



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om produksjon, levering og montering av modulbaserte skolebygg kalt Superkuben. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen selv om denne hadde bygget prototypen til det aktuelle prosjektet samt bidratt som konsulent for et tidligere prosjekt. Heller ikke klagers øvrige anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. oktober 2013 i sak 2011/302

Klager: BYFA Bygg for alle AS

Innklaget: Oslo kommune v/Undervisningsbygg Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Bruk av rådgiver, avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) Forut for den anbudskonkurranse i 2011 som denne saken gjelder inngikk Oslo kommune v/Undervisningsbygg Oslo KF (heretter kalt innklagede) 10. september 2008 en kontrakt med et Arbeidsfellesskap bestående av Flexihus Scandinavian AB, A-bygg AS/ E-1 AS /VU AS for prosjektering, produksjon, levering og bygging/montasje av prototyp volumelementer for skole. Av kontraktens punkt 2 fremkom det at:
"Totalentreprenøren påtar seg å levere kontraktarbeidet: prosjektering, koordinasjon, produksjon, levering og bygging/montasje av skole- og barnehagevolumenheter i samsvar med kontraktsdokumentene. Flexihus Scandinavian AB, som utvikler og produsent av prototypen er ansvarlig for den essensielle del av kontraktsarbeidet."
- (2) Innklagede har opplyst at Flexihus Scandinavian AB gikk konkurs 9. mars 2009, og at arbeidsfellesskapet som følge av dette hentet inn Arcaflex AB som underentreprenør for å fullføre bygging av prototypen.
- (3) Av referat fra styremøte hos innklagede 3. april 2009 hitsettes følgende fra side 6 under overskriften "Løsninger":

"Høy grad av fleksibilitet i modulsystemet og i teknikk gjør det mulig å benytte elementene både som midlertidige undervisningsbygg ved ombyggingsprosjekter, så vel som permanente skole- og barnehage bygg. Modulene utvikles for både skoler og barnehager, og kan brukes anslagsvis fem til seks ganger vekselvis mellom de to funksjoner".
- (4) Videre fremgikk det at:

"Proessen etter avtaleinngåelse har vært å gjennomføre avklaringsmøter for godkjenning av produksjonsunderlag i fabrikk. Det kom i denne sammenheng tidlig opp et innspill fra produsenten at vårt konsept hadde et forbedringspotensial av hensyn til montasjesituasjonen. Argumentene fra kompetent hold for å sikre montasjelogistikken var så gode og overbevisende at utviklingsgruppen valgte å omprosjekttere for dette hensyn, slik at modulene under montasje kan benyttes som plattform av montørene".

- (5) I referat fra møte 16. november 2009, om debriefing/erfaringsoppsummering med videre tiltak, fremkom det under overskriften *"Forbedringsforslag"* at Arcaflex AB kom med en rekke forbedringsforslag, blant annet *"Vurder alternativ teknisk styringssystem da det spesifiserte ikke finnes/meget vanskelig tilgjengelig i Sverige"* og *"Lysarmaturer med tilsvarende kvaliteter kan skaffes mye billigere fra Svensk leverandør"*. Det fremgikk derimot at Arcaflex AB skulle innkalle arkitekten for brainstorming om fasaden og innvendig veggkledning og at Arcaflex AB skulle definere prosjekteringsansvar og grensesnitt.
- (6) Innklagede inngikk kontrakt med Arcaflex AB 4. desember 2009. Denne kontrakten gjaldt kjøp av konsulenttjenester ved utvikling av Multiflex prototyp for serieproduksjon og budsjettpris. I tilbudet fra Arcaflex AS i denne anskaffelsen var det inntatt en tidsplan. I denne planen var det listet opp en rekke arbeider som Arcaflex AB skulle utføre. Deriblant: *"Handtering underlag, ritninger"*, *"prosjektledning, kalkyl"*, *"Marknad, inköp, kalkyl"*, *"Produktionssanpassing"*, *"Framterning av lösningar"*, *"tidsbedömningar"*, *"Marknad, understöd mm"*, *"inköpsarbete"*, og *"tidsberäkning produktion"*.
- (7) Innklagede kunngjorde 18. juli 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om produksjon, levering og montering av modulbaserte skolebygg kalt Superkuben. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til mellom 35- og 140 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 9. september 2011.
- (8) Av konkurransegrunnlaget datert 20. juni 2011 punkt 12.3 *"Øvrige kvalifikasjonskrav"* fremgikk følgende:

