



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise på en integrert avansert operasjonsstue. Klagenemnda fant at innklagedes opprinnelige tildelingsmeddelelse var i strid med forskriften § 13-3 (1), idet denne ikke inneholdt en klagefrist. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. april 2012 i sak 2010/308

Klager: Fagerhult Belysning AS

Innklaget: Helse Fonna HF

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Ulovlig dokumentasjons- / kvalifikasjonskrav, urettmessig avvisning av klager, klagefrist i tildelingsmeddelelsen.

Bakgrunn:

(1) Helse Fonna HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. august 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise på en integrert avansert operasjonsstue. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen punkt 1.4 "*Anslått verdi av kontrakten*" anslått til å være fem millioner kroner inkludert merverdiavgift. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt å være 6. oktober 2010.

(2) Av konkurransegrunnlaget punkt 3 fremgikk konkurransens kvalifikasjonskrav. Det hitsettes fra punkt 3.5 "*Referanser*":

"Tilbyder skal oppgi referanser fra tilsvarende leveranser de siste 2 år. De mest relevante referansene for denne konkurransen skal inneha navn og tlf/e-mail adresse til personer som kan kontaktes."

(3) Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 følgende om konkurransens tildelingskriterier:

"Tildeling av kontrakt vil skje på basis av det tilbud som er mest fordelaktig, alle forhold tatt i betraktning. Leverandørens beskrivelse i tilbudet vil bli lagt til grunn for evalueringen og rangeringen av tilbudene."

Tildeling av kontrakt vil skje på basis av det mest fordelaktige tilbud alle forhold tatt i betraktning.

Følgende kriterier vil bli lagt til grunn:

- *Pris/levetidskostnad (antatt levetid 10 år)* 40 %
- *Produkt – (Kvalitet/funksjonalitet)* 50 %
- *Service/Support/Opplæring* 10 %"

- (4) Videre fremgikk konkurransens kravspesifikasjon som konkurransegrunnlagets Del 2 Vedlegg A. Det hitsettes fra kravspesifikasjonen punkt 1 "Leveranseomfang", og punkt 1.1 "Generelt":

"[...]

Formålet med anskaffelsen er å oppgradere operasjonsstue 6 (og evt. stue 5) til en integrert avansert operasjonsstue som gir mer effektiv drift, mer rasjonell bruk av ressurser det er knapphet på, samt gi en mer strukturert dokumentasjon og bedre tilgang på data på operasjonsstuen. Stikkord er: Oversikt, forenkle/forbedre arbeidsflyt, integrasjon, automatisering.

Begge stuenes skal primært anvendes til laparoskopisk kirurgi, men de skal også problemfritt kunne anvendes til Natural Orifice Transluminal Endoscopic Surgery (NOTES) kirurgi i takt med at denne teknikken utvikles og implementeres.[...] Generelt gjelder det at operasjonsstuenes innrettes og utstyres slik at de oppfyller kravene til en moderne, effektiv operasjonsstue med takopphengt apparatur, høyteknologisk utstyr, høy bildeklaritet, fleksible integrasjons- og kommunikasjonsløsninger og med mulighet for fortløpende tilpassing av ny teknologi.

[...]"

- (5) Videre opplyses det følgende i kravspesifikasjonen punkt 1.3 "Ombygging, montering og idriftsettelse":

"Anskaffelsen skal omfatte komplett levering, dvs. montering, klargjøring og idriftsettelse av systemet.

Ombygging av stue skal utføres som en totalentreprise, som også skal være ansvarlig for den medisinske løsningen og det totale arbeidsmiljø og arbeidsflyt på operasjonsstua.

Tilbyder plikter å sette seg inn i de bygningsmessige forholdene og eksisterende anlegg og kabling. Nye skapløsninger, flytting av eksisterende utstyr, eller dører skal leveres som en totalentreprise. DWG Romtegnning av operasjonsstue 5 og 6 vedlegges – se vedlegg A1. Tilbyder skal lage et forslag til design av stue 6."

- (6) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra Fagerhult Belysning AS (heretter kalt klager), og fra Olympus Norge AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (7) Det vises til følgende fra klagers tilbudsbrief datert 8. oktober 2010:

"Fagerhult Belysning AS leverer herved komplett tilbud på "Integrert avansert operasjonsstue" etter beskrivelse og underlag datert 17.09.2010, med beskrevet tilbehør til ovennevnte prosjekt.

