



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Osterøy kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av levering og legging av kunstgressdekke på Fotlandsvåg idrettsplass. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 første ledd bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 12. september 2011 i sak 2010/201

Klager: Øksnes Maskin AS

Innklaget: Osterøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Siri Teigum

Saken gjelder: Avvisning. Kvalifikasjonskrav.

Bakgrunn:

- (1) Osterøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. april 2010 en åpen anbudskonkurranse om levering og legging av kunstgressdekke på Fotlandsvåg idrettsplass. Tilbudskonkurranse bestod av to deler, 1) Forberedende grunnarbeider og 2) Legging av kunstgressdekke. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 0.4 "Levering av tilbud. Tilbudsfrist. Tilbudsåpning" satt til 12. mai 2010 kl. 12.00.
- (2) Fra konkurransegrunnlaget punkt 0.2 "Kvalifikasjonskrav til tilbyder" hitsettes:

"Tilbyder skal tilby et kunstgressdekke som tilfredsstillende de definerte tekniske kravspesifikasjoner. Komplette ferdige utlagte dekker skal tilfredsstillende de definerte funksjonskrav.

Tilbyder skal – som en dokumentasjon på firmaets økonomiske stilling – legge ved garantierklæring fra firmaets bankforbindelse om at garanti i samsvar med kontraktsbestemmelsene kan stilles ved en eventuell kontrakt. Bankens navn skal oppgis.

Tilbyder skal legge ved dokumentasjon på erfaring fra legging av minst fem kunstgressdekker av den kvalitet som tilbys."

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 0.3 "Tilbud. Utvelgelse- og tildelingskriterier" fremgikk:

"Valg av tilbud vil bli foretatt på basis av en to-trinns evaluering.

Trinn 1 – Utvelgelse

Utvelgelsen omfatter en evaluering av tilbyder/tilbud basert på følgende kriterier:

-Kontroll av at det foreligger gyldige skatte – og avgiftsattester med tilbudet jfr. "Forskrift", § 12-9 Skatteattest. Merk spesielt at skatte- og avgiftsattestene (2 stk) ikke skal være eldre enn 6 mnd. regnet fra tilbudsfristen.

-Kontroll av at det foreligger HMS-egenerklæring. jfr. "Forskriften", § 12-10.

-Kontroll av egnet erklæring fra firmaets bankforbindelse eller annen dokumentasjon vedrørende leverandørens finansielle stilling.

-Kontroll av at tilbudet ikke inneholder forbehold som medfører at tilbudet skal avvises. Jfr. "Forskriften", § 15-10, § 15-11 og § 15-12.

Alle tilbydere/tilbud som oppfyller "Utvelgelseskriteriene" vil deretter bli vurdert i trinn 2 - "Tildeling" i hht. de definerte tildelingskriterier.

Trinn 2 – Tildeling

Tildeling omfatter en evaluering av tilbyder/tilbud basert på følgende tildelingskriterier:

-Dokumentasjon av tilstrekkelig kompetanse for utførelse av denne type arbeider.

Referanseprosjekter, prosjektorganisasjon, serviceorganisasjon

-Forhåndstest av produktet (ferdig konstruksjon)

-Pris (tilbudssum korr. for event. regnefeil og/eller forbehold og valutaregninger)

-Tekniske forhold (inkl.FDV-forhold)

-Mobiliseringstid og utførelsestid"

- (4) Innen tilbudsfristens utløp hadde seks leverandører levert tilbud, herunder Øksnes Maskin AS (heretter kalt klager) og FB Maskin AS (heretter kalt valgte leverandør). Tre av tilbyderne ble avvist.
- (5) Klagenemnda har kun mottatt deler av valgte leverandørs tilbud. I vedlegg til tilbudet var følgende opplyst under punktet "Egenerklæring på utførte anlegg som hovedentreprenør":

"Dette er noen av anleggene vi har utført oppretting og finjustering på:

Osterøy gressbane med utlegging av jord

Osterøy Idrettsbane ombygging, lagt ny løpebane med mer

Erdal kunstgress

Apollo Davanger kunstgress

Ådnamarka kunstgress

Søfteland kunstgress

Tjeldstø kunstgress".

- (6) I brev til Osterøy kommune av 19. mai 2010 har Fotlandsvåg Idrettslag foretatt en gjennomgang av de seks innkomne tilbud. Av dette fremgår:

"Videre er det satt vurderingskriterier for dokumentasjon av kompetanse, produktkvalitet og fremdrift. Tilbyder nr 3, 4 og 5 vurderes tilnærmet likt på disse områdene og vi står igjen med en gjennomgang av prissettingen.