"Det tekniske kvalifikasjonsnivå er særlig basert på kriterier som faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet.

Oppdragsgiver vil vurdere hvorvidt den fremlagte dokumentasjon gir et godt nok finansielt og økonomisk sikkerhetsnivå. Oppdragsgiver vil vurdere om det er synliggjort et tilstrekkelig fagmessig nivå og tilstrekkelig kapasitet til å kunne utføre oppdraget. Oppdragsgiver vil bemerke at oppdragets kompleksitet og størrelse vil være retningsgivende for kvalifikasjonsnivået, men at det gjennomgående kreves meget gode kvalifikasjoner på alle de etterspurte områder for alle typer oppdrag.

I de tilfeller en leverandør støtter seg på andre leverandørers kapasitet/ og eller kompetanse, for å kunne kvalifisere seg, må det fremlegges en forpliktelseserklæring jfr. Forskrift om offentlige anskaffelser, § 17-8 (2. og 3. ledd) og § 17-9 (2. og 3. ledd) Erklæringen skal vedlegges tilbudet."

- (9) Videre var det oppstilt flere kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav. Om økonomi/ finansielle kvalifikasjoner var kvalifikasjonskravet *"Økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten"*. Det tilhørende dokumentasjonskravet var som følger:

"Kredittvurdering med kredittrating, ikke eldre enn 6 måneder, og som baserer seg på siste kjente regnskapstall. Hele kredittvurderingsrapporten skal leveres. En rating skal være utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon. Dersom leverandøren av gyldige grunner ikke kan godtgjøre sin økonomiske stilling i tråd med ovennevnte dokumentasjonskrav, vil oppdragsgiver vurdere annen egnet dokumentasjon."

- (10) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 15 *"Tildeling (kriterier for valg av tilbud)"* at tildelingen ville skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende tildelingskriterier:

	<i>"Kriterier"</i>	<i>Dokumentasjon</i>
70-80 %	Pris Her vektlegges blant annet: - Totalpris - Enhetspriser - Timepriser - Påslag - Opsjonspriser	- Utfylt prisskjema og tilbudsbrev
20-30 %	Leveringstid og oppdragsforståelse. Her vektlegges blant annet: - Fremdrift og plan for gjennomføring: Produksjonstid/ leveringstid/ montasjetid. - Tilbyders forståelse av SHA og skole i drift med relevans til denne leveransen.	- Forslag til fremdriftsplan med beskrivelse av prosess for oppdragsgivers medvirkning for prosjektering, produksjon og levering, idriftsetting samt erfaringsoppsummering. - Beskrivelse av hvordan SHA-forhold og skole-i-drift skal ivaretas."

- (11) I konkurransegrunnlaget punkt 20.200 fremgikk det at: *"Denne beskrivelsen, "kravspesifikasjon 2009 skoleanlegg" fra Undervisningsbygg Oslo kommune med godkjent avviksskjema, Sintef godkjenning Nr 2613, og arkitektens tegninger legges til grunn for utførelsen"*.
- (12) Det ble gjennomført en konferanse og etterfølgende befaringsavtale for Superkuben med interesserte leverandører 10. august 2011. Klager deltok ikke på dette.
- (13) Innklagede sendte ut et dokument med svar på spørsmål fra aktuelle leverandører 2. september 2011. Spørsmål 3 og svaret på dette var som følger:

"Vil en kredittrating av morselskapet sammen med forpliktelseserklæring oppfylle det som i konkurransegrunnlaget omtales som "annen egnet dokumentasjon"?"