Tilbudet omfatter levering av utstyr som spesifisert i forespørselen, med de presiseringer som følger i dette tilbudsbrief. [...]

Vårt tilbud er et samarbeidsprosjekt mellom følgende aktører og leverandører:

- Kontraktsansvarlig: **Fagerhult Belysning AS**
- Byggeplassansvarlig: **Aurskog Plate og Blikk AS**
- Byggrelatert utstyr (rom i rom, dører, himlinger etc); **Hospitalteknik, Fagerhult Belysning AS**
- Montasje, praktisk gjennomføring; **Aurskog plate og blikk, Hospitalteknik, Fagerhult Belysning AS**
- Elektroarbeider: **Apply TB AS**
- Belysningsutstyr (OP-lamper, allmennbelysning, lysstyring); **Fagerhult Belysning AS**
- Søyler, monitorarmer etc; **Fagerhult Belysning AS**
- Monitører, software, kontrollenheter etc; **Karl Storz**

Hvert firma representerer således spisskompetanse innenfor sine kjerneområder, og skulle ha de beste forutsetninger for å levere det produktet som det ønskes i følge beskrivelsen.

Grunnet tidsnød i tilbudsgivingen, er dokumentasjonen som følger tilbudet minimal. Det er for en rekke områder vært nødt til å vise til dokumentasjon innsendt med andre tilbud. Dette gjelder spesielt området som Karl Storz representerer, da de også gir inn sitt eget komplett-tilbud. Alle tilbudte "Karl Storz-punkter" er i vårt tilbud de samme som i deres eget, og dokumentasjonen således den samme.

Om ønskelig og nødvendig vil vi selvsagt ettersende all relevant dokumentasjon det er behov for på forespørsel.

[...]"

- (8) Videre fremgikk blant annet følgende under tilbudets overskrift "Presisering/Forklaring av tilbudt utstyr":

"Referanser:

Hospitalteknik og Fagerhult har sammen gjort alle "rom/rom" stuene på Martina Hansens Hospital med stort hell. Den bygningsmessige gjennomføringen skulle dermed være i de beste hender.

Hver for seg har alle samarbeidspartnerne her en lang liste med gjennomførte prosjekter de to siste år. Henvisninger til disse vil oppgis på forespørsel (noen er vedlagt)."

- (9) Tilbudet var signert av Fagerhult Belysning AS. Vedlagt tilbudet var Fagerhult Belysning AS' årsberetning 2009, regnskap og revisjonsberetning for 2009, kredittvurdering, HMS-erklæring, samt firmaattest og skatteattest for Fagerhult Belysning AS. Videre var det vedlagt tilbudet en *"Sentral godkjenning av foretak for ansvarsrett etter plan- og bygningsloven"* for Aurskog Plate- og Blikk AS. Det var ikke vedlagt annen dokumentasjon vedrørende dette selskapet. For selskapet Hospitaltechnik AG var det vedlagt omsetningstall for de siste tre år, firmaattest, skatteattest, men ikke HMS-erklæring. Det var videre ikke vedlagt tilbudet noen form for dokumentasjon som viste at klager hadde rådighet over de oppgitte selskapenes ressurser.
- (10) Av tilbudets vedlegg fremgikk imidlertid referanser for klager og Hospitaltechnik AG. Av klagers referanser fremgikk det fire referanseanlegg for *"Fagerhults takhengte forsyningsenheter"* fra leveringsårene 1998, 2002, og 2003. I tillegg fremgikk en referanseliste over pendelleveringer fra årene, 2001, 2002, og 2003. For Hospitaltechnik AG fremgikk det en referanseliste fra årene 1983 – 2009 som viste referanser fra arbeid ved en rekke helseinstitusjoner.
- (11) Innklagede sendte 25. oktober 2010 en e-post til klager med spørsmål om avklaring av klagers tilbud hva gjaldt konkurransegrunnlaget punkt 3.5 *"Referanser"*. Det hitsettes fra e-posten:

"[...]"