Vi har åpnet for prising av "Pad" og årlig vedlikehold av banen. Entreprenørene har i varierende grad priset dette og det er tvilsomt at vi kommer til å benytte oss av tilbudene. Vi velger derfor å holde disse postene utenfor etterfølgende tilbudssammenstilling."

- (7) I brev fra innklagede av 20. mai 2010 ble klager meddelt at kontrakt var tildelt FB Maskin AS:

"Beslutninga er teken med bakgrunn i pris og kvalitet. Det var eit krav i tilbudsgrunnlaget om totalentreprise. Tilbydere som berre har levert pris på deler av arbeidet er forkasta."

- (8) Klager påklaget innklagedes tildelingsbeslutning i brev av 28. mai 2010:

"Som De selv anfører i Deres brev, prosjektet er en totalentreprise. Vi forutsetter at det legges til grunn at Osterøy kommune legger til grunn kvalifikasjonskrav ved totalentrepriser. I tilbudsgrunnlaget punkt 02, er det anført at det er et kvalifikasjonskrav ved totalentrepriser. I tilbudsgrunnlaget punkt 02, er det anført det er et kvalifikasjonskrav at utførende entreprenør har erfaring fra legging av minst fem kunstgressdekker av den kvalitet som tilbys."

Vi kan ikke se at Osterøy kommune ved sin innstilling til entreprenør, på noen av de to ovennevnte punkter har fulgt opp konkurransekriteriene på prosjektet."

- (9) Klagen ble besvart i brev av 4. juni 2010, hvor innklagende opprettholdt sin begrunnelse og sitt valg av leverandør, med pris og kvalitet som avgjørende for valget. Det fremgår at klagen oppfattes slik at den angår kvalifikasjonskrav. Videre vises til:

"De eneste kvalifikasjonskrav som er satt, er krav om garantierklæring og erfaring fra legging av minst fem kunstgressdekker av den kvalitet som tilbys."

[...] "Øksnes Maskin AS har i likhet med den valgte leverandør tilfredsstilt de oppsatte kvalifikasjonskrav.

Klagen fra Øksnes Maskin AS kan videre oppfattes slik at kommunen ikke har fulgt opp kvalifikasjonskravet ved tildelingen, dvs. at FB Maskin AS skal ha blitt tildelt kontrakten til tross for at de ikke har tilfredsstilt tildelingen, dvs. at FB Maskin AS skal ha blitt tildelt kontrakten til tross for at de ikke har tilfredsstilt kvalifikasjonskravet. Det fremgår imidlertid av den dokumentasjon kommunen har mottatt, at FB Maskin AS i likhet med klager har erfaring fra minst 5 tilsvarende prosjekter, jfr. ovenfor."

- (10) Kontrakt med valgte leverandør ble signert 14. og 15. juni 2010.
- (11) Klage kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev av 29. juni 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Prinsipalt anfører klager at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravene som fremgår i konkurransegrunnlaget pkt. 0.2 og 0.3, og således skulle vært avvist.
- (13) Det vises til at kvalifikasjonskravet *"erfaring fra legging av minst fem kunstgressdekker av den kvalitet som tilbys"* ikke kan anses oppfylt av valgte leverandør, herunder at det ikke er fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon i forhold til dette punkt. Etter klagers syn inneholder valgte leverandørs referanseliste ikke tilstrekkelig informasjon til at oppdragsgiver kan vurdere om kravet til erfaring i firmaet er tilfredsstillende. Den fremlagte *"egenerklæring på utførte anlegg som hovedentreprenør"* omtaler ikke hva slags kunstgressdekker firmaet tidligere har lagt, hva arbeidene har omfattet, eller kvaliteten av dekket og arbeidet som er utført.
- (14) Subsidiært anføres at oppdragsgiver ved gjennomføringen av konkurransen har begått flere saksbehandlingsfeil som skulle ført til avlysning av konkurransen.
- (15) Det anføres for det første at innklagedes tildelingsevaluering er i strid med forskriften § 13-2 og de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5. Bakgrunnen er at dokumentasjonen fra innklagede viser at det bare er to tildelingskriterier som er vurdert, mens det var angitt en rekke tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget. Det er ikke dokumentert at innklagede har tatt stilling til de øvrige. Dermed er det ikke foretatt en reell vurdering av de på forhånd oppgitte tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget punkt 0.2.
- (16) Klager anfører også at innklagede har brutt forskriften § 13-3 første ledd, jf. § 11-14 første ledd, ved å gi utilstrekkelig begrunnelse om valg av leverandør. Det vises til at det ikke er oppgitt hvordan de på forhånd angitte kriterier er vurdert, og heller ikke valgte tilbyders relative fordeler.
- (17) Til sist anføres at oppdragsgiver har brutt forhandlingsforbudet som gjelder i åpne anbudskonkurranser jf. § 12-1 første ledd, ved at kontraktssummen ikke samsvarer med tilbudssummen slik den fremstår i vedlegg 8 *"Tilbudssammenstilling"*. Det synes som om enkelte ytelser er trukket ut og/eller at enkelte delsummer i tilbudet er endret.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede anfører at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet stilt i konkurransegrunnlaget punkt 0.2.
- (19) Det vises til valgte leverandørs dokument over utførte entreprenøroppdrag for kunstgressbaner. På bakgrunn av denne listen ble valgte leverandør vurdert til å oppfylle kvalifikasjonskravet. For øvrig kan det opplyses at valgte leverandør benyttet Sport Surface AS til å legge kunstgresset. Dette selskapet har bred erfaring med legging av kunstgress. Det kan presiseres at ingen av tilbyderne leverte dokumentasjon på at de alene oppfylte kvalifikasjonskravet. Hensikten med kvalifikasjonskravet var å

sikre seg mot tilbud fra nyetablerte foretak uten kompetanse på forberedelse for og legging av kunstgress.

- (20) Videre bestrides det at tildelingsevalueringen er i strid med regelverket. Det vises i den forbindelse til at alle tildelingskriteriene ble evaluert, og til at tilbyderne ble vurdert å stå likt på alle kriteriene unntatt pris.
- (21) Når det gjelder klagers anførsel om mangelfull begrunnelse, erkjennes det at begrunnelsen kunne vært bedre med hensyn til å få fram at tre av tilbyderne med unntak av pris ble vurdert likt. Det skal likevel nevnes at klager ikke har etterspurt en utdypning av begrunnelsen. I klagen til kommunen satt fram ved brev av 28. mai 2010 er mangler ved meddelelsen av leverandør heller ikke nevnt.
- (22) Til sist bestrides det at innklagede har brutt forhandlingsforbudet som gjelder i åpne anbudskonkurranser.
- (23) Forskjellen i tilbudssum mellom klager og valgte leverandør var ved tilbudsåpning [...] kroner eksklusiv mva. i klagers disfavør. Det er tre vurderinger som ligger til grunn for å komme frem til en sammenlignbar tilbudssum:
 - 1) I tilbudsforespørselen var tilbyderne bedt om å prise støtdempingspad som en opsjon. Valgte leverandør hadde støtdempingspad med i tilbudssummen. Klager tilbød en opsjon på kunstgress med pad på [...] kroner pluss mva. Siden innklagede valgte bort pad på anlegget i Fotlandsvåg, ble paden trukket ut fra valgte leverandørs tilbudssum og prisdifferansen økte til [...] kroner eksklusiv mva. i disfavør klager.
 - 2) I tilbudsforespørselen ble det lagt vekt på at vedlikehold skulle prises, men mest sannsynlig ville bli trukket ut. Grunnen er at Osterøy kommune og idrettslag mest sannsynlig ville utføre dette delvis på dugnad og delvis gjennom fellesinnkjøp for hele kommunen. For å få sammenlignbare priser ble vedlikehold trukket ut fra tilbyderens oppsett. Prisdifferansen økte til [...] kroner eksklusiv mva. i disfavør av klager.
 - 3) Ønsket om god kvalitet på banedekket var svært viktig for innklagede. Klager har etter eget utsagn, lagt inn god kvalitet i sitt tilbud. Valgte leverandør har lagt en lavere kvalitet til grunn i sitt tilbud, men har gitt to opsjoner på bedre kvalitet. Innklagede valgte den beste kvalitet de gav opsjon på, mot et pristillegg på [...] kroner eksklusiv mva. Prisdifferansen ble redusert til [...] kroner eksklusiv mva.

Sammenlignbare tilbudssummer er dermed iht. tilbudssammendraget, og på bakgrunn av dette ble det anbefalt å gå inngå kontrakt med valgte leverandør.

- 4) Under oppmålingsarbeidet, som ble foretatt etter at det var besluttet hvem det skulle inngås kontrakt med, ble det avdekket at banen ikke rommet det forespurte gressareal. Til grunn for kontrakten ble det derfor fremforhandlet et fradrag for redusert areal på totalt [...] kroner eksklusiv mva.

Sammenlignbar tilbudssum i tilbudssammendraget fratrasket [...] kroner eksklusiv mva. utgjør kontraktssummen på [...] kroner eksklusiv mva. Innklagede har ikke endret verken tilbud eller tilbudssummer, men gjort en grundig jobb for å oppnå sammenlignbare tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (24) 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 gjelder forberedende grunnarbeider og legging av kunstgressdekke på idrettsplassen i Fotlandsvåg i Osterøy kommune, og er en bygge- og anleggsanskaffelse. Verken i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen er det angitt opplysninger om konkurransens anslåtte verdi. På bakgrunn av de innkomne tilbudspriser, og det forhold at konkurransen utelukkende ble kunngjort i Doffin legger klagenemnda til grunn at anskaffelsen i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 første og andre ledd, jf. 2-2 første ledd.
- (25) Det første spørsmålet for nemnda er om innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør på bakgrunn av at kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget punkt 0.2 ikke var oppfylt.
- (26) Det følger av forskriften § 11-10 første ledd bokstav a at en oppdragsgiver skal avvise en leverandør som *"ikke oppfyller krav satt til deltakelse i konkurransen"*.
- (27) Av konkurransegrunnlaget punkt 0.2 fremgår at det ved tilbudet skal vedlegges *"dokumentasjon på erfaring fra legging av minst fem kunstgressdekker av den kvalitet som tilbys"*.
- (28) I utgangspunktet fremstår ovennevnte som et dokumentasjonskrav, idet det bare er angitt hvilken dokumentasjon som skulle innleveres. For at dette dokumentasjonskravet skal ha noe innhold, må det imidlertid etter klagenemndas syn innfortolkes et kvalifikasjonskrav tilknyttet leverandørenes tidligere erfaring med legging av kunstgressbaner. En slik forståelse av oppdragsgivers dokumentasjonskrav fremgår også av klagenemndas tidligere praksis, jf. blant annet sakene 2008/98 og 2004/238. Fra sistnevnte hitsettes fra premiss (28):

"Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene fremgår underforstått av kravene til dokumentasjon. Dersom oppdragsgiver har bedt om dokumentasjon på et forhold som vedrører leverandørenes kvalifikasjoner, innebærer dette at oppdragsgiver skal vurdere om leverandørenes kvalifikasjoner oppfyller det nødvendige minstekrav. I motsatt fall ville det ikke hatt noen hensikt å be om slik dokumentasjon."

- (29) Basert på dokumentasjonskravet forstår nemnda det slik at leverandøren, for å anses kvalifisert til gjennomføring av oppdraget, må ha erfaring fra legging av minst fem kunstgressbaner av samme kvalitet som nå tilbys.
- (30) Spørsmålet blir om det ut fra den vedlagte dokumentasjon fremgår at valgte leverandør har erfaring fra legging av minst fem kunstgressbaner av samme kvalitet som nå tilbys.
- (31) Valgte leverandør har i sitt tilbud fremlagt en egenerklæring på utførte *"anlegg som hovedentreprenør"*.
- (32) Ovennevnte dokumentasjon er en ren referanseliste over tidligere utførte oppdrag. Utover opplysninger om at det på disse anleggene er utført *"oppretting og finjustering"*, er det imidlertid ikke gitt ytterligere opplysninger om hva disse

oppdragene har omfattet. Det er således verken gitt opplysninger om hvilken type kunstgressdekker valgte leverandør tidligere har lagt, kvaliteten av dekket, eller omfanget av oppdragene. Valgte leverandør viser dermed ikke at selskapet tidligere har utført oppdrag av den kvalitet som nå blir tilbudt. Klagenemnda har etter dette kommet til at det ut fra vedlagte dokumentasjon ikke fremgår at valgte leverandør har erfaring fra legging av minst fem kunstgressbaner av samme kvalitet som nå tilbys. Klagenemnda kan på dette grunnlag ikke se at det er dokumentert at valgte leverandør oppfyller kravene som fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 0.2. Innklagede har dermed brutt forskriften § 11-10 første ledd bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

- (33) Basert på det resultat klagenemnda her er kommet til, finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Osterøy kommune har brutt forskriften § 11-10 første ledd bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,
12. september 2011

Tone Kleven