Svar:

Det fremgår av kvalifikasjonskravene i tilbudsinnbydelsen punkt 12.3 at tilbyderen må dokumentere at de har "økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten". Dersom kredittvurdering med rating ikke lar seg levere, vil vi som opplyst vurdere annen egnet dokumentasjon. Videre fremgår det av samme punkt i tilbudsinnbydelsen at leverandøren har mulighet til å støtte seg på andre leverandører for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene."

- (14) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen 9. september 2011, et fra BYFA Bygg for alle AS (heretter kalt klager) og et fra Arcaflex AB (heretter kalt valgte leverandør).
- (15) I tilbudet fra klager fremgikk det at BYFA Bygg for alle AS er et nystartet firma, og at selskapet er et søsterselskap til Trygge Barnehager AS, som er Norges største utbygger av private barnehager. Videre fremgikk det at tilbudet var utarbeidet i tett samarbeid med underleverandøren Trimo, som har lang erfaring og høy kompetanse på modulbygg.
- (16) Vedlagt tilbudet fra klager fulgte en forpliktelseserklæring fra Trimo, hvor det fremgikk følgende:
- "Trimo, dd forplikter å stille kapasitet og kompetanse til rådighet for BYFA Bygg for alle AS for prosjektering, produksjon transportering og montering av Superkuben for Undervisningsbygg i Oslo, Norge."*
- BYFA Bygg for alle AS er gitt retten til å benytte informasjon om Trimo, dd for å dokumentere påkrevde kvalifikasjoner."*
- (17) Vedlagt tilbudet fra klager var også en kredittrating fra krediteringsselskapet AAA Soliditet AS. Av denne fremgikk det at klager ble ratet til A- kredittverdig.¹ Videre var det opplyst at kreditt-limit var satt til 0. Ratingen inneholdt en lang rekke delbedømmelser for tidsrummet 2009-2012.
- (18) Innklagede sendte et brev til klager 26. september 2011, hvor det ble opplyst om at klager var avvist fra konkurransen med hjemmel i forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Begrunnelsen for dette var at klager ikke hadde synliggjort at kvalifikasjonskravet om "økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten" var oppfylt. Klager sendte en e-post til innklagede samme dag og ba innklagede gjøre en ny vurdering av avvisningen av klager. Her fremgikk det også at klager ikke forstod hvorfor deres tilbud var blitt avvist, under henvisning til at "[v]i har i tilbudet bekreftet at vi kan stille alle garantier som kreves".
- (19) Innklagede svarte på e-posten i brev datert 30. september 2011, og opprettholdt sin beslutning om å avvise klager fra konkurransen. Innklagede uttalte i dette brevet at:

¹ På hjemmesiden til AAA Soliditet AS fremkommer det at selskapets kredittratingsskala er som følger:
"AAA Høyeste kredittverdighet
AA God kredittverdighet
A Kredittverdig
AN Nyetablert
B Kreditt mot sikkerhet
C Kreditt frarådes
- Rating ikke fastsatt"

"Tilbudet er ikke vedlagt noen erklæring om garantistillelse, forpliktelseserklæring eller lignende fra Trygge Barnehager AS, Vanadis eller Trimo. Tilbudet er derfor vurdert slik at den er levert av BYFA Bygg for alle AS alene."