Ifølge deres tilbudsbrief skriver dere at Hospitaltechnik og Fagerhult sammen har gjort alle "rom/rom" stueene på Martina Hansens Hospital. I vedlegg A pkt.1.3 stilles det krav til at ombygging av stue skal utføres som en totalentreprise. Vi ønsker i den forbindelse å få en avklaring om Fagerhult Belysning AS (som defineres som Tilbyder i anbudet) har levert totalentreprise på en tilsvarende løsning – integrert avansert operasjonsstue (se Vedlegg A Leveranseomfang pkt 1.1 Generelt) de siste 2 årene?"

Dersom dere bekrefter at Fagerhult Belysning AS har hatt totalentreprise på en tilsvarende løsning, ønskes det som nevnt i konkurransegrunnlaget – telefon og e-mail adresse til personer som kan kontaktes – vi kunne ikke finne dette i tilbudet. Vi har sett på vedlagte referanser - under tilbudets kapittel 10 – og slik vi ser det er det bare referanse på enkeltleveranse fra Fagerhult – ikke totalentreprise – og disse er i tillegg over 2 år gamle. Referanser fra leveranser av underleverandører kan vi ikke ta hensyn til – det er tilbyder som skal kvalifiseres for konkurransen."

- (12) Klager gav innklagede tilbakemelding på ovennevnte e-post 26. oktober 2010, og det hitsettes:

"Vi forstår spørsmål(ene) dithen at det stilles tvil om Fagerhult Belysning AS kan være tilbyder som totalentreprenør til dette prosjektet, på tross av at vi ikke kan dokumentere at vi har gjort dette tidligere. Vi har presisert i vårt tilbud at vi er "penneførende" tilbyder for en kvalifisert gruppe med leverandører. Dette er det full anledning til i henhold til anskaffelsesforskriftens § 17, så lenge de firma som er med i gruppen av leverandører, samlet sett kvalifiserer for oppgaven. I korte trekk kan vi si at gruppen er inndelt i 4; hvorav Fagerhult Belysning står for belysning (op-belysning og allmennbelysning), forsyningsenheter og lysstyringssystem, Hospitaltechnik/Aurskog Plate og Blikk står for bygningsmessige forhold og byggeledelse, Apply står for elektroarbeider, og Karl Storz står for monitorering, systemintegrasjon, software etc."

Hver for seg har alle tilbydere selvsagt en rekke relevante referanser siste 2 år, men ingen hvor alle har vært involvert samtidig (referanseliste for Hospitalteknik og Fagerhult Belysning er vedlagt tilbudet, Karl Storz via eget tilbud).

Vår tolkning av forskriften er videre at det for byggekontrakter skal være tilstrekkelig å dokumentere for leveranser siste 5 år. I så måte er de siste stuene vi leverte på Martina Hansens Hospital, sammen med Hospitalteknik/Aurskog Plate og Blikk, godt innenfor rammene som "fellesreferanser", da disse ble levert og idriftsatt i 2007/2008. Som kontakter på Martina Hansens Hospital, oppgis derfor ansvarlige for den daglige driften av avdelingen herved som referanser: [...] Vi beklager at disse referansepersonene ikke kom tydelig nok frem i vårt tilbud."

- (13) Klager ble ved brev 5. november 2010 avvist fra konkurransen med hjemmel i forskriften § 11-10 (1) bokstav a). Begrunnelsen var at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "Referanser". I tillegg bemerket innklagede følgende: "...også anskaffelsesforskriften § 11-10 (2) bokstav g åpner for avvising i dette tilfellet ettersom dokumentasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 ikke er tilfredsstilt." Det hitsettes videre fra avvsningsbrevet:

"Når det gjelder avvisingen kan følgende momenter nevnes:

- de referansene som er dokumentert i tilbudet gjelder ikke for de siste to årene*
- referansene gjelder ikke "tilsvarende leveranser" i den forstand at Fagerhult ikke kan dokumentere erfaring/referanse fra oppdrag som totalentreprenør for et slikt oppdrag, bare som dellerleverandør i sammen med andre leverandører*
- de påkrevde referansepersonene knyttet til det eneste mulige relevante prosjektet de siste par årene, ble først oppgitt i en e-post etter utløpet av tilbudsfristen*
- foretaket legger til grunn at tilbudet er inngitt av Fagerhult AS siden det er bare Fagerhult AS som har signert på tilbuds brevet"*

- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev 8. november 2010.

