



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Pro Pipe Norway AS
Att. Jon Vørts
Arnegårdsbakken 25
3511 HØNEFOSS

Deres referanse

Vår referanse
2009/169

Dato
13.04.2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av rammeavtale for legging, sveising og kontroll av fjernvarmerør. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Hønefoss Fjernvarme AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. mai 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for legging, sveising og kontroll av fjernvarmerør.
- (2) I konkurransegrunnlaget av 15. mai 2009 fremgikk følgende i punkt 3.5:

"3.5 KVALIFIKASJONSKRITERIER

Tilbyder skal sammen med tilbudsbrevet levere følgende dokumentasjon:

- *Skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt. Skatteattestene skal ikke være eldre enn 6 mnd.*
- *HMS-egenerklæring.*
- *Attest fra foretaksregisteret.*
- *Godkjenning i tiltaksklasse 3 for funksjon Ansvarlig utførende og ansvarlig kontrollerende for utførelse- for tiltakstype anlegg, konstruksjoner og installasjoner."*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

- (3) Innen tilbudsfristen 12. juni 2009 mottok innklagede seks gyldige tilbud, deriblant fra Pro Pipe Norway AS (heretter kalt klager) og Øland Montasje AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (4) I tilbuds brevet av 11. juni 2009 fra valgte leverandør, stod det: *”Vor egen godkendelse for tiltaksklasse 3 vil blive fremlagt ved eventuel kontraktforhandling. Vi vedlægger dog godkendelse og CV fra den konsulent vi vil bruge på jobbet (Egil Nordeng, Stema Rådgivning)”*.
- (5) I tilbudet var det også vedlagt utskrift fra Stema Rådgivning AS sine nettsider om hvilke godkjenninger selskapet hadde. De samme godkjenningsområdene hadde innklagede skrevet ut fra Statens Bygningstekniske Etats database over godkjente foretak. Det hitsettes:
- ”Foretaket er godkjent innenfor følgende 10 godkjenningsområder:*
- [...]*
- *Ansvarlig utførende for anlegg, konstruksjoner og installasjoner, tiltaksklasse 3*
 - *Ansvarlig kontrollerende for utføring av anlegg, konstruksjoner og installasjoner, tiltaksklasse 3”*
- (6) I e-post av 3. juli 2009 meddelte innklagede at valgte leverandør ville bli tildelt kontrakten. Klager var rangert som nummer to. Klager klaget 4. juli 2009, men klagen ble i innklagedes brev av 17. juli 2009 ikke tatt til følge. I forbindelse med klagebehandlingen fant det sted en del e-postkorrespondanse mellom innklagede og klager.
- (7) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 21. august 2009.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. august 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at valgte leverandør ikke ble avvist til tross for at leverandøren ikke hadde sentral godkjenning i tiltaksklasse 3, jf kvalifikasjonskriteriene i konkurransegrunnlaget punkt 3.5. Innklagede har forsøkt å unngå avvisningsplikten ved å akseptere at valgte leverandør kan benytte selskapet Stema Rådgivning AS, som har slik godkjenning.
- (10) Innklagede har brutt kravene til forsvarlig saksbehandling og forutberegnelighet i § 5 ved å ikke innhente eller vurdere sentrale godkjenninger som krevdes i konkurransegrunnlaget punkt 3.5.
- (11) Klager krever den positive kontraktsinteressen dekket som følge av valgte leverandørs tilbud ikke ble avvist, men akseptert på bekostning av klagers tilbud.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede bestrider at regelverket er brutt ved at kontrakt har blitt tildelt en tilbyder som ikke oppfyller kvalifikasjonskriteriene. Valgte leverandør opplyste i sitt tilbud at

underentreprenør Stema Rådgivning AS ville bli benyttet, og at valgte leverandør slik ville oppfylle kvalifikasjonskravene. Innklagede har undersøkt og funnet det bekreftet at Stema Rådgivning AS oppfyller kravene til å få sentral godkjenning. Det kreves heller ikke i punkt 3.5 at tilbyderer skal ha den nevnte godkjenningen, men at funksjonen skal oppfylles. Uansett hadde innklagede ikke plikt til å avvise valgte leverandør fordi denne ikke hadde sentral godkjenning, jf. klagenemndas sak i 2005/60.

- (13) Det bestrides at klager har krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Sekretariatets vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin art og verdi lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr 41 og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) 7. april 2006 nr 403 del I, jf. §§ 1-2, 1-3 og 2-1.
- (15) Spørsmålet er om innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør. Forsyningsforskriften del I inneholder ingen konkrete regler om avvisning av tilbydere. Dersom det grunnleggende kravet til likebehandling i loven § 5 eller forskriften § 3-1 er brutt, kan det imidlertid gi avvisningsplikt, jf. eksempelvis EU-domstolens sak T-40/01 (Scan Office Design) og klagenemndas saker 2009/155 premiss (43) og 2003/167 premiss (29).
- (16) I utgangspunktet kan en oppdragsgiver ha plikt til å avvise en tilbyder som ikke dokumenterer at kvalifikasjonskravene er oppfylt. I foreliggende sak er det klart at valgte leverandør, sett bort i fra dennes underentreprenør, ikke hadde relevant godkjenning i tiltaksklasse 3. Imidlertid uttalte klagenemnda om sentral godkjenning i sak 2005/60:

(14) Hensikten med sentral godkjenning er at oppdragsgiveren enkelt skal kunne vurdere om firmaet kan få lokal godkjenning for ansvarsrett etter plan- og bygningsloven § 93 b. Sentral godkjenning er imidlertid ikke i selv et vilkår for å kunne utføre arbeider, og det er på det rene at vurderingen av om lokal godkjenning kan gis, gjøres ut fra annen dokumentert kompetanse. Lokal godkjenning kan ikke kreves før oppdraget er tildelt, men kommunen må som byggherre og bygningsmyndighet vurdere om den aktuelle dokumentasjon gjør det sannsynlig at godkjennelse vil oppnås.

(15) Sentral godkjenning er en rent frivillig ordning, og alene av denne grunn finner klagenemnda det betenkelig å stille et absolutt krav om slik godkjenning. Uansett vil et slikt krav kunne virke usaklig konkurransebegrensende overfor nyetablerte foretak som ennå ikke har fått søkt om sentral godkjenning eller overfor foretak som av andre grunner ikke har denne godkjenningen. Et slikt krav vil kunne ekskludere foretak fra andre EØS-land, jf klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/65, 2003/176 og 2004/24. Alle disse sakene gjaldt rett nok anskaffelser under EØS-terskelverdiene, men forbudet mot usaklig diskriminering i lovens § 5 gjelder også anskaffelser under EØS-nivå. Forskriftens § 12-6 om kvalifikasjonsgrunnlag for anskaffelser etter del III må leses med den begrensning som følger av lovens § 5.

(16) Klagenemnda kommer derfor til at en oppdragsgiver ikke kan stille et ubetinget krav om sentral godkjenning med den virkning at tilbydere uten slik godkjenning avvises fra å delta. Dersom sentral godkjenning blir etterspurt, må oppdragsgiveren godta en alternativ dokumentasjon som viser om vedkommendes kvalifikasjoner er tilstrekkelige til at lokal godkjenning kan påregnes etter at tildeling er skjedd. Innklagede brøt dermed kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at konkurransegrunnlaget stilte et ufravikelig krav om sentral godkjenning og ved at innklagede i kvalifikasjonsvurderingen derfor ikke vurderte om klagers kvalifikasjoner var tilstrekkelige for å oppnå lokal godkjenning.“

- (17) Klagenemnda kom altså til at sentral godkjenning er ulovlig som absolutt kvalifikasjonskrav, et syn som er videreført i blant annet sakene 2005/197, 2006/58 og 2007/146.
- (18) I den foreliggende saken er kravet om ”godkjenning i tiltaksklasse 3” opplistet under overskriften ”kvalifikasjonskriterier”. Angivelsen av at godkjenningen skal leveres som ”dokumentasjon”, gjør at godkjenningskravet kan fremstå som dokumentasjonskrav. For at et dokumentasjonskrav skal ha noen betydning, må det imidlertid innfortolkes et relevant kvalifikasjonskrav. Det aktuelle kvalifikasjonskravet her må være teknisk gjennomføringsevne. Men den presise angivelsen av tiltaksklasse, evne til kontroll og utførelse i spesifikke tiltakstyper tilsier at kvalifikasjonskravet teknisk gjennomføringsevne er oppstilt som et krav om godkjenning etter plan og bygningsloven kapittel XVI.
- (19) Det fremgår ikke klart fra konkurransegrunnlaget om det menes sentral eller lokal godkjenning. Men lokal godkjenning ville være vanskelig for tilbyderne å få før oppdraget ble tildelt. Formuleringen av kravet og plasseringen av det under den nevnte overskriften, indikerer at det er tale om egenskaper vedrørende tilbydernes generelle kvalifikasjoner. Godkjenningskravet fremstår heller ikke som spesielt knyttet opp til det konkrete arbeidet med montering av fjernvarmerør i Hønefoss. I vurderingen av om valgte leverandørs underleverandør var kvalifisert, har innklagede vektlagt at underleverandøren hadde sentral godkjenning gitt av Statens Bygningstekniske Etat. På bakgrunn av ovennevnte må kravet sies å gjelde sentral godkjenning.
- (20) Kvalifikasjonskravet i den foreliggende saken er dermed ulovlig, og konkurransen skulle vært avlyst. Klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å ta stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist eller ikke.
- (21) På bakgrunn av det resultat sekretariatet har kommet til, finner det ikke grunn til å drøfte klagers øvrige anførsler.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

Med vennlig hilsen

Kristian Strømsnes
førstekonsulent

Mottakere:
Pro Pipe Norway AS