- (20) Den 6. oktober 2011 sendte klager en klage på avvisningen til innklagede. Det fremgikk her at klager mente at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager, og ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør. Vedlagt klagen fulgte en kredittvurdering av valgte leverandør datert 4. oktober 2011 som viste rating B- ikke tilfredsstillende. Innklagede svarte på klagen i brev 7. oktober 2011, og tok ikke klagen til følge.
- (21) Innklagede sendte et brev til innklagede 25. oktober 2011 hvor det ble opplyst om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Arcaflex AB.
- (22) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. oktober 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klager

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved å avvise klager fra konkurransen med den begrunnelse at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om *"Økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten"*. Innklagede har ved vurderingen lagt til grunn selskapets soliditet, likviditet, lønnsomhet og finansiering. Innklagede hadde ikke anledning til å vektlegge disse faktorene ettersom det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at dette ville vektlegges. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at kravet til økonomisk kapasitet skulle dokumenteres med *"Kredittvurdering med kredittrating"*. Innklagede kunne derfor ikke vektlegge annet enn kredittvurderingen som var vedlagt tilbudet fra klager ved vurderingen av kvalifikasjonskravet. Klager la frem kredittvurdering med rating A – Tilfredsstillende. Det var ikke noe ved ratingen som tilsa at klager ikke var kvalifisert til å gjennomføre kontrakten.
- (24) Innklagede hadde heller ikke adgang til å innhente en kredittrating av klager fra Purehelp.no til bruk i evalueringen, slik som det ble gjort.
- (25) Videre fremstod betalingsplanen i den foreliggende konkurransen som gunstig for klager. Oppgjørsavtale med underleverandør ville selvfølgelig basere seg på utbetalingsavtalen i kontrakten. At det dreier seg om kapitalkrevende produkter med lang kredittid utgjorde derfor ingen likviditetsmessige utfordringer for klager, siden betaling av underleverandør ville skje på et senere tidspunkt enn klager ville fått betaling fra innklagede.

Endret begrunnelse for avvisning av klager

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å endre begrunnelsen for at klager ble avvist. I brevet av 26. september 2011 fremgikk det at begrunnelsen for å avvise klager var at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om *"Økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten"*. I brevet fra innklagede av 30. september synes det som om begrunnelsen for avvisningen var at klager ville støtte seg på andre selskapers

kapasitet, men likevel ikke hadde vedlagt forpliktelseserklæring. Dette må være basert på en misforståelse. Klager har i tilbudet skrevet at selskapet støtter seg på Trimos kapasitet og kompetanse, ikke på Timos økonomiske kapasitet. Ettersom klager alene oppfylte kravet om økonomisk gjennomføringsevne, støttet ikke selskapet seg på Trimos kapasitet her, og klager trengte da heller ikke å fremlegge forpliktelseserklæring.

Brudd på kravet til likebehandling

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avvise klager med den begrunnelse at kvalifikasjonskravet "*Økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten*" ikke var oppfylt, uten å avvise valgte leverandør med samme begrunnelse. Det fremgikk av ratingen som klager hadde hentet inn, at valgte leverandør ble ratet til B (kreditt mot sikkerhet) og fikk delbedømmelsen "*ikke tilfredsstillende*" på økonomi. Innklagede har altså valgt å inngå kontrakt med et selskap med en svakere økonomisk stilling enn klager.