- (15) I brev fra innklagede 22. november 2010 opplyses at kontraktsinngåelse ventelig ville finne sted i løpet av kort tid.

- (16) Klager fikk tilsendt innklagedes tildelingsmeddelelse ved brev 25. november 2010, og det hitsettes:

"Helse Fonna HF vil informere om at kontrakten er tildelt Olympus Norge AS. Kontrakten har en verdi på ca. kr. 4.300.000, - eks. mva. Dette omfatter utstyr beskrevet i Konkurransegrunnlagets vedlegg A.

Ved tilbudsfristens utløp forelå det tre tilbud, hvorav to av tilbyderne er avvist pga. at de ikke oppfyller ett av kvalifikasjonskravene som var nedfelt i konkurransegrunnlag. En av de to tilbyderne som ble avvist er uenig i foretakets beslutning og har sendt en formell klage til Klageorganet for offentlige anskaffelser (KOFA) for behandling. Helse Fonna har imidlertid ikke funnet grunn i denne saken til å avvente KOFA sin vurdering før kontrakt inngås."

(17) Det ble ikke fastsatt noen klagefrist i tildelingsmeddelelsen.

(18) I e-post 3. desember 2010 uttalte klager blant annet følgende:

"Fagerhult Belysning AS mener Helse Fonna HF bryter anskaffelsesforskriften på flere punkter også i sitt tildelingsbrev, blant annet ved å ikke gi mulighet for å be om utvidet dokumentasjon (for eksempel utskrift av tilbudsprotokoll) eller gi en generell klagefrist på avgjørelsen."

(19) Det hitsettes videre til e-post 7. desember 2010 fra innklagedes prosessfullmektig til klager:

"[...] Helse Fonna kan ikke se at regelverket oppstiller et slikt krav i dette tilfellet, men ettersom det uansett vil ta noe mer tid før kontrakt inngås, kan det opplyses at eventuelle klagegrunner må være Helse Fonna i hende senest onsdag 15. desember klokken 1200."

(20) På forespørsel fra klagenemndas sekretariat hva gjaldt en konkret beskrivelse av anskaffelsens innhold og dens kategorisering, mottok sekretariatet en e-post fra innklagede 18. april 2012. Det hitsettes:

"Den nye operasjonsstuen er bygget inn i et eksisterende værelse (den tidligere operasjonsstuen), men slik at både vegger, tak og interiør er nytt. Fra den tidligere operasjonsstuen har man beholdt gulv, operasjonsbord og operasjonslampe."

Vareelementet – det nye utstyret - utgjorde i underkant av halvparten av anskaffelsen. Resten består av byggearbeid i tilknytning til ombyggingen av operasjonsstuen, og arbeid knyttet til installasjon av nytt utstyr."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig dokumentasjons- / kvalifikasjonskrav

(21) Det anføres at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket, ved å kreve at tilbyderne skal oppgi referanser fra tilsvarende leveranser de siste to år, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "Referanser". Klager fremholder at det av forskrift om offentlige anskaffelser fremgår at fem års referanser er tilstrekkelig for byggeprosjekter. Videre viser klager til at det gjennomføres få totalentrepriser av den karakter som nærværende anskaffelse gjelder. Klager fremholder at det således er urimelig å kreve dokumentasjon på referanser kun innenfor en toårsperiode, og kun for tilsvarende prosjekter. Dette kravet utelukker kvalifiserte grupper fra å bli vurdert, og favoriserer større enkeltfirmaer.

Urettmessig avvisning av klager

(22) Klager anfører for det annet at selskapet er urettmessig avvist fra konkurransen etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a), ettersom selskapet oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "Referanser." Klager viser til at selskapet oppfyller kvalifikasjonskravet ved at tilbudet er et samarbeidsprosjekt mellom fem hovedaktører, som samlet oppfyller kravet satt i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "Referanser". Det vises også til at forskriften åpner for at grupper av firmaer med relevant kompetanse

samlet kan inngi tilbud på totalentrepriser. Klager fremholder videre at det er helt naturlig at nye konstellasjoner av tilbydere ikke kan fremlegge dokumentasjon på gjennomføring av tilsvarende prosjekter. Det vises til at gruppen av tilbydere klager representerer, har delvis sammen og hver for seg meget relevant erfaring og gjennomføringsevne for denne typen prosjekter.

