillingen med henvisning til kvalifikasjonskrav, med bakgrunn i at innstilte entreprenør ikke var sertifisert ved oppstart av sveising av HDPE-membranen og at kopi ikke var vedlagt.

FB MOMT har mottatt kopi av sertifikat for Nils Arild Wedul, som står som ansvarlig for sveisingen. Wedul innehar K4 sertifisering, hvilket innebærer godkjenning av sveising av plastmembraner for sveising av tynnplater/folier i termoplast til bruk som geomembraner, takfolie, deponifolie mm. Det innebærer med andre ord ikke riktighet at antatt entreprenør ikke har fremskaffet gyldig sertifikat før oppstart av sveising.

Når det gjelder at kopi av sertifikatet ikke var vedlagt tilbudet, men ble ettersendt, så aksepterte FB MOMT, med bakgrunn i kort frist for innlevering av tilbud og ferieavvikling, at dette sertifikatet ble ettersendt. Dette ville etter vår vurdering ikke ha noen konkurransevridende effekt og ville heller ikke påvirke de enhetspriser som er gitt av de ulike entreprenørene.

Innstillingen ble gjort etter vurdering av leverandøren av membranen og sveiser og en rekke telefoner med entreprenør og membranleverandør. Dette ble videre sjekket opp mot Nemko, både via Nemko sin database og telefonisk kontakt med Nemko.”

- (9) Klage ble inngitt til klagenemnda 21. august 2006.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandør leverte ikke rettidig inn sertifikat for sveising av HDPE-membran, jf anskaffelsesprotokollen pkt. 12.2.4. Dette var et av kravene i anbudsdokumentene, jf ”Innbydelse til konkurranse” pkt. 5, jf også tildelingskriterium nr. 3 i konkurransegrunnlaget pkt. 14, der vedlagt dokumentasjon er spesielt nevnt.
- (11) I fagmiljø er det, så langt klager har avklart, ikke tvil om at det er stilt krav om K4-sertifikat og at sertifisering i Norge foretas av NEMKO. Klager finner derfor innklagedes påstand i tilsvaret om at innklagede på angjeldende tidspunkt ikke var klar over forskjellen på K2 og K4-sertifikatene, underlig.
- (12) I henhold til NS 3430 pkt. 12.3 skal anbudet da avvises. Når NS 3430 er grunnlaget for kontrakt for utførelse av bygg- og anleggsarbeider, jf konkurransegrunnlaget pkt. 1, er det rimelig at NS 3430 er en del av grunnlaget for konkurransen, selv om den ikke er tatt med i oversikten over konkurransegrunnlaget.
- (13) Klager anfører videre at det var feil av innklagede å innlede forhandlinger med valgte tilbyder med sikte på kontraktsinngåelse. I henhold til konkurransegrunnlaget pkt. 2 er det invitert til åpen anbudskonkurranse uten forhandlingsadgang. Entreprenøren skal ikke gis forlenget frist for å skaffe tilveie nødvendig dokumentasjon.
- (14) Som tilbyder med nest laveste anbudssum og all forespurt dokumentasjon vedlagt anbudet, er klager berettiget til utbetaling av fortjenestetap.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede har i kunngjøring og konkurransegrunnlag sagt at leverandøren må være sertifisert for sveising av HDPE-membran. Det ble imidlertid ikke vist til hvilket konkret sertifikat som var nødvendig.
- (16) Valgte tilbyder hadde i sitt tilbud opplyst at sveising ville bli utført av Nor-Profil AS. Det var opplyst at Nor-Profil AS var innehaver av et K2-sertifikat, hvilket gjelder sveising av plastrør. Sertifikatet som dekker HDPE-membransveising, er et såkalt K4-sertifikat. Innklagede var på angjeldende tidspunkt ikke klar over at det var forskjell på de to sertifikatene. Det var selv hos godkjenningsmyndighetene NEMKO tvil om hvilket sertifikat som skulle fremlegges.
- (17) På tidspunkt for tilbudsinnleveringen hadde verken valgte tilbyder eller dennes underleverandør det nødvendige K4-sertifikatet. Valgte leverandørs underleverandør engasjerte først etter tilbudsfristens utløp nødvendig personell til å oppfylle sertifikatkravet. Innklagede ga etter dette valgte leverandør en kort tilleggsfrist for å

ettersende sertifikatet. Ved oppstart av sveisearbeidene hadde derfor valgte tilbyder den nødvendige sertifisering for sveising av HDPE-membran.

- (18) Det er uomtvistet at det i konkurransegrunnlaget var satt krav om at tilbudet skulle inneholde kopi av sertifikat og at dette ikke fulgte med i tilbudet fra valgte tilbyder. Det fremkommer imidlertid ikke i anbudsdokumentene at tilbud som ikke inneholder etterspurt dokumentasjon vil bli avvist. Innklagede viser til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/176 premissene (20) - (25), og anfører at det forhold at det oppgis at sertifikatet skulle ligge ved tilbudet ikke medfører en utvidet plikt til å avvise et tilbud på bakgrunn av manglende dokumentasjon. Oppdragsgiver har, dersom etterspurt dokumentasjon mangler, en plikt til å foreta en saklig og forsvarlig vurdering av om leverandøren har den nødvendige kompetansen.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og III, jf forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (20) Klager har anført at den valgte leverandøren skulle ha vært avvist på grunnlag av at denne ikke oppfylte kvalifikasjonskravene, jf forskriften § 15-12 (1) bokstav a.
- (21) Ifølge konkurransegrunnlaget del I "Innbydelse til konkurranse" pkt. 5, "Krav til leverandøren – kvalifikasjonskrav", var det et krav om at leverandøren skulle inneha "sertifisering for sveising av HDPE-membran", og at dette skulle dokumenteres ved at "Kopier av sertifikater SKAL legges ved tilbudet."
- (22) Utgangspunktet er at kvalifikasjonene skal vurderes på bakgrunn av de opplysninger som foreligger ved tilbudsfristens utløp. Klagenemnda uttalte følgende i sak 2002/176 premiss (20) og (21):

"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.

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."

- (23) Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at innklagede fant at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet. Innklagede ble senere klar over at underleverandør ikke var sertifisert for det aktuelle oppdraget. Etter at det var klart at underleverandør hadde engasjert leverandør som oppfylte kvalifikasjonskravet, ble det gitt en kort tilleggsfrist til å ettersende riktig sertifikat. Innklagede forklarer i tilsvaret av 18.

september 2006 vurderingen med at innklagede ikke var klar over at det var en forskjell på K2-sertifikat, som valgte leverandør innehadde, og K4-sertifikat, som dokumenterte sertifisering for sveising av HDPE-membran, og som ble ettersendt etter utløpet av tilbudsfristen.

- (24) Spørsmålet blir da om det var foretatt en forsvarlig vurdering av valgte leverandørs kvalifikasjoner på evalueringstidspunktet.
- (25) Vurderingen av kvalifikasjoner skal være i samsvar med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Innenfor rammen av kvalifikasjonskravene angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, kan oppdragsgiver utøve skjønn. Oppdragsgiver har en viss frihet ved skønnsutøvelsen. Evalueringen skal imidlertid være basert på korrekt faktum, samt være saklig og forsvarlig.
- (26) Det er klart at evalueringen her ikke var basert på korrekt faktum, i det innklagede feilaktig la til grunn at valgte leverandør hadde nødvendig kompetanse til å utføre oppdraget ved utløpet av tilbudsfristen. Først etter tilbudsfristens utløp engasjerte valgte leverandør en underleverandør som hadde den nødvendige kompetansen. Deretter fikk valgte leverandør en tilleggsfrist til å sende inn nødvendig dokumentasjon.
- (27) Det kan etter forholdene være i samsvar med regelverket å velge en leverandør som ikke oppfyller de nødvendige kvalifikasjonskrav på tidspunktet for innlevering av tilbudet, dersom konkurransegrunnlaget åpner for at leverandørene dokumenterer at kravene vil bli oppfylt på kontraktsoppfyllestidspunktet, jf blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2006/27 premiss (154). Slik var imidlertid ikke situasjonen her. Konkurransegrunnlaget måtte her forstås slik at kvalifikasjonene skulle foreligge på tilbudsinnleveringstidspunktet, i det konkurransegrunnlaget anga at sertifikat skulle fremlegges som en del av tilbudet. Det var klart at valgte leverandør ikke hadde nødvendig sertifikat til å forestå sveising av HDPE-membran ved tilbudsfristens utløp. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist, jf forskriften § 15-12 (1) bokstav a.
- (28) Klagenemnda har ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.
- (29) Klagenemnda tar ikke stilling til klagers øvrige anførsler da nemnda er kommet til at valgte leverandør skulle ha vært avvist.

Konklusjon:

Forsvarsbygg brøt forskriften § 15-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør.

For klagenemnda
7. mai 2007


Per Christiansen