Bruk av rådgiver

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 3-8 ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen ettersom valgte leverandør har blitt benyttet som rådgiver for utarbeidelsen av spesifikasjonene på en måte som kan utelukke konkurranse.
- (29) Klager viser til at arbeidsfellesskapet bestående av Flexihus Scandinavian AB, A-bygg AS/ E-1 AS /VU AS 10. september 2008 inngikk en kontrakt med innklagede om oppføring av prototype for Superkuben. Av denne kontrakten fremgikk det at valgte leverandør "*som utvikler og produsent av prototypen er ansvarlig for den essensielle del av kontraktarbeidet*". Kontrakten tydeliggjør at valgte leverandør var utvikler og at oppføringen av prototypen ikke var et rent byggeoppdrag. Å være utvikler innebærer langt mer enn å bygge på andres spesifikasjoner. Etter forprosjektet, som riktignok ikke ble utført av valgte leverandør, har valgte leverandør bygget prototypen, og har gjennom dette arbeidet lært seg å kjenne tids-, kostnads,- og tekniske sider ved prosjektet som ingen andre tilbydere har. Det fremkommer også av Sintefs godkjenning 2613 av prototypen at den er basert på et bygg oppført av valgte leverandør, altså prototypen bygget av valgte leverandør. Dette har gitt valgte leverandør en åpenbar konkurransefordel som i det vesentlige har eliminert konkurransen. Dette viser seg ved at det kun kom inn to tilbud, til tross for at syv leverandører møtte opp på tilbudsbeiringen.
- (30) Klager viser videre til at valgte leverandør 4. desember 2009 inngikk en kontrakt med innklagede om "*konsulenttjenester på utvikling av Multiflex prototyp for serieproduksjon og utarbeidelse av budsjettpris*". Kontrakten gjaldt nettopp slike modulbygg innklagede søker å skaffe gjennom herværende konkurranse. I tidsbudsjettet i tilbudet fra valgte leverandør i konkurransen om utviklingen av prototypen var det en liste over oppgaver valgte leverandør skulle utføre. Av denne listen fremgikk det at valgte leverandørs arbeid uten tvil dreide seg om utvikling og rådgivning, blant annet direkte knyttet til produktspesifikasjonene. At kontrakten gjaldt bygging av en barnehage og ikke en skole er uten betydning, all den tid det er de samme modulene som benyttes i skoler og barnehager. Valgte leverandør har gjennom sin rådgivning hatt mulighet for å legge premissene for forprosjektet for den aktuelle anskaffelsens utforming.

- (31) Klager hevder at det var umulig å utjevne disse fordelene i konkurransegrunnlaget. Klager bestrider også at dette ble forsøkt gjort ved at det var gitt en lang tilbudsfrist. Konkurransen ble offentliggjort 18. juli 2011, med tilbudsfrist 9. september 2011. Tre til fire uker av denne perioden går i en normal bedrift bort til ferieavvikling. Tilbudsfristen kan derfor ikke anses som lang, og i alle fall ikke lang nok til å utligne konkurransefordelene valgte leverandør opparbeidet seg som rådgiver for innklagede.

Erstatning

- (32) Klager ber klagenemnda ta stilling til om vilkårene for erstatning for enten den positive eller negative kontraktsinteressen er til stede.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klager

- (33) Innklagede bestrider at det var et brudd på regelverket å avvise klager, ettersom klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten. Vurderingen av leverandørenes økonomiske kapasitet er foretatt med utgangspunkt i en vurdering av det enkelte selskapets soliditet, likviditet, lønnsomhet og finansiering – slik det fremkom av kredittvurderingen. Den aktuelle rammeavtalen har en varighet på inntil 4 år, omfatter oppdrag i størrelsesorden 40-50 millioner kroner og gjelder levering av kapitalkrevende produkter med lang kredittid for kjøper. Dette innebærer at tilbyderne må ha evnen til å bære de store kostnadene frem til betaling fra innklagede ville ha kommet. Vurderingen er basert på de opplysninger og faktiske forhold som forelå ved tilbudsfristen.
- (34) Klager har levert en kredittvurdering utarbeidet av AAA Soliditet AS (nordisk avdeling av Dun & Bradstreet). Kredittvurderingen viste at klagers egenkapitalandel var 100 % og 98 % for årene 2009 og 2008. Egenkapitalen var for disse årene henholdsvis 101 000 kroner og 104 000 kroner. Videre var likviditetsgrad 1 oppgitt til 0,0 for 2009 og 53,0 for 2008. Regnskapene viser at det ikke foreligger vesentlig omsetning. Klager ble således avvist på grunnlag av at klager ikke har sannsynliggjort tilstrekkelig økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten. Ved vurderingen av dette har innklagede kun vektlagt forhold som kan leses ut av den kredittvurderingsrapporten som var vedlagt tilbudet til klager. En kredittvurderingsrapport inneholder mer informasjon enn bare en ratingkarakter, slik klager ser ut til å forstå det. Innklagede viser videre til at det ikke er en selvfølge at klager har tilrettelagt betaling til sine underleverandører på en slik måte at den økonomiske risikoen er overført disse. Slik dokumentasjon var heller ikke vedlagt klagers tilbud. Videre hevder innklagede at faktiske tall hentet fra Purehelp.no kun er brukt av innklagedes økonomiavdeling som kvalitetssjekk av de vurderinger som ga grunnlag for avvisningen.