Tildelingsmeddelelsen

- (23) Endelig anfører klager at innklagede har brutt forskriften ved at det i tildelingsmeddelelsen 25. november 2010 verken er gitt mulighet for å be om utvidet dokumentasjon for gjennomføringen av anskaffelsen, eller gitt en klagefrist på beslutningen.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig dokumentasjons- / kvalifikasjonskrav

- (24) Innklagede bestrider at helseforetaket hadde plikt etter anskaffelsesregelverket til å akseptere referanser fra tilsvarende prosjekter i en periode lengre tilbake i tid enn to år som et dokumentasjons- / kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 8-4 (2). Det vises til at forskriftsbestemmelsen ikke oppstiller rammer for hvilken dokumentasjon som kan kreves i tilknytning til kvalifikasjonskrav. Når det gjelder de forholdsmessighetsbetraktninger som bestemmelsen henviser til, fremholder innklagede at oppdragsgiver i foreliggende anbudskonkurranse hadde tungtveiende grunner til å kreve at leverandøren skulle ha fersk erfaring fra tilsvarende oppdrag. Det vises til at det var tale om en teknisk komplisert ytelse, ved at leveransen i tillegg til selve det bygningstekniske arbeidet, også omfattet installasjonsarbeid og leveranse av teknisk komplisert utstyr. Videre vises til at kravet om fersk erfaring må sees i sammenheng med et stort behov for å forsikre seg om at arbeidet i alle tilfeller ville bli utført på en fagmessig betryggende måte. Strengt krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner var påkrevd både for å unngå unødvendige forsinkelser i ombyggingsarbeidet, og for å redusere sannsynligheten for mangler og funksjonssvikt som følge av sviktende kvalifikasjoner hos entreprenør. Videre vises til at oppdragsgivers faglige skjønn må veie tungt på områder hva gjelder vurdering av hvilke krav til teknisk og faglig kapasitet som må oppstilles i forbindelse med tilbud på teknisk kompliserte anskaffelser, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/84.

Urettmessig avvisning av klager

- (25) Innklagede hevder at helseforetaket hadde plikt til å avvise klager etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a), ettersom klager ikke tilfredsstilte de krav som var stilt for deltakelse i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "*Referanser*".
- (26) Innklagede viser for det første til at det ikke fremgår av klagers tilbud at selskapet har referanser fra tilsvarende entrepriser som nærværende konkurranse, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "*...referanser fra tilsvarende oppdrag de siste 2 år*". Innklagede påpeker at med "*tilsvarende*" må forstås totalentrepriser av samme art og omfang som det oppdragsgiver etterspurte i foreliggende anbudskonkurranse. Videre vises det til at det ikke fremgår når arbeidet på Martina Hansens Hospital skal ha vært utført, og at det ikke er oppgitt referanser som gjør det mulig å undersøke dette nærmere. Det fremholdes også at klagers referanseliste ikke inneholdt referanser knyttet til leveranser i det etterspurte tidsrom, og bare referanser knyttet til klagers

"takpendler". Innklagedes oppfatning om at det ikke forelå relevante referanseprosjekter de siste år, ble understreket etter innklagedes kontakt med klager ved e-post 25. og 26. oktober 2010.

- (27) Når det gjelder klagers henvisning til at tilbudet er et samarbeidsprosjekt, påpekes at klager innga tilbudet alene. Det forelå ingen forpliktende signaturer fra andre tilbydere, og det var ikke vedlagt forpliktelseserklæringer fra de oppgitte samarbeidspartnerne. Med et mulig unntak for Hospitalteknik, var det heller ikke fremlagt referanser fra de mulige samarbeidspartnerne.
- (28) For alle tilfeller mener innklagede at foretaket hadde rett til å avvise klager etter forskriften § 11-10 (2) bokstav g), ettersom det var unnlatt å gi opplysninger i henhold til kravene i konkurransegrunnlaget vedrørende leverandørenes kvalifikasjoner.

