



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

SIA Arcers
Att. Ivar Kalnins
Katlakalne 11
LV-1073 RIGA

Deres referanse

Vår referanse
2009/200

Dato
06.05.2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse 11. september 2009. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsvedtak kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at det er gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Bærum kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 14. juli 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggskontrakt om utskiftning av vinduer, solavskjerming og dører på Berger skole.
- (2) I kunngjøringen punkt III.2 ble det stilt følgende dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:
”
 - 1) *Firmaattest*
 - 2) *Attester for registrering i faglig register som bestemt ved lovgivning i det land hvor leverandør er etablert*
 - 3) *Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)*
 - 4) *Krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)*
 - 5) *Krav til å fremlegge egenerklæring i samsvar med forskriftens vedlegg 2 om HMS (Nasjonale krav)*
 - 6) *Annet*
Se konkurransegrunnlag.”

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) I kunngjøringen punkt III.2.2 ble det stilt følgende dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet:
- ”
- 1) *Foretakets siste års beretning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall*
 - 2) *Framleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette*
 - 3) *Erklæring om foretakets omsetning de siste årene med relevans til denne kontrakten*
 - 4) *Annet*
- Se konkurransegrunnlag.”*
- (4) Fra kunngjøringen punkt III.2.3 refereres følgende utdrag fra dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:
- ”
- 1) *Oversikt over foretakets totale bemanning*
 - 2) *Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)”*
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 2 ”Tilbudet” var det stilt krav om at tilbudet skulle utformes på norsk.
- (6) Av konkurransegrunnlaget kapittel D ”Kontraktsbestemmelser og administrative bestemmelser” fremgår at NS 8405:2008 gjelder som generelle kontraktsbestemmelser med endringer som beskrevet i konkurransegrunnlaget. Av punkt D.1.3 ”Sikkerhetsstillelse” fremgår dernest at NS 8405 punkt 9 er fraveket og erstattet med følgende:
- ”Sikkerheten for entreprenørens kontraktsforpliktelser skal gjelde i tre år etter den dato overtagelse faktisk skjer, og således ikke være begrenset til å gjelde frem til en forhåndsdefinert dato. Byggherren plikter ikke å betale vederlag før han har mottatt kontraktsmessig sikkerhetsstillelse fra entreprenøren.”*
- (7) Innen fristen kom det inn 10 tilbud, herunder tilbud fra SIA Arcers (heretter kalt klager) og Asker Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) Fra klagers tilbudsbrev, datert 12. august 2009, hitsettes følgende:
- ”Garantiperiode 24 måneder.”*
- (9) Klager ble avvist ved brev 8. september 2009. Fra brevet hitsettes:
- ”Oppdragsgiver minner om at det har vært foretatt en nasjonal kunngjøring. Konkurransespråk er norsk og all dokumentasjon skal inngis på norsk og på den måte som er angitt i konkurransegrunnlaget eller på annen måte som tilfredsstiller oppdragsgivers krav. Videre plikter oppdragsgiver ikke å vurdere dokumentasjon som ikke foreligger på norsk.*

Mangler ved tilbyders kvalifikasjoner

- Tilbyder har i sitt tilbud inngitt dokumentasjonen på latvisk, engelsk og norsk. Skatteattest for skatt og mva, foretakets (det latviskregistrerte) årsregnskap for 2008 og selskapets firmaregistrering foreligger som oversettelser av det oppdragsgiver antar er originaldokumenter fra latviske myndigheter. Det foreligger ingen form for erklæring fra tilbyder eller den som har oversatt dokumentene om at oversettelsene er korrekte i forhold til originaldokumentene. Oppdragsgiver finner ikke å kunne akseptere dokumentasjon inngitt i denne form.
- Det fremstår videre som uklart for oppdragsgiver hvilket forhold det er mellom det norskregistrerte utenlandske foretaket som det er lagt ved firmaattest for og det foretak som er registrert i det latviske foretaksregisteret. Disse forholdene er ikke avklart i tilbudet. Likeledes hefter det uklarhet til hvem som er ment å stå som kontraktspart og for en del av dokumentasjonen om den vedlagte dokumentasjonen skal relateres til det norskregistrerte eller latviskregistrerte selskap.

Hjemmel for avvisning i forhold til de ovennevnte mangler er foa §§ 11-10(1)a og (2)g da oppdragsgiver anser at kvalifikasjonskravene knyttet til den ovennevnte dokumentasjonen ikke er innfridd og/eller at oppdragsgiver ikke har tilstrekkelig dokumentasjon til å vurdere om kravene er innfridd.

Mangler ved tilbudet

Tilbudet foreligger dels på latvisk dels engelsk og dels norsk. Tilbudsbrevet er formulert på norsk med underskrift. Oppdragsgiver plikter ikke å ta stilling til dokumentasjon som ikke foreligger på norsk.

- I tilbudsinnbydelsens pkt. 4 fremgår bl.a tildelingskriteriet kompetanse. Krav til dokumentasjon er utdypet i kolonne C. Organisasjonsplan for gjennomføring av oppdraget foreligger ikke på norsk. Oppdragsgiver kan derfor ikke ta stilling til dette under evalueringen Tilbyder har lagt ved to cv'er på norsk. Det fremgår ikke, av disse eller av annen dokumentasjon, om disse personene er dedikert til prosjektet og eventuelt hvilken konkret rolle disse personene er tiltenkt i prosjektet. Oppdragsgiver anser at det ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon til å evaluere tildelingskriteriet kompetanse. Hjemmel for avvisning er foa § 11-11(1)f og/eller (2)b.
- Tilbyder har ikke sannsynliggjort i sin dokumentasjon at de vil være i stand til å kommunisere på norsk med byggherre og bruker på arbeidsstedet eller i vernerunder / byggemøter. Sistnevnte må anses som et minstekrav i henhold til ytelsesbeskrivelsen. I de cv'er som er vedlagt fremgår det at de aktuelle personene ikke behersker muntlig og skriftlig norsk. Hjemmel for avvisning er foa § 11-11(1) e alternativt f og/eller (2)b.
- Det fremgår ikke noe i dokumentasjonen om hvem som har fullmakt å opptre på vegne av selskapet eller selskapene. Det er vedlagt en fullmakt på norsk, men denne er ikke signert. Således foreligger ingen gyldig fullmakt for Ivars Kalnins som har undertegnet tilbudsbrevet på vegne av tilbyder. Hjemmel for avvisning er § 11-11 (2) d.

- *Det fremgår følgende passus i tilbuds brevet "Garantiperiode 24 måneder". Oppdragsgiver anser dette som et forbehold mot kravet til sikkerhetsstillelse jf konkurransegrunnlaget, NS8405 pkt 9 jf oppdragsbeskrivelsens pkt D.1.3 og NS 8405 pkt 36.7. Oppdragsgiver anser forbeholdet for å være vesentlig og at en slik ansvarsbegrensning ikke kan aksepteres av Byggherre. Et slikt forbehold lar seg ikke kapitalisere og må derfor lede til avvisning. Hjemmel for avvisning er foa § 11-11(1) d og f."*
- (10) Ved tildelingsmeddelelsen 10. september 2009 ble tilbyderne opplyst om at innklagede innstilte Asker Entreprenør AS som valgte leverandør.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 11. september 2009.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 25. september 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører å ha blitt urettmessig avvist fra innklagede som med dette har brutt kravet til likebehandling. Klager er et latvisk selskap, registrert i Latvia. Klagers offisielle dokumenter er på latvisk. Det ble derfor vedlagt oversettelse av dokumentene til norsk. Det vises til at det ikke fremgår av konkurransegrunnlaget at de oversatte dokumentene skal godkjennes av notarial. Det var heller ikke satt spesielle krav til levering av dokumenter på annet språk. Klager har deltatt i mange anbudsprosesser i Norge, herunder i 2006 i Bærum kommune. Dokumentene har vært levert på samme måte som i denne saken, uten at det er kommet bemerkninger til dette. Klager viser videre til avvisningsbrevet. Klagers selskap er registrert som NUF i Brønnøysund. Dette er ikke det samme som at selskapet har ansatte i Norge. Dersom det skal legges til grunn at selskapet dermed er norsk, vil det være umulig for et selskap i EU å vinne frem i norske offentlige anbudsprosesser.
- (14) Klagenemnda anmodes om å ta stilling til hvorvidt det foreligger grunnlag for erstatning for den positive og negative kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider å ha brutt anskaffelsesregelverket ved avvisningen av klager. Det foreligger således heller ingen erstatningsbetingende forhold. Innklagede erkjenner at opplysninger vedrørende hvilket rettssubjekt som innga tilbudet bygger på en misforståelse. Det er ingen tvil om at klager, med latvisk organisasjonsnummer, er tilbyder. For ordens skyld nevnes også at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt et krav om autoriserte oversettelser, slik også klager har påpekt.
- (16) Når det gjelder mangler ved klagers tilbud vises til at tilbudet bare delvis var utformet på norsk. Organisasjonsplanen vedlagt tilbudet var utformet på engelsk. Organisasjonsplanen nevner nøkkelperson og har vedlagt CV for denne på engelsk. For de to andre nevnt i planen er det ikke vedlagt CV. Det var derimot vedlagt en CV for en person som ikke kan ses å være nevnt i organisasjonsplanen. Ifølge CV'ene kan ingen

av disse personene norsk. Dette må anses å følge som implisitt krav ut fra ytelsesbeskrivelsen, og det faktum at anskaffelsen var kunngjort nasjonalt. Kontraktsspråket er norsk, og arbeidene skal foregå på en skole i drift. Det vil være nødvendig å kommunisere med skolens representanter i forhold til HMS og andre praktiske forhold.

- (17) Det vises videre til at det ikke fremgår av tilbudet hvem som har kompetanse til å opptre på klagers vegne. Det er vedlagt en usignert fullmakt på norsk fra styreformannen til daglig leder Ivar Kalnis. Ivar Kalnis har for øvrig signert tilbuds brevet som styremedlem. Det er ikke redegjort for styreformannens kompetanse. Innklagede antar at den usignerte fullmakten er en oversettelse av et latvisk dokument i tilbudspapirene, men har ingen muligheter for å kontrollere dette. Fullmakten til å opptre på vegne av selskapet skulle vært fremlagt på norsk. Da dette manglet kommer forskriften § 11-10 (2) bokstav g til anvendelse.
- (18) Dessuten var det i klagers tilbud spesifisert en garantiperiode på 24 måneder. Innklagede tolker dette som et forbehold mot kontraktsvilkårene, jf. konkurransegrunnlaget punkt D.1.3. Forskriften § 11-11 (1) bokstav d kommer således til anvendelse. En alternativ fortolkning medfører et forbehold mot reklamasjonsreglene i NS 8405 punkt 36.7. Også dette leder til avvisning.

Sekretariatets vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt som etter sin verdi følger forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (20) Problemstillingen er hvorvidt klagers tilbud rettmessig ble avvist. Innklagede har gjort gjeldende at flere avvisningsbestemmelser kommer til anvendelse. Sekretariatet finner det hensiktsmessig først å ta stilling til hvorvidt innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud med bakgrunn i vesentlig forbehold mot innklagedes kontraktsvilkår.
- (21) Av forskriften § 11-11 (1) bokstav d følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når *"det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*.
- (22) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt D *"Kontraktsbestemmelser og administrative bestemmelser"*, under punkt D.1.3 *"Sikkerhetsstillelse"* at NS 8405:2008 punkt 9 er fraveket og erstattet med følgende:

"Sikkerheten for entreprenørens kontraktsforpliktelser skal gjelde i tre år etter den dato overtagelse faktisk skjer, og således ikke være begrenset til å gjelde frem til en forhåndsdefinert dato. Byggherren plikter ikke å betale vederlag før han har mottatt kontraktsmessig sikkerhetsstillelse fra entreprenøren."

- (23) Av klagers tilbuds brev fremgår *"Garantiperiode 24 måneder"*. Sekretariatet kan ikke se, på bakgrunn av den foreliggende dokumentasjon i saken, at klager har redegjort for betydningen av *"Garantiperiode"*, verken for innklagede eller i klage til nemnda.

- (24) Klager kan ha ment å ta forbehold mot reklamasjonsbestemmelsene i NS 8405:2008, som er gjeldende kontraktsbestemmelser for anskaffelsen med unntak av de punkter innklagede eksplisitt har fraveket. Videre kan klager ha ment å ta forbehold mot ovennevnte krav til tre års sikkerhetsstillelse for entreprenøren.
- (25) Dette kan etter sekretariatets oppfatning ikke forstås på annen måte enn et forbehold mot kontraktsvilkårene. Forbeholdet må videre anses som vesentlig, uansett om klager har ment å ta forbehold mot fem års reklamasjonsfrist etter NS 8405:2008, eller kravet til tre års sikkerhetsstillelse i konkurransegrunnlaget punkt D.1.3.
- (26) Etter dette finner sekretariatet at klager har tatt et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene. Innklagede hadde dermed plikt til å avvise klagers tilbud i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav d. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (27) Da innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud som følge av et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene, finner ikke sekretariatet det hensiktsmessig å vurdere hvorvidt også andre forhold ved klager og klagers tilbud kan medføre plikt eller rett til avvisning.

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

Med vennlig hilsen

Lene Kristin Hennø
rådgiver

Mottakere:
SIA Arcers