Endret begrunnelse for avvisning av klager

- (35) Innklagede hevder at klagers oppfatning av at innklagede har endret begrunnelsen for avvisningen av klager må bero på en misforståelse. Innklagedes brev av 30. september 2011 er et svar på klagers e-post av 26. september 2011. I klagers e-post ble det med henvisning til egenkapitalen i klagers morselskap påstått at "*vi har i tilbudet bekreftet at vi kan stille alle garantier som kreves*". Innklagedes gjennomgang av klagers tilbud viste at dette ikke var tilfellet. Innklagedes brev av 30. september 2011 er ikke ment å

være en endring av begrunnelsen for avvisningen, men et svar på klagers første innsigelse mot avvisningen.

Brudd på kravet til likebehandling

- (36) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avvise klager med den begrunnelse at kvalifikasjonskravet "*Økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten*" ikke var oppfylt, uten å avlyse valgte leverandør med samme begrunnelse. Det vises til at innklagede har vurdert valgte leverandørs tilbud på bakgrunn av den kredittvurderingen som fulgte med tilbudet, ikke den kredittvurderingen som klager selv har hentet inn. Den kredittvurderingen av valgte leverandør som innklagede baserte sin vurdering på godtgjorde etter innklagedes skjønn tilstrekkelig økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten.

Bruk av rådgiver

- (37) Innklagede bestrider at valgte leverandør ble benyttet som rådgiver for utarbeidelse av spesifikasjoner på en måte som kan utelukke konkurranse i strid med forskriften § 3-8. Innklagede hevder at de momenter klager fremfører for å underbygge sitt syn om at spesifikasjonene var tilpasset valgte leverandør er ukorrekte og udokumenterte.
- (38) Det vises til at innklagede siden 10. august 2007 har benyttet en rådgivergruppe for sin prosjektering av Superkuben, men at valgte leverandør ikke har inngått i denne. Det er korrekt slik klager hevder at valgte leverandør har deltatt i byggingen av prototypen, men da valgte leverandør trådte inn i avtalen måtte leverandøren forholde seg til de spesifikasjoner som allerede fantes på grunnlag av forprosjektet rådgivergruppen hadde utarbeidet. Det er naturlig at innklagede ønsket å trekke erfaringer fra prototypen, slik at styrker og svakheter som ble oppdaget i denne forbindelse ble bearbeidet i prosessen mot en fullskala realisering av prosjektet som i dag er blitt Superkuben. Det var rådgivergruppen i samråd med innklagede som deltok i prosessen med å bearbeide resultatene fra prototypen og som på selvstendig grunnlag vurderte og besluttet de endringene som ble ansett nødvendige å gjøre. Valgte leverandør deltok ikke i denne prosessen, og valgte leverandørs engasjement ble avsluttet i det prototypen var oppført. Valgte leverandør har således ikke vært i posisjon til å utøve avgjørende innflytelse på innklagedes beslutninger hva gjelder prosjektets videre form og fremdrift eller tekniske spesifikasjoner.
- (39) Kontrakten fra 4. desember 2009 som klager viser til, referer seg til en avtale inngått med valgte leverandør om konsulenttjenester på utvikling av Multiflex prototyp for serieproduksjon, og utarbeidelse av en budsjettpris på en 10-avdelings barnehage. Dette prosjektet skiller seg klart fra det forprosjektet som legger premissene for den aktuelle anskaffelsen. Det kan således ikke hevdes at valgte leverandør ved å utarbeide budsjettpris for barnehagen har bidratt som rådgiver i foreliggende konkurranse på en måte som er egnet til å utelukke konkurranse, eller som ellers skal ha gitt valgte leverandør en urimelig konkurransefordel. Det må også tas med i vurderingen at oppdraget fant sted i 2009, altså halvannet år før kunngjøringen av den aktuelle konkurranse. Verken valgte leverandørs oppføring av prototypen eller utarbeidelsen av budsjettpris for en barnehage i 2009 kan således sies å være til hinder for at valgte leverandør skal få delta i konkurransen.

- (40) Innklagede viser endelig til at det er avholdt tilbudsbehandling på prototypen, og at det har vært adgang til å rette spørsmål vedrørende konkurransegrunnlaget til innklagede. Innklagede har også gitt en relativt lang tilbudsfrist, og det må derfor anses å være gitt tilstrekkelig tid til at potensielle tilbydere kunne gjøre de nødvendige beregninger og utforme gjennomarbeidete tilbud. Valgte leverandør har heller ikke hatt noen innflytelse på innklagedes valg og utforming av kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier.

Erstatning

- (41) Innklagede bestrider at vilkårene for erstatning er oppfylt, ettersom det ikke foreligger brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas vurdering:

- (42) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om produksjon, levering og montering av modulbaserte skolebygg kalt Superkuben som er en bygge- og anleggsanskaffelse i kategori. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 estimert til mellom 35- og 140 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klager

- (43) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved å avvise klager fra konkurransen med den begrunnelse at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om "*Økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten*".
- (44) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen.
- (45) Innklagede hadde stilt krav om at leverandøren skulle ha "*Økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten*". Hva som ligger i dette kravet må vurderes på bakgrunn av den konkrete anskaffelsen. Kvalifikasjonskravet gir anvisning på en skjønnsmessig terskel som i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda.
- (46) Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt skal skje på bakgrunn av de dokumentasjonskravene som er stilt i konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas sak 2010/2 premiss (24) og sak 2009/111 premiss (24).
- (47) Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres oppfylt med en "*Kredittvurdering med kredittrating, ikke eldre enn 6 måneder, og som baserer seg på siste kjente regnskapstall.*" Det fremgikk videre at "*Hele kredittvurderingsrapporten skal leveres.*"
- (48) Innklagede har opplyst å ha lagt til grunn selskapets soliditet, likviditet, lønnsomhet og finansiering ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt. Klager hevder at innklagede ikke hadde anledning til å vektlegge disse faktorene ettersom det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at dette ville vektlegges.

- (49) Innklagede hevder ikke å ha vektlagt andre opplysninger enn de som fremgikk av kredittratingen, som var vedlagt klagers tilbud, ved vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravet var oppfylt. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget hvilken informasjon i kredittratingen som ville inngå i vurderingen av om kvalifikasjonskravet til økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten var oppfylt. Av kvalifikasjonskravets dokumentasjonskrav fremgikk det imidlertid at hele kredittvurderingsrapporten skulle leveres. På bakgrunn av dette fremstod det som påregnelig og forsvarlig at innklagede ville vektlegge andre opplysninger som fremgikk i kredittvurderingsrapporten enn kun kredittratingen, herunder opplysninger om selskapets soliditet, likviditet, lønnsomhet og finansiering, ettersom dette er opplysninger som er egnet til å si noe om tilbydernes "[ø]konomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten". Innklagede synes å ha foretatt en konkret vurdering av hvorvidt klager oppfylte kvalifikasjonskravet, og klagenemnda finner ikke grunn til å overprøve denne vurderingen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Endret begrunnelse for avvisning av klager

- (50) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å endre begrunnelsen for at klager ble avvist. Det vises til at det i brevet fra innklagede 30. september synes som om begrunnelsen for avvisningen var at klager ville støtte seg på andre selskapers kapasitet, men likevel ikke hadde vedlagt forpliktelseserklæring.
- (51) Klager sendte en e-post til innklagede 26. september 2011 og ba innklagede gjøre en ny vurdering av avvisningen av klager. Det fremgikk også av denne e-posten at klager ikke forstod hvorfor deres tilbud var blitt avvist og viste til at "[v]i har i tilbudet bekreftet at vi kan stille alle garantier som kreves". Innklagede svarte på e-posten i brev datert 30. september 2011 at: "*Tilbudet er ikke vedlagt noen erklæring om garantistillelse, forpliktelseserklæring eller lignende fra Trygge Barnehager AS, Vanadis eller Trimo. Tilbudet er derfor vurdert slik at den er levert av BYFA Bygg for alle AS alene.*" Innklagedes uttalelser om at klagers tilbud ikke inneholdt erklæring om garantistillelse, forpliktelseserklæring eller lignende synes etter dette å være et svar på klagers uttalelse i e-post av 26. september 2011, ikke en begrunnelse for avvisningen, som fortsatt gjaldt økonomisk kapasitet og ikke klagers innsendte forpliktelseserklæringer. Innklagede har dermed ikke endret sin begrunnelse for å avvise klager fra konkurransen, og klagers anførsel fører ikke frem.

Brudd på kravet til likebehandling

- (52) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avvise klager men ikke valgte leverandør, selv om valgte leverandør hadde dårligere kredittrating enn klager. Klager viser til at det fremgikk av kredittvurderingen fra AAA Soliditet AS som klager innhentet at valgte leverandør fikk ratingen B (kreditt mot sikkerhet) og bedømmelsen "*ikke tilfredsstillende*", mens klager var ratet til A – Tilfredsstillende.
- (53) Det følger av loven § 5 (1) at oppdragsgiver skal sikre likebehandling av leverandørene, jf. også forskriften § 3-1 (4).
- (54) Grunnlaget for evalueringen er tilbydernes skriftlige tilbud, og klagenemnda har tidligere lagt til grunn at innklagede som den klare hovedregel bare skal vektlegge informasjon som fremkommer av tilbudet i en anbudskonkurranse, jf. sak 2013/36

premiss (36) med videre henvisninger. Innklagede hevder kun å ha vurdert valgte leverandørs tilbud på bakgrunn av den kredittvurderingen som fulgte med tilbudet, og ikke på bakgrunn av kredittvurderingen fra AAA Soliditet AS som klager har hentet inn. Den kredittvurderingen som innklagede baserte sin vurdering på godtgjorde etter innklagedes skjønn økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten. Klagenemnda har ikke grunnlag for å konstatere at innklagedes vurdering av den kredittratingen som fulgte med valgte leverandørs tilbud ikke var forsvarlig, og dette er heller ikke anført. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Bruk av rådgiver

- (55) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen ettersom valgte leverandør ble benyttet som rådgiver for utarbeidelsen av spesifikasjonene på en måte som kunne utelukke konkurranse.
- (56) Anskaffelsesforskriften § 20-12 (1) bokstav f fastslår at en leverandør skal avvises dersom denne *"har blitt benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner i strid med § 3-8 (bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner)"*. Det følger av forskriften § 3-8 at oppdragsgiver ikke skal *"søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelse av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse"*.
- (57) Første spørsmål blir dermed om valgte leverandør har gitt råd til innklagede som kan ha blitt benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjonene i foreliggende konkurranse.
- (58) Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2008/16 premiss (59), at *"spesifikasjoner"* må forstås som krav som stilles til ytelsen.
- (59) Valgte leverandør har tidligere deltatt i to prosjekter for innklