



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av en ny flerbruks- og svømmehall. Klagenemnda fant at innklagede ikke skulle ha avvist klager fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 20. september 2010 i sak 2009/222

Klager: Elektroservice AS

Innklaget: Lierne kommune

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Magni Elsheim og Bjørg Ven

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud

Bakgrunn:

- (1) Lierne kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. januar 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende "*Stortangen flerbrukshall og svømmehall – Nybygg 2009*". Av kunngjøringen punkt II.1.5) fremgår det at bygge- og anleggsanskaffelsen skulle gjennomføres som en hovedentreprise. Denne klagen refererer seg til entreprisen på det "*Elektrotekniske anlegg*". Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4) satt til 20. mars 2009 kl. 13.00, og vedståelsesfristen var 4 måneder, jf. punkt IV.3.7).
- (2) Innklagede hadde engasjert en rekke rådgivere for å prosjektere de enkelte delentreprisene. Ettersom alle rådgiverne representerte innklagede i anskaffelsesprosessen, vil det i avgjørelsen kun bli referert til innklagede, som en samlebetegnelse for disse.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 0.5 "*Tildelingskriterier*" fremgår det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene pris, forbehold, byggetid og kompetanse.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 0.4 "*Utvelgelseskriterier*" fremgår blant annet:

"Kriterium	Dokumentasjon
<i>Tekniske kvalifikasjoner:</i>	<i>[...]</i> • <i>Redegjørelse for entreprenørens bemanningssituasjon i tiden for gjennomføring av dette prosjektet</i> • <i>Godkjenning i hht. PBL.</i> • <i>Dokumentasjon på faglige godkjenninger – sentralt og lokalt.</i> • <i>Dersom entreprenøren ikke har sentral</i>

	godkjenning skal han dokumentere at han kan oppnå lokal godkjenning innen de aktuelle fagfelt. • Annen relevant dokumentasjon på tekniske kvalifikasjoner
--	--

Entreprenørene er forpliktet til å følge de til enhver tid gjeldende bestemmelser gitt i eller i medhold av PBL. Oppdraget krever ansvarsrett som ansvarlig utførende og ansvarlig kontrollerende for utførelsen."

- (5) Fra konkurransegrunnlaget punkt 4.0 "ANBUDSBESTEMMELSER" hitsettes blant annet:

"4.1 Anvendelse

Disse anbudreglene får anvendelse ved bygg- og anleggskontrahering, og benyttes ved åpne eller begrensede anbudskonkurranser eller ved konkurranse med forhandling ved anskaffelser med anslått verdi under terskelverdiene i Forskrift om offentlige anskaffelser, jf pkt 4.2 nedenfor."

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud på de elektrotekniske arbeider fra Elektroservice AS (heretter kalt klager), NTE Elektro AS (heretter også kalt valgte leverandør) og E-Nor Installasjon AS.
- (7) Klager har i prosesskriv 7. oktober 2009 opplyst for klagenemnda at i en periode i 2008-2009, hadde klager ingen autorisert elektroinstallatør ansatt hos seg. Klager hadde derfor fått dispensasjon fra forskrift 14. desember 1993 nr. 1133 om kvalifikasjoner for elektrofagfolk § 11 av Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (heretter kalt DSB). Klager søkte om forlengelse av dispensasjonen, som i utgangspunktet utløp 28. februar 2009. DSB besvarte på søknaden 27. februar 2009, hvorfra følgende siteres:

"På bakgrunn av søknad datert 18.08.2008 ble virksomheten Elektroservice AS med brev av 26.08.2009 gitt dispensasjon fra forskrift om kvalifikasjoner for elektrofagfolk (fke) § 11. Dispensasjonen har en varighet til 28.02.2009.

Det fremgår av Deres brev at det nå er inngått en intensjonsavtale med Ipcon Namsskogan AS om fusjon av disse virksomhetene, med nåværende installatør i Ipcon Namsskogan AS, Ove Pedersen, som faglig ansvarlig. Det opplyses videre at arbeidet med en slik fusjon vil ta noe tid, og målsetningen er at denne fusjonsprosessen skal være avsluttet innen 01.06.2009. På bakgrunn av dette søkes det om forlengelse av dispensasjonen frem til sistnevnte dato.

DSB finner på bakgrunn av foreliggende opplysninger å kunne innvilge søknaden. Lasse Vassli gis med dette adgang til fortsatt å stå som faglig ansvarlig for virksomheten ved Elektroservice AS fram til 01.06.2009. Fra denne dato vil Elektroservice AS bli satt i status "Opphørt" i installatørregisteret, og registrert som avdeling uten egen faglig ansvarlig ("montørbase") under Ipcon Namsskogan AS."

- (8) Innklagede innstilte 20. mars 2009 på at klager skulle tildeles kontrakten for det elektrotekniske arbeidet.

- (9) Klager har opplyst at innklagede tok kontakt med klager per telefon 1. april 2009. Innklagede opplyste om at det var behov for en skriftlig redegjørelse av hvordan klager skulle skaffe seg den nødvendige autorisasjonen etter at dispensasjonsperiode var utløpt.

- (10) Innklagede sendte klager en e-post 2. april 2009 hvor følgende fremgikk:

"Viser til gårsdagens telefonsamtale angående Deres autorisasjon som gjelder frem til 01.06.09.

Før vi kan inngå forhandlinger om denne jobben må det være en permanent løsning på dette. Vi har kommet frem til at det settes en frist frem til 24.04.09 med å få dette i orden."

- (11) Klager besvarte e-posten ved brev 23. april 2009:

"Elektroservice as og IPCON Namskogan as er i møte 23.04.2009 blitt enige om å fortsette prosessen om sammenslåing av virksomheter.

Det er tenkt utført ved at Ove Pedersen kjøper Ole Andreas Lilleøen sin 50% aksjepost. Videre er det tenkt at Elektroservice as kjøper lager og Driftsutstyr av Ipcon Namskogan.

Om Prosessen blir vellykket, noe begge parter er innstilt på vil Ove Pedersen bli tilsatt som elektroinstallatør ved Elektroservice as 01.06.2009.

Arbeidet med avtalen skal være avsluttet innen 20.05.2009.

Vi ber med dette om at innstillingen av elektroentreprenør ved Stortangen flerbrukshall blir utsatt til 20.05.2009."

- (12) Innklagede meddelte ved brev 30. april 2009 at klagers tilbud ble avvist. Følgende begrunnelse fremgikk av brevet:

"Byggherren er kjent med at Elektroservice AS driver på dispensasjon frem til 01.06.09 da de ikke har godkjent el-installatør. Elektroservice AS er i den forbindelse bedt om å dokumentere nødvendig godkjenning også etter 01.06.09. Dette da en kontraktsperiode vil løpe langt ut i 2010.

Elektroservice AS har ikke fremlagt denne dokumentasjonen innen utløpet av tilleggsfristen den 24.04.09 og tilbudet inneholder således vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen.

Under henvisning til § 20-13 i forskrift om offentlige anskaffelser meddeles De herved om at tilbudet avvises."

- (13) Ved innklagedes brev 4. mai 2009 ble NTE Elektro AS og E-Nor Installasjon AS meddelt valget av tilbyder.

- (14) Klager påklaget avvisningen ved brev 6. mai 2009, og ba samtidig om en grundigere redegjørelse for avgjørelsen, samt innsyn i sakens dokumenter for det tilfellet at klagen ikke ble tatt til følge.

(15) Klager tok på ny kontakt med innklagede ved e-post 2. juni 2009, og ba om kopi av tildelingsvedtaket.

(16) Innklagede besvarte klagers forespørsel ved e-post 9. juni 2009, hvorfra følgende siteres:

"Du må i så fall gi en saklig begrunnelse for hvorfor du ønsker det. Dere har i brev form fått oppgitt hvorfor Deres tilbud ble forkastet.

For øvrig finnes alle offentlige dokumenter på hjemmesida til Lierne kommune, og utover det gis det ikke ut opplysninger om anbudsprosessen av hensyn til regelverket.

Hvis ytterligere innsyn ønskes må det evt. skje via en formell klageprosess, noe vi ikke ser det er grunnlag for."

(17) Klager har i prosesskrift 7. oktober 2009 opplyst for klagenemnda at Ove Pedersen nå er ansatt hos klager, og at samarbeidet mellom klager og IPCON Namsskogan AS ble gjennomført som planlagt. Klager har hatt fast autorisasjon fra 1. juni 2009 og vært registrert som foretak med autorisasjon hos DSB uavbrutt siden 1996.

(18) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 14. juli 2009.

(19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 7. oktober 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(20) Klager anfører at det ikke var adgang til å avvise klagers tilbud. Det vises til at klager, ved inngivelsen av tilbudet, hadde alle de etterspurte godkjenninger, herunder "godkjenning ihht PBL" og "dokumentasjon på faglige godkjenninger – sentralt og lokalt". Dokumentasjon på oppfyllelse av disse godkjenningene var vedlagt tilbudet.

(21) Klager anfører videre at innklagedes krav om at klager måtte ha permanent autorisasjon før arbeidene skulle påbegynnes, er i strid med prinsippet om ikke-diskriminering og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5. Dette er også lagt til grunn av klagenemnda tidligere, jf. sak nr. 2006/156. Da innklagedes krav var konkurransebegrensende og i strid med regelverket om offentlige anskaffelser, var avvisningen av klagers tilbud uberettiget.

(22) Videre anføres det at da den inngitte dokumentasjonen viste at det var påregnelig at klager ville få permanent autorisasjon fra 1. juni 2009, var avvisningen av klagers tilbud urettmessig. Innklagede har således brutt lov om offentlige anskaffelser § 5. Det vises til at innklagede ikke kunne stille dokumentasjonskrav utover at dokumentasjonen skulle vise at det var påregnelig at selskapet ville få fast autorisasjon innen dispensasjonens utløp 1. juni 2009, jf. uttalelsene i klagenemndas sak nr. 2005/60.

(23) Klager ber klagenemnda ta stilling til hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (24) Innklagede viser til at det i konkurransegrunnlaget ikke var angitt at en tilbyder måtte være autorisert for å være kvalifisert. Konsulentfirmaene som har hatt ansvar for prosjektet tok det for gitt at en tilbyder nødvendigvis var autorisert for i det hele tatt å kunne/ville inngi tilbud. Av denne grunn ble kravet "*autorisert*" ikke medtatt i kvalifikasjonskravet.
- (25) Innklagede anfører at sakens kompleksitet tilsier at klagenemnda ikke bør uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning er til stede.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt med en samlet verdi på rundt 27 millioner kroner, og anskaffelsen følger da lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II, jf. forskriften § 2-1 (2), jf. 2-2 (1). Klagenemnda bemerker at innklagede har vært noe upresis i forskriftshenvisningene i konkurransen, ved at det både er henvist til bestemmelser i del II og del III. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette har hatt noen betydning for gjennomføringen av konkurransen.
- (27) Klager anfører at selskapet oppfylte alle kravene i konkurransegrunnlaget på tidspunktet for inngivelse av tilbud, slik at innklagedes avvisning av klagers tilbud er urettmessig.
- (28) I følge avvisningsmeddelelsen 30. april 2009, ble klagers tilbud avvist som følge av "*vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen*", under henvisning til forskriften § 20-13. Begrunnelsen var at klager ikke hadde fremlagt dokumentasjon på at klager ville ha nødvendig godkjenning for elektroinstallatør etter 1. juni 2009.
- (29) Til dette bemerkes at begrepet kravspesifikasjon normalt benyttes for å gi en beskrivelse av hva som ønskes anskaffet, og ikke hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til leverandøren. Klagenemnda legger til grunn at innklagede i meddelelsen om avvisning siktet til kvalifikasjonskravene.
- (30) Problemstillingen blir om klager, ved ikke å ha en autorisert elektroinstallatør ansatt hos seg, ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, slik at klager skulle ha vært avvist etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (31) Av forskriften § 8-4 (1) og (2) fremgår det at en oppdragsgiver kan stille krav til tilbydernes tekniske kvalifikasjoner for å sikre at tilbyderen er egnet til å oppfylle kontrakten. Av § 8-5 følger det at slike kvalifikasjonskrav i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen, og i noen tilfeller utdypes nærmere i konkurransegrunnlaget. Disse bestemmelsene sikrer likebehandling og forutberegnelighet for tilbyderne, og oppdragsgiver plikter å forholde seg til kravene i konkurransegrunnlaget når de inngitte tilbudene skal gjennomgås. Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at en oppdragsgiver ikke kan avvise en tilbyder på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav som ikke er oppstilt i verken kunngjøring eller konkurransegrunnlag.
- (32) Innklagede har i brev til klagenemnda 1. september 2010 erkjent at det ikke er nedfelt et uttrykkelig krav i konkurransegrunnlaget om at tilbyder må være autorisert

elektroinstallatør for å være kvalifisert til å delta i konkurransen. Ifølge innklagede var det underforstått at man måtte være autorisert for å kunne inngi tilbud i konkurransen. Dette er klagenemnda enig i. For å kunne påta seg kontrakter som gjelder elektroteknisk arbeid, er det et vilkår at man som firma eller enkeltperson er autorisert. Selv om det ikke er sagt noe uttrykkelig om dette i kvalifikasjonskravene, må dette kunne sies å falle inn under kravet om *"Annen relevant dokumentasjon på tekniske kvalifikasjoner"*.

- (33) Spørsmålet blir da om klager må anses for å oppfylle vilkåret. Fordi slik autorisasjon er en forutsetning for firmaet Eletroservice AS' fortsatte eksistens, er nemnda kommet til at klager, gjennom blant annet sin e-post til innklagede 23. april 2009, i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at selskapet ville få fast autorisasjon på bakgrunn av sitt samarbeid med IPCON Namsskogan AS etter at dispensasjonsperioden utløp den 1. juni 2009. Ellers måtte de ha ordnet seg på annen måte før arbeidene skulle ta til. Det bemerkes at klager har opplyst for klagenemnda at samarbeidet med IPCON faktisk er gjennomført, jf. premiss (17) hvor det fremgår at klager har hatt fast autorisasjon siden 1. juni 2009. Det er ikke bestridt at klager oppfyller de øvrige kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget. På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at innklagede ikke hadde hjemmel for å avvise klager fra konkurransen.
- (34) Klagenemnda skal uttale seg om brudd på regelverket, men kan ikke tilkjenne erstatning. Etter klagenemndforskriften § 12 annet ledd kan nemnda likevel uttale seg om erstatningsspørsmål dersom den finner grunn til det. Nemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet i denne saken.

Konklusjon:

Lierne kommune hadde ikke hjemmel for å avvise klager fra konkurransen.

For klagenemnda,

20. september 2010

Magni Elsheim