Tildelingsmeddelelsen

- (29) Innklagede hevder at tildelingsmeddelelsen 25. november 2010 tilfredsstiller de krav som oppstilles i forskriften § 11-14 (2), herunder forholdet til klagefrist og mulighet for å be om utvidet dokumentasjon. Det vises til at klager har hatt rikelig med tid og anledning til å gjøre sine klagegrunner gjeldende både overfor oppdragsgiver og klagenemnda, idet klager ble avvist fra konkurransen 5. november 2010. Videre vises til at det bare var en tilbyder som var kvalifisert i foreliggende konkurranse, og at det ikke kan stilles strengere krav til begrunnelse i tildelingsmeddelelsen enn at oppdragsgiver viser til at dette tilbudet har blitt akseptert.
- (30) For alle tilfeller vises til at innklagede via prosessfullmektig 7. desember 2010, sendte e-post til klager hva gjaldt klagefrist i tildelingsmeddelelsen, og informerte herved om at eventuelle klagegrunner måtte være innklagede i hende senest 15. desember 2010.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder totalentreprise på en integrert avansert operasjonsstue, og omfatter både kjøp av utstyr, samt byggearbeid i tilknytning til ombygging av operasjonsstuen og installasjon av det nye utstyret. Innklagede har opplyst at vareelementet utgjorde i underkant av halvparten av anskaffelsens totale verdi. Ut fra anskaffelsens karakter kategoriseres den dermed som er en bygge- og anleggsanskaffelse etter forskriften § 4-1 bokstav c), og forskriftens vedlegg 1. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.4 "Anslått verdi av kontrakten" angitt til å være fem millioner kroner inkludert merverdiavgift. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens §§ 2-1 (2) og 2-2 (1).

Hvorvidt det foreligger et ulovlig dokumentasjons- / kvalifikasjonskrav

- (32) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "Referanser" fremgår følgende: "Tilbyder skal oppgi referanser fra tilsvarende leveranser de siste 2 år. De mest relevante referansene for denne konkurransen skal inneha navn og tlf/e-mail adresse til personer som kan kontaktes."

- (33) Det er i utgangspunktet ikke eksplisitt stilt et kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget punkt 3.5, men det stilles krav til hvilken dokumentasjon leverandørene skal innlevere. For at et dokumentasjonskrav skal ha noe innhold må det imidlertid etter klagenemndas praksis, jf. blant annet sakene 2010/201 og 2004/238, innfortolkes et kvalifikasjonskrav. Basert på dokumentasjonskravet forstår nemnda det slik at leverandøren i foreliggende konkurranse må ha erfaring de siste to år fra prosjekter av samme art, karakter og omfang som en totalentreprise for en integrert avansert operasjonsstue. Spørsmålet for nemnda blir om dette kvalifikasjonskravet er ulovlig etter regelverket om offentlige anskaffelser.
- (34) I forskriften del II reguleres rammene for kvalifikasjonskravene til leverandørene av § 8-4. Oppdragsgiver er i første ledd gitt adgang til å *"stille minimumskrav til leverandørene, herunder til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling"*. Videre følger det av bestemmelsens annet ledd at *"kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelsen som skal leveres."* Klagenemnda bemerker at det i forskriften del II ikke foreligger noen tilsvarende bestemmelse som inntatt i forskriften § 17-9 (1) bokstav f) nr. 2.
- (35) Klager anfører at innklagede i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 *"Referanser"* skulle tatt i betraktning referanser fra de siste fem år, ettersom foreliggende anskaffelse gjelder et byggeprosjekt. Ordlyden i forskriften § 8-4 gir imidlertid ingen føringer på oppdragsgivers utforming av kvalifikasjonskravene, foruten at de skal være *"egnet til"* å oppfylle kontraktsforpliktelsen, og *"stå i forhold til ytelsen"* som skal leveres. Det er således ikke regulert i forskriften § 8-4 hvilket tidsrom leverandørens tekniske kvalifikasjoner, herunder leverandørens referanser og erfaring, skal knytte seg til. Kravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 må anses *"egnet"* til å sikre at leverandørene kan oppfylle de aktuelle kontraktsforpliktelser. Hvorvidt kravet til erfaring fra de siste to år er i samsvar med regelverket, vil derfor bero på om kravet kan anses å *"stå i forhold til"* en totalentreprise på en integrert avansert operasjonsstue, jf. forskriften § 8-4 (2).
- (36) På den ene siden fremholder klager at toårskravet favoriserer større enkeltfirmaer, ettersom det er så få totalentrepriser av denne karakter som blir gjennomført. På den annen side omfatter nærværende konkurranse levering av nytt medisinsk utstyr, herunder montering, klargjøring og idriftsettelse av systemet, samt byggearbeid i tilknytning til ombyggingen av den aktuelle operasjonsstue. Dette fremstår som en komplisert ytelse, hvor det må antas at teknologien stadig er i utvikling. Ved utformingen av kvalifikasjonskravene har oppdragsgiver videre et innkjøpsfaglig skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers utforming av kvalifikasjonskravene er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, eller på annen måte er uforsvarlig, usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum. Innklagede har begrunnet sitt krav til referanser fra de siste to år med at anskaffelsen er en teknisk komplisert ytelse, med et behov for at arbeidet blir utført på en fagmessig trygg måte, og klagenemnda finner denne vurderingen forsvarelig. På bakgrunn av det ovenstående anses kvalifikasjonskravet til erfaring fra de siste to år å stå i forhold til en totalentreprise på en integrert avansert operasjonsstue, og innklagede har ikke brutt forskriften § 8-4 (2). Kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 *"Referanser"* er således ikke ulovlig, og klagers anførsel fører ikke frem.

