



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for oppussing av gateareal i området Nøstet/Teatergaten i Bergen. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 7. mars 2011 i sak 2010/163

Klager: Svein Boasson AS

Innklaget: Statens vegvesen region vest

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Magni Elsheim

Saken gjelder: Anførsel om feil innklaget, avvisning av klager, supplerende opplysninger

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen region vest (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. februar 2010 en åpen anbudskonkurranse for opprustning av gateareal i området Nøstet/Teatergaten i Bergen. I kunngjøringen fremgikk det under punkt 1.2 at oppdragsgiver ikke anskaffet på vegne av andre oppdragsgivere. Videre fremgikk det av punkt II.2.1 at kontraktens estimerte verdi var mellom kr 20.000.000 og kr 25.000.000.
- (2) Etter konkurransegrunnlaget skulle tilbud leveres til innklagede innen 24. mars 2010, og alle henvendelser og spørsmål vedrørende konkurransegrunnlaget skulle rettes til oppgitt representant for innklagede. Innklagede var også oppført som kontraktspart og byggherre i konkurransegrunnlagets punkt A2 "Avtaledokument".
- (3) Det fremgikk følgende av konkurransegrunnlagets punkt D1 "Spesielle tilbudsregler" under punkt 1 "Krav til tilbyders kvalifikasjoner":

"For å vurdere om tilbyder har det tekniske, finansielle og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten, ber byggherren om nødvendige opplysninger.

Firmakvalifisering etter kapittel F er grunnlag for den formelle vurderingen av egnethet etter "Forskrift om offentlige anskaffelser", § 8-4 del (II)/§ 17-4 (del III), jf. § 8-5/ §17-5. På side G 1 er angitt hva som kreves levert.

For denne kontrakten gjelder kvalifikasjonskategori B

Endring i mal HB 066 for kontrakter under 100 mill (gjeld ikkje elektroniske og andre tekniske installasjonar)

Ved vurdering av pkt F7 blir det bare stilt krav om positiv egenkapital. (Endring i forhold til NA-rundskriv 05/5)

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

- (4) Det fulgte videre under punkt 3 at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av laveste pris.
- (5) Under punkt F "Firmaopplysninger for vurdering av tilbyders egnethet" skulle tilbyderne gi opplysninger i henhold til 11 underpunkter. Det fremgikk følgende på side F1:

"Kvalifikasjonsvurdering av tilbyder

For å vurdere om tilbyder har det tekniske, finansielle og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten, ber byggherren om nødvendige opplysninger.

Det er viktig for bedømmelsen at opplysningene og dokumentasjonen er korrekt og fullstendig.

Tilbyder som ikke tilfredsstillter byggherrens egnethetskriterier vil bli avvist, jf. "Forskrift om offentlige anskaffelser" §§ 8-4 og 17-4.

Byggherren kan innhente opplysninger fra Brønnøysundregistrene og fra oppgitte referanser. Dersom de gitte opplysninger er grovt feilaktige, kan dette medføre avvising.

Vi gjør oppmerksom på at opplysninger som gis i denne forbindelse, helt eller delvis kan bli benyttet også av andre offentlige organer som har hjemmel til å innhente de samme opplysningene, jf. lov om Oppgaverregisteret §§ 5 og 6.

Kriterier for bedømmelse

- 1. Opplysningene blir skjønnsmessig vurdert. Byggherren vil også legge vekt på opplysninger som innhentes ved interne evalueringer.*
- 2. Alle enkeltvurderinger som gir resultatet 0, vil medføre at tilbudet avvises.*
- 3. Det gjøres en samlet vurdering av opplysningene i dette kapittel, og det beregnes en gjennomsnittsverdi for poeng-givningen. Dersom denne gjennomsnittsverdien er større eller lik 2,25 vurderes tilbyder som egnet. I motsatt fall, hvor gjennomsnittsverdien er mindre enn 2,25 vurderes tilbyderen som uegnet, og avvises.*

Retningslinjer og veiledning for skjønnsutøvelsen ved vurdering av kvalifikasjoner etter dette kapittel er gitt i rundskriv."

- (6) Videre fremgikk det følgende under punkt F3 "Kompetanse. Bemanning":

"F3.1 Teknisk kompetanse

Det skal gis en oversikt over nøkkelpersonell og personer med relevant teknisk kompetanse som disponeres for oppdraget. Det kreves CV eller annen tilsvarende dokumentasjon.

<i>Navn</i>	<i>Planlagt rolle</i>	<i>Vedlegg</i>

F3.2 Egne ansatte, underentreprise, innleid personell i kontraktsarbeidet

Tabell F3.2a Utførelse – fordeling antall antatte årsverk i kontraksarbeidet

Sum antall årsverk	Egne ansatte	I underentreprise	Innleid arbeidskraft
Årsverk	årsverk	årsverk	årsverk

Tabell F3.2b Utførelse – enmannsforetak, innleid arbeidskraft

Enmannsforetakets/ utleiebedriftens navn	Foretaksnr.	Tidsrom for utførelse	Kort beskrivelse av arbeidsoppdraget. Kort begrunnelse for å ikke bruke egne ansatte

F3.3 Tilbyders bemanningsressurser

Tabell F3.3 Ansatte (inkl. evt. permitterte) i firmaet de siste 3 år (årsverk)

År	Timelønte	Funksjonærer
Antall ansatte ved tilbudsfrist		

„

- (7) Konkurransesgrunnlaget henviste til rundskriv 05/5 ”Håndbok for 066 kapittel F. Vurdering av tilbyderes kvalifikasjoner”, som skulle gjelde for ”bygge- og anleggskontrakter iht håndbok 066 Konkurransesgrunnlag”. Følgende hitsettes fra rundskrivet:

”Målsetting

Kvalifikasjonsvurderingen skal sikre at tilbydere som ønsker å inngå kontrakt med Statens vegvesen har det tekniske, finansielle og økonomiske grunnlag som er nødvendig for å utføre arbeidet og gjennomføre kontraktene etter byggherrens intensjoner. Hensikten er ikke å foreta et skille mellom de mest kvalifiserte tilbyderne.

Grunnlaget for kvalifikasjonsvurderingene er opplysninger og tilhørende dokumentasjon i kapittel F i konkurransesgrunnlaget.

Rundskrivet er ikke ment for å være detaljerte og fullstendige saksbehandlingsregler, men skal være et hjelpemiddel for skjønnsutøvelsen.

[...]

Vurdering

Hovedstrukturen er en balanse mellom tre hovedkategorier av vurderingskriterier:

Referanser

F1 Tekniske og anleggsmessige referanseprosjekter

F2 Byggherre-erfaringer

Gjennomføringsevne

F3 Kompetanse og bemanning,

F4 HMS og kvalitetssikring

F5 Omsetning (virksomhetens størrelse)

Økonomiske kriterier

F6 Likviditet

F7 Soliditet (egenkapital)

[...]

Vurdering og poenggivning for de enkelte kriterier

Nedenfor gis veiledning for kvalifikasjonsvurdering av tilbyder basert på foreliggende opplysninger gitt i konkurransegrunnlagets kapittel F og andre innhentede opplysninger.

De økonomiske og regnskapsmessige vurderingene skal baseres på revisorbekreftede regnskap, med de suppleringer som er omtalt.

Det benyttes poengskala 0-4 poeng for hvert enkeltpunkt. For kriteriene omsetning, likviditet og soliditet er ikke kravene i kvalifikasjonskategori A og B så strenge at det gis 0 poeng. Det framgår av tabellene

Generelt skal poengskalaen brukes slik:

- 4 poeng gis når gitte opplysninger og dokumentasjon er fullt ut dekkende og svært bra.*
- 0 poeng gis når de gitte opplysningene er uakseptable eller når det ikke kan redegjøres for at kravene kan oppfylles.*

Dersom tilbyder får 0 poeng på ett kriterium skal tilbyderen avvises som uegnet. Dette gjelder også enkeltkriterium der det beregnes gjennomsnitt, F3 og F4. Dette betyr at 0 poeng skal gis kun der en vurderer kriteriet så dårlig oppfylt at dette er uakseptabelt, og tilbyder er uegnet.

[...]

F3 Kompetanse. Bemanning

Her vurderes tilbyders bemanningssituasjon, teoretisk og praktisk kompetanse, organisering, andel egne ansatte og eventuelle underentrepriser og innleid arbeidskraft.

Dersom en har opplysninger om det, kan det tas hensyn til om tilbyder har under utførelse andre arbeider samtidig og om personell er bundet opp slik at dette kan få konsekvenser for det nye oppdraget. Det må da innhentes opplysninger om når disse oppdragene er ferdig.

[...]

F3.2 Egne ansatte, underentreprise, innleid personell i kontraktsarbeidet

Jf kontraktsbestemmelsene, kapittel C punkt 41.

Dersom disse bestemmelsene ikke er oppfylt, vurdert ut fra tabellene F3.2a og F3.2b og eventuelle avklarende spørsmål til tilbyder (dersom det kan være sannsynlig at tabellene er feil utfylt), gis det 0 poeng.

Dersom det av tabell F3.2a går fram at det er forutsatt innleie av personell, må det sjekkes at den forutsatte innleie er tillatt og at den foretas fra foretak som har tillatelse til å foreta slik utleie av personell.

Det skal gjøres en vurdering av andel egne ansatte. Følgende formel benyttes:

$$a = a/a2$$

der

a1 er årsverk i underentreprise i F3.2a

a2 er årsverk (sum av egne ansatte og underentreprenører) i F3.2a

<i>a</i>	< 0,4	0,4 – 0,5	0,5 – 0,7	0,7 – 0,9	> 0,9
Poeng	4	3	2	1	0

Andel årsverk i underentreprise skal ikke overstige 90 % av det totale antall årsverk i kontrakten.

[...]

Poeng for F3 beregnes som gjennomsnitt av poengene for F3.1, F3.2 og F3.3.”

- (8) Innen fristen mottok innklagede 5 tilbud, herunder fra Svein Boasson AS (heretter kalt klager).
- (9) Av klagers tilbud fremgikk følgende for del F under punkt F3 ”Kompetanse. Bemanning”:

”F3.1 Teknisk kompetanse

Det skal gis en oversikt over nøkkelpersonell og personer med relevant teknisk kompetanse som disponeres for oppdraget. Det kreves CV eller annen tilsvarende dokumentasjon.

Navn	Planlagt rolle	Vedlegg
[...]	Prosjektleder	V1
[...]	Anleggsleder	V2

F3.2 Egne ansatte, underentreprise, innleid personell i kontraktsarbeidet

Tabell F3.2a Utførelse – fordeling antall antatte årsverk i kontraktsarbeidet

Sum antall årsverk	Egne ansatte	I underentreprise	Innleid arbeidskraft
Årsverk	årsverk	årsverk	årsverk

Tabell F3.2b Utførelse – enmannsforetak, innleid arbeidskraft

<i>Enmannsforetakets/ utleiebedriftens navn</i>	<i>Foretaksnr.</i>	<i>Tidsrom for utførelse</i>	<i>Kort beskrivelse av arbeidsoppdraget. Kort begrunnelse for ikke å bruke egne ansatte</i>

F3.3 Tilbyders bemanningsressurser

Tabell F3.3 Ansatte (inkl. evt. permitterte) i firmaet de siste 3 år (årsverk)

<i>År</i>	<i>Timelønte</i>	<i>Funksjonærer</i>
<i>2007</i>	<i>27</i>	<i>3,5</i>
<i>2008</i>	<i>30</i>	<i>3,5</i>
<i>2009</i>	<i>32</i>	<i>4,5</i>
<i>Antall ansatte ved tilbudsfrist</i>	<i>32</i>	<i>4,5</i>

”

- (10) Innklagede sendte e-post til klager 7. april, hvor det ble bedt om at ”tabell F3.2a blir fylt ut og returnert”.
- (11) Klager beklaget ”glippen” i e-post datert 7. april 2010. Videre var utfylt tabell F3.2a vedlagt, hvor det fremgikk følgende:

”Tabell F3.2a Utførelse – fordeling antall antatte årsverk i kontraktsarbeidet

<i>Sum antall årsverk</i>	<i>Egne ansatte</i>	<i>I underentreprise</i>	<i>Innleid arbeidskraft</i>
<i>21 årsverk</i>	<i>20 årsverk</i>	<i>1 årsverk</i>	<i>årsverk</i>

- (12) I brev datert 26. april 2010 ble klager meddelt at tilbudet ble avvist. Det fremgikk følgende vedrørende avvisningen:

”Tilbudet avvises med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser etter § 11-10 (2) g på grunn av manglende opplysninger i F 3.2 a ved innlevering av tilbudet.

Tilbudet er avvist med følgende begrunnelse:

Kravet til F 3.2 a i Na-Rundskriv 05/5 er at del årsverk i underentreprise ikke skal overstige 90 % av totalt antall årsverk i kontrakten. Tilbyderen har ikke i sin dokumentasjon eller andre opplysninger sendt sammen med tilbudet, gitt oss grunnlag for å vurdere om dette kravet er oppfylt.

Opplysninger etterspurt av saksbehandler etter innlevering av tilbudet, kan ikke benyttes.

Vi ber om tilbakemelding innen 3. mai 2010, dersom De ønsker å påklage vår beslutning om avvisning. Etter denne datoen, vil vi fortsette anskaffelsesprosessen. De vil få ny melding når det er truffet beslutning om tildeling.

- (13) Tildelingsbeslutning ble meddelt klager i brev datert 26. april 2010, hvor det fremgikk følgende:

”Totalt mottok Statens vegvesen 5 tilbud og etter kvalifikasjonsvurderingen ble 3 tilbud vurdert som tilfredsstillende.

Herved meddeles at Statens vegvesen akter å inngå avtale med Anleggsgartner Wikholm AS.

Begrunnelse for valg

Statens vegvesen har valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Tilbudet fra Anleggsgartnermester Wikholm er valgt, med begrunnelse i lavest pris.”

- (14) Klager sendt klage på avvisningen i brev datert 30. april 2010, hvor det ble hevdet at det ikke forelå rettslig grunnlag for avvisningen, da innklagedes skjønnsutøvelse ved avvisningen etter forskriften § 11-10 (2) g *”ikke oppfyller de krav til rimelighet, forutberegnelighet og forholdmessighet som kreves”*. Det ble vist til at feilen var en ren forglemmelse, og at innklagede hadde bedt om, og klager hadde deretter sendt inn, opplysninger hvor det fremgikk at klager var kvalifisert.
- (15) Klager sendte 10. mai 2010 begjæring om midlertidig forføyning til Bergen tingrett.
- (16) Innklagede avviste klagen i brev datert 12. mai 2010. Det ble hevdet at innklagede ikke kunne motta opplysningene etter § 12-4, da de ikke var å anse som supplerende, jf. klagenemndas sak 2009/140. Videre ble anmodningen om tilleggsopplysninger beklaget, da denne skyldtes en *”glipp”*.
- (17) Klager sendte samme dag prosesskrift til Bergen tingrett, hvor innklagedes avvisning av klagen ble vedlagt, og begjæring om midlertidig forføyning ble opprettholdt.
- (18) Bergen tingrett tok 12. mai 2010 begjæringen om midlertidig forføyning til følge. Begjæringen ble avgjort uten muntlige forhandlinger, og det fulgte følgende av slutningen:
- ”Staten v/ Samferdselsdepartementet og Hordaland Fylkeskommune forbys å inngå kontrakt med Anleggsgartnermester Wikholm AS for FV 555, forlengelse av Håkonsgaten i Bergen i henhold til konkurranse 2010034958, inntil klage over avvisningstilbud fra Anleggsgartner Svein Boasson As, er endelig avgjort.”*
- (19) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 19. mai 2010.
- (20) Innklagede anførte i brev datert 27. mai 2010 at Statens vegvesen Region vest var feil innklaget, da anskaffelsen gjaldt en fylkesvei og det dermed var Hordaland fylkeskommune som var riktig innklaget. I brev datert 28. mai 2010 bestred klager at innklagede var feil innklaget, under henvisning til at innklagede hadde gjennomført konkurransen.
- (21) Kjennelsen om midlertidig forføyning i Bergen tingrett ble opphevet ved kjennelse datert 14. juni 2010, etter at innklagede hadde begjært, og det var gjennomført, muntlige forhandlinger.
- (22) Klagenemndas sekretariat la på bakgrunn av e-post korrespondanse til grunn i e-post datert 24. juni 2010 at saken skulle bringes inn for klagenemnda med Statens vegvesen region vest som innklaget.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Anførsel om feil innklaget

- (23) Klager anfører at innklagede er riktig innklaget. Konkurransen er forberedt, utlyst og gjennomført av innklagede. Dette fremgår utvetydig av konkurransegrunnlaget, hvor innklagede er angitt som byggherre/oppdragsgiver, som for øvrig er i samsvar med de fullmakter som er etablert mellom Hordaland Fylkeskommune og Statens vegvesen Region vest, jf. blant annet rammeavtalen mellom disse. For de spørsmål klagenemnda skal ta stilling til er innklagede nærmest til å delta i behandlingen. Videre har innklagede, uten henvisninger til Hordaland fylkeskommune, besvart klagers klage over avvisning og innstilling. At Hordaland fylkeskommune skulle være korrekt adressat for et eventuelt erstatningssøksmål fra klager har ikke betydning for i hvilken utstrekning Statens vegvesen i egenskap av utlyser og kontraktspart i konkurransegrunnlaget plikter å bidra til opplysning av saken overfor klagenemnda, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2.

Avvisning av klager

- (24) Klager anfører at klager er urettmessig avvist, samt at klager hadde innlevert det laveste tilbudet og dermed skulle ha vært innstilt som kontraktspart. Det vises til at innklagedes skjønnsutøvelse ved anvendelsen av forskriften § 11-10 (2) bokstav g ikke oppfyller de krav til forsvarlighet, rimelighet, forutberegnelighet og forholdsmessighet som kreves. Det skyldes en "lapsus" at punkt 3.2a i skjema F ikke var utfylt ved tilbudsinnleveringen, noe som fremgår klart da de øvrige relevante felter i skjemaet var utfylt. Det er åpenbart at en slik "lapsus" fra tilbyders side ligger i det absolutt nedre sjikt for hva forskriften § 10-10 (2) bokstav g rammer, i motsetning til eksempelvis "grovt misvisende opplysninger", jf. samme bestemmelse.
- (25) Når innklagede i samsvar med rundskriv 5/05 anmodet om og mottok de manglende opplysningene, må avvisningsspørsmålet avgjøres med utgangspunkt i summen av de opplysninger som da foreligger, jf. veileder FAD kapittel 12. I begrunnelsen for avvisning fremgår at de mottatte opplysningene overhodet ikke er tatt i betraktning. Det fremgår av opplysningene at klager oppfyller kravet i F3.2a med vesentlig margin, og innklagede har ikke påberopt andre omstendigheter som skulle tilsi avvisning. Hensikten med ordningen er utelukkende å skille mellom tilbydere som egnet og tilbydere som ikke er egnet, og at man neppe kan sies å handle i tråd med føringene i rundskriv 5/05.
- (26) Klager anfører at innklagede hadde hjemmel til å få tilsendt utfylt skjema F3.2a, da det er klart at dette innebar en supplerings/utdyping av allerede innsendte dokumenter for del F, jf. forskriften § 12-4. Det var forutsatt i rundskrivet og konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver hadde anledning til å stille avklarende spørsmål, dersom det var feil ved utfylling av tabellen. Skjemaet er utfylt og innlevert i sin helhet før utløpet av fristen, bortsett fra en "lapsus" i ett av punktene i skjemaet. Klagenemndas sak 2009/140 er ikke parallell og avgjørelsen kan dermed ikke anvendes som et prejudikat i den foreliggende sak. Det følger også av veilederen på side 153 at "god forretningsskikk" tilsier at oppdragsgiver bør gi leverandørene adgang til å supplere opplysninger. Når innklagede har anmodet om suppleringen, var også innklagede på dette tidspunkt av den oppfatning av ettersendte suppleringer rettmessig skulle tas hensyn til ved vurderingen av tilbudet. For at forskriften § 12-4 skal ha et virkeområde må det være adgang til å be

om supplerende/utdypende opplysninger til fremlagte attester/dokumenter, i tilfeller hvor disse ikke viser hvorvidt det aktuelle kvalifikasjonskrav er oppfylt og det er åpenbart at dette beror på en feil. I dette tilfellet ville det innebære en innskrenkende tolkning av bestemmelsen, uten rettskildemessig dekning, ikke å tillate at de fremlagte dokumentene kunne suppleres. Det vil ikke virke konkurransevridende dersom innklagede skulle hensynta de senere innsendte opplysningene av hvorvidt klager oppfyller punkt F 3.2a. Forskriften § 12-4 må forstås slik at innklagede har en plikt til å ta hensyn til supplerende/utdypende opplysninger i sin vurdering dersom slike opplysninger mottas etter anmodning. Klager anfører at det også er i strid med kravet til god forretningskikk først å anmode om tilleggsopplysninger, men deretter velge å se bort fra opplysningene når de foreligger.

Begrunnelse

- (27) Klager anfører at innklagedes begrunnelse er i strid med regelverket. Det vises til at det i begrunnelsen for avvisning kun vises til at opplysningene "*kan ikke benyttes*", og det gis ingen begrunnelse utover dette.

Erstatning

- (28) Klager har bedt klagenemnda uttale seg om hvorvidt vilkårene er til stede.

Innklagedes anførsler:

Anførsel om feil innklaget,

- (29) Innklagede har anført at det er fylkeskommunen som er rett adressat for klagen, da klagen kun gjelder forhold som er knyttet til fylkesveg. Det vises til innklagedes organisering, herunder at innklagede i saker som gjelder riksveger hører statens vegvesen Region vest under Vegdirektorat, mens det i saker som gjelder fylkesveger hører under fylkeskommunen, jf. veglova §§ 9 og 10. Anskaffelsen dreier seg om arbeid på fylkesveg, og fylkeskommunen er dermed oppdragsgiver.

Avvisning av klager

- (30) Innklagede bestrider at avvisningen av klager er rettsstridig. Det vises til kjennelsen fra Bergen tingrett hvor det ble lagt til grunn at innklagede hadde en plikt til avvisning etter forskriften § 11-10 bokstav a, da kvalifikasjonskravene i henhold til punkt F 3.2 ikke var oppfylt. Da innklagede vurderte at skjema F3.2a ikke kunne innhentes og fant at tilbudet skulle avvises, ble realitetsvurdering av tilbudet i henhold til regelverket ikke foretatt. Det hevdes at så lenge det ikke var hjemmel for å innhente dokumentasjonen, måtte denne sees bort fra ved vurderingen av tilbudet. Det avgjørende måtte være hvilke dokumenterte opplysninger tilbudet inneholdt på tidspunktet for tilbudsfristens utløp. Det er klart at tilbudet ikke inneholdt opplysninger som gjaldt kvalifikasjonskriteriet F3.2a, og innklagede hadde da ingen opplysninger til å vurdere om klager oppfylte kravet til maksimal andel årsverk i underentreprise. Innklagede hadde dermed plikt til å avvise den aktuelle leverandøren jf. blant annet klagenemndas 2009/128.
- (31) Innklagede anfører at det ikke var adgang til å innhente opplysninger, jf. forskriften § 12-4. Det vises til at det i utgangspunktet er leverandørens risiko å innlevere etterspurte dokumenter, jf. klagenemndas sak 2005/213 premiss (32), og at oppdragsgivers adgang til å anmode om supplerende opplysninger etter forskriftens § 12-4 må leses i lys av denne hovedregelen. Det er kun i de tilfeller hvor tilbudet allerede inneholder opplysninger knyttet til det enkelte kvalifikasjonskriteriet at oppdragsgiver kan anmode

om at nettopp disse opplysningene suppleres eller utdypes. Innklagede viser til kjennelsen fra Bergen tingrett hvor det ble lagt til grunn at tilbudet ikke inneholdt noe om de opplysninger som var etterspurt i punkt F 3.2, og at å be om disse opplysningene i ettertid kan ikke anses som en anmodning om ”supplering” eller ”utdypning” som er hjemlet i forskriftens § 12-4, jf klagenemndas saker 2009/140 og 2009/164. Oppdragsgiver har ikke plikt til å etterspørre utdyping/supplering. Dessuten vil forskriften § 12-4 være grensesettende for hva som skal tillates som ”god forretningsskikk”. Opplysningene ble innhentet etter en intern kommunikasjonssvikt, men dette endrer ikke opplysningens status. Det kan ikke være noen tvil om at hvert enkelt av de ulike punktene i kapittel F utgjør et selvstendig kvalifikasjonskriterium, jf. rundskrivet side 5. Det må altså foretas en vurdering av om tilbyderne oppfyller hvert enkelt krav som fremgår av kapittel F, herunder kravet om at andel årsverk i underentreprise ikke skal overstige 90 %, jf. rundskrivet side 7. Det er derfor etter innklagede syn ikke tilstrekkelig at selve dokumentet hvor slike opplysninger normalt fremgår var vedlagt tilbudet, når dokumentet ikke inneholdt opplysninger om andel årsverk i underentreprise.

Begrunnelse

- (32) Innklagede anfører at kravene til begrunnelse i forskriften § 11-14 er oppfylt. Klager ble skriftlig underrettet om at tilbudet var avvist på grunn av manglende dokumentasjon, hvilken dokumentasjon som manglet og hvorfor denne var av betydning for vurderingen av tilbyders kvalifikasjoner. Videre var det angitt hjemmel for avvisningen, samt at opplysningene som ble etterspurt av saksbehandler etter anbudsfristen ikke kunne benyttes. Innklagede har ikke mottatt anmodning om nærmere begrunnelse, jf. forskriften § 11-14 (4).

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006. nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. forskriften § 2-1 (2), jf. § 2-2 (1).

Anførsel om feil innklaget,

- (34) Innklagede har anført å være feil innklaget, da klagen gjelder forhold som er knyttet til fylkesveg som gjør at Hordaland fylkeskommune er rett innklaget, jf. veglova § 10 (1) og (2), jf § 9 (1) og (2).
- (35) Det følger av forskriften § 1-3 (1) at forskriften ”får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider.” Det er uomtvistet at innklagede er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser. Klagenemndsforordningen § 6 lyder:

”Klage til klagenemnda må gjelde unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning. Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver.

Dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved dom i første instans kan klagen ikke tas til behandling”.

- (36) Klagenemnda bemerker at det ikke er et vilkår at en myndighet eller en sammenslutning er et selvstendig rettssubjekt for å omfattes av forskriften § 1-3 (1). Det samme gjelder etter klagenemndsforordningen § 6. Innklagede er angitt som oppdragsgiver etter både kunngjøring og konkurransegrunnlag. Det var ikke angitt i kunngjøring eller konkurransegrunnlag at anskaffelsen skjedde på vegne av andre oppdragsgivere.
- (37) På denne bakgrunn finner klagenemnda at vilkårene for å fremme saken mot innklagede er tilstede. Hvorvidt klage også kunne vært fremmet mot Hordaland fylkeskommune er da uten betydning. Innklagedes anførsel kan dermed ikke føre frem.

Avvisning av klager

- (38) Klager har anført å være urettmessig avvist. Klager ble opprinnelig avvist etter forskriften § 11-10 (2) bokstav g. Innklagede har i tilsvaret for klagenemnda også vist til kjennelsen fra Bergen tingrett, hvor det ble lagt til grunn at klagers tilbud skulle vært avvist i medhold av forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt klager er rettmessig avvist i medhold av denne bestemmelsen.
- (39) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver ”skal” avvise leverandører som ”ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)”.
- (40) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget under punkt F ”Firmaopplysninger for vurdering av tilbyders egnethet” at partene under punkt F3 ”Kompetanse. Bemanning” skulle fylle ut skjema F3.2a ”Utførelse – fordeling antall antatte årsverk i kontraktsarbeidet”. I skjema F3.2a skulle det gis opplysninger om antall årsverk, egne ansatte, underentreprise og innleid arbeidskraft som skulle delta i kontraktsarbeidet. Det fremgikk videre av rundskrivets beskrivelse under punkt F3.2 at ”Andel årsverk i underentreprise skal ikke overstige 90 %.” Det er ikke omstridt at klager hadde fylt ut skjema F3.2a sammen med tilbudet, eller innenfor tilbudsfristen.
- (41) Klagenemnda bemerker at utformingen av konkurransegrunnlagets F3 ”Kompetanse. Bemanning”, gjør at opplysningene i tabell F3.2a, vedrørende hvilket personell som skulle gjennomføre kontraktsarbeidet, fremstår som kvalifikasjonskrav knyttet tilbydernes evne til å gjennomføre kontrakten. Videre stilles det i rundskrivet eksplisitte krav til forholdet mellom egne ansatte og underentreprise, herunder at andel årsverk i underentreprise ikke skulle overstige 90 %. Klagenemnda er enig med innklagede at det ikke kan være tvilsomt at det var oppstilt et kvalifikasjonskrav om at underleverandører ikke skulle overstige 90 % av kontraktsutførelsen. Når klager ikke hadde fylt ut tabell F3.2a var det umulig for innklagede å avgjøre hvorvidt kvalifikasjonskravet for gjennomføringen av den konkrete kontrakten var oppfylt.
- (42) Klager har imidlertid anført at innklagede kunne be klager om å sende inn utfylt tabell som viste at klager oppfylte kvalifikasjonskravet. Noe innklagede også gjorde. Klager anfører videre at når slik dokumentasjonen ble gitt på forespørsel, hadde innklagede plikt til å ta hensyn til den i kvalifikasjonsvurderingen.
- (43) Spørsmålet blir da om innklagede kunne be om at utfylt tabell ble sendt inn.
- (44) Det er på det rene at opplysningene i punkt F3.2a ikke kan anses som ”HMS-egenerklæring”, ”skatteattest” eller ”offentlig tilgjengelig dokumentasjon” og opplysningen kunne dermed ikke innhentes i medhold av forskriften §12-3.

(45) Forskriften § 12-4 lyder som følger:

”Oppdragsgiver kan anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes.”

(46) Innklagede har hevdet at når tilbudet overhodet ikke inneholdt opplysninger om forhold som var etterspurt i tabell F3.2a, kan det ikke anses som en *”supplering”* eller *”utdyping”* å be om opplysningene. Innklagede har blant annet vist til klagenemndas sak 2009/163 hvor det i premiss (58) ble lagt til grunn at dokumentasjonen ikke var *”supplerende”* eller *”utdypende”*, men måtte betraktes som ny dokumentasjon *”når tilbudene i utgangspunktet ikke inneholdt noen dokumentasjon på dette”*. Videre fremgikk det at det *”ikke var mulig å vurdere hvorvidt tilbyderne var kvalifisert eller ikke, uten at den aktuelle dokumentasjon ble sendt inn.”*

(47) I foreliggende sak var dokument F3 *”Kompetanse. Bemanning”* relatert til en rekke kvalifikasjonskrav. Dette dokumentet var inntatt i klagers tilbud, men det forhold at selve tabellen hvor opplysningene skulle ha vært inntatt var innlevert av klager kan ikke tillegges avgjørende betydning for oppdragsgivers adgang til anmodning om supplerende opplysninger. Adgangen til innhenting supplering og utdypning etter § 12-4 gjelder *”fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren”*, hvilket må forstås på den måten at adgangen til å anmode om fremleggelse av dokumenter er betinget av at tilbudet allerede inneholder opplysninger som er relevant for det aktuelle kvalifikasjonskrav. Klagers tilbud del F inneholdt ikke noen informasjon som gav grunnlag for å vurdere hvorvidt kvalifikasjonskravene etter tabell F3.2a var oppfylt. Den aktuelle informasjonen kunne derfor ikke innhentes i medhold i av forskriften § 12-4. Når innklagede ikke kunne be om opplysningene, måtte innklagede basere seg på den informasjonen som leverandøren allerede hadde innlevert i tilbudet.

(48) Ettersom tilbudet ikke inneholdt noen informasjon som gjorde innklagede i stand til å vurdere om kvalifikasjonskravet var oppfylt, hadde innklagede plikt til å avvise klager etter § 11-10 (1) bokstav a, da klager ikke oppfylte de *”krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen”*. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Begrunnelse

(49) Klager har videre anført at innklagedes begrunnelse i meddelelsen om avvising er i strid med regelverket. Det vises til at innklagede kun viser til at opplysningen i utfylte skjema F3.2a *”ikke kan benyttes”* og det gis ingen begrunnelse utover dette.

(50) Det følger av forskriften § 11-14 (2) bokstav a at oppdragsgiver *”skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom...en forespørsel om å delta i konkurransen blir avvist, jf. § 11-10 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren)”*.

(51) Hensynet bak bestemmelsen er at klager skal få anledning til å delta i konkurransen dersom avvisingen er uriktig og få satt i gang tiltak for å stanse anskaffelsesprosedyren, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/27 premiss (32).

(52) Det fremgikk av avvinningsbeslutningen av 26. april 2010 at klager ble avvist i medhold av forskriften § 11-10 (2) bokstav g på grunn av manglende opplysninger i skjema F3.2a. Det ble vist til at det ikke var gitt opplysninger om underentreprise, og at innklagede ikke kunne vurdere om klager oppfylte kravet om at underentreprise ikke skulle overstige 90 %. Det ble videre vist til at de etterspurte opplysningene ikke kunne benyttes. Klagenemnda anser dette som tilstrekkelig for å tilfredsstille kravet til *”kort”* begrunnelse, og gir innklagede anledning til å stanse anskaffelsesprosedyren.

Klagenemnda kan ikke se at klager har anført at innklagede har brutt kravet til etterfølgende begrunnelse. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Statens vegvesen region vest har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

7. mars 2011

Andreas Wahl