Hvorvidt klager er urettmessig avvist fra konkurransen

- (37) Det neste spørsmålet for nemnda er om klager oppfylte kvalifikasjonskravet til erfaring fra leveranser av prosjekter av samme art, karakter og omfang som en totalentreprise på en integrert avansert operasjonsstue de siste to år, herunder om klager er rettmessig avvist fra konkurransen, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a). Klagenemnda velger i foreliggende sak å drøfte pliktbestemmelsen om avvisning først, siden det er denne klager de facto er avvist etter, slik at det kun er dersom avvisning etter denne ikke var rettmessig at nemnda vil vurdere om avvisning kunne skje etter kan bestemmelsen i forskriften § 11-10 (2) bokstav g).
- (38) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a) at en oppdragsgiver skal avvise en leverandør som *"ikke oppfyller krav satt til deltakelse i konkurransen"*. Ved denne vurderingen har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen som er foretatt er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, eller på annen måte er uforsvarlig, usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum.
- (39) Innklagede synes å ha basert sin evaluering av klagers kvalifikasjoner på en totalvurdering av klagers tilbud og innsendt dokumentasjon. Klager har i sine anførsler vist til at selskapets tilbud må vurderes på bakgrunn av at det er et *"samarbeidsprosjekt"* mellom de fem leverandørene: Fagerhult Belysning AS, Aurskog Plate og Blikk AS, Hospitaltechnik AG, Apply TB AS og Karl Storz. Dette slik at selskapenes samlede erfaring må legges til grunn ved vurderingen av om kravet til erfaring fra tilsvarende leveranser er oppfylt.
- (40) Det kan reises spørsmål ved om tilbydere har samme mulighet til å støtte seg på andre foretaks kapasitet ved oppfyllelse av kvalifikasjonskravene etter forskriften del II, som det leverandørene har ved anskaffelser som følger forskriften del III, jf. forskriften § 17-9 (2) og klagenemndas sak 2009/21. Nemnda finner det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette i foreliggende sak, da klager uansett ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at selskapet har rådighet over de nødvendige ressursene. Tilbudet er kun signert av klager, og det er ikke vedlagt noen form for forpliktelseserklæringer, eller lignende dokumenter fra samarbeidspartnerne. De eneste dokumentene som foreligger vedrørende de øvrige firmaene er en *"Sentral godkjenning av foretak for ansvarsrett etter plan- og bygningsloven"* for Aurskog Plate og Blikk AS, samt at det for selskapet Hospitaltechnik AG var vedlagt en referanseliste, omsetningstall for de siste tre år, firmaattest, og skatteattest. Dette dokumenterer ikke at klager ville ha den nødvendige rådighet over samarbeidspartneres ressurser. For øvrig bemerkes at leverandørene, etter det opplyste, ikke samtidig har vært involvert i samme prosjekt og følgelig heller ikke ved en samlet vurdering tilfredsstiller kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 *"Referanser"*.
- (41) Når det gjelder referanser for klagers erfaring alene, var det lagt ved tilbudet to referanselister. Den ene gjelder fire referanseanlegg for *"Fagerhults takhengte forsyningsenheter"* fra leveringsårene 1998, 2002, og 2003, og den annen gjelder pendelleveringer fra årene 2001, 2002, og 2003. Ut fra forannevnte dokumentasjon har klager kun vist til delleveranser fra eget selskapet i prosjekter av tilsvarende karakter som nærværende anskaffelse. Videre er disse referanser lengre tilbake i tid enn siste to år. Innklagede har på denne bakgrunn vurdert det slik at klager ikke oppfyller kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 *"Referanser"*. Klagenemnda

finner denne vurdering forsvarlig, og at klager således er rettmessig avvist etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a). Klagers anførsel fører ikke frem.

Hvorvidt tildelingsmeddelelsen av 25. november 2010 er i strid med de krav som stilles til denne i forskriften § 13-3 (1)

- (42) Klagenemnda må endelig ta stilling til hvorvidt tildelingsmeddelelsen av 25. november 2010 oppfyller de krav som er satt i forskriften § 13-3 (1). Av forskriften § 13-3 (1) fremgår det hvilke krav som stilles til oppdragsgivers meddelelse om kontraktstildeling hva gjelder dens form og innhold. Meddelelsen *"skal være skriftlig og gis samtidig til alle deltakerne"*, samt at den *"skal inneholde en begrunnelse for valget, i samsvar med § 11-14 første ledd, og skal angi frist for leverandører til å klage over beslutningen."*
- (43) Innledningsvis vil nemnda bemerke at *"deltakere"* i denne sammenheng også omfatter avviste leverandører, jf. klagenemndas sak 2009/85 premiss (52) med videre henvisninger og sak 2009/210 premiss (96). Dette innebærer at alle leverandører som har inngitt tilbud i en konkurranse hvor § 13-3 (1) gjelder, skal få tilsendt en tildelingsmeddelelse og gis en klagefrist i tildelingsmeddelelsen, jf. også klagenemndas sak 2010/177.
- (44) Det er på det rene at tildelingsmeddelelsen datert 25. november 2010 ikke inneholdt en klagefrist. Dette innebærer at denne er i strid med de krav som stilles i forskriften § 13-3 (1). Innklagede har imidlertid hevdet at dette må anses reparert ved innklagedes etterfølgende e-post av 7. desember 2010, hvor innklagede ga en klagefrist til 15. desember 2010. Til dette vil klagenemnda bemerke at det ikke er mulig å reparere den feil som ble begått i den første tildelingsmeddelelsen, (at det ikke ble gitt klagefrist), med tilbakevirkende kraft. Slik reparasjon kan således kun skje med virkning fremover. Tildelingsmeddelelsen av 25. november 2010 er således fremdeles i strid med kravene som stilles i forskriften § 13-3 (1). Noe annet er det at det fra og med e-posten av 7. november 2010, må kunne sies å foreligge en ny tildelingsmeddelelse som tilfredsstiller kravet i forskriften om at det skal gis en klagefrist.
- (45) Klager har også anført at tildelingsmeddelelsen var i strid med regelverket ettersom meddelelsen ikke opplyste om muligheten til å be om utvidet dokumentasjon for gjennomføringen av anskaffelsen. Tilbyderne er i forskriften § 11-14 (4) gitt mulighet til å be om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør. Tilbyderne kan også be om innsyn i dokumentasjonen for anskaffelsen etter offentleglova. Det er imidlertid ikke et krav etter forskriften § 13-3 (1) at oppdragsgiver skal opplyse om disse mulighetene i tildelingsmeddelelsen, og klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Helse Fonna HF har brutt forskriften § 13-3 (1) ved at tildelingsmeddelelse datert 25. november 2010 ikke inneholdt en klagefrist.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

Bergen, 30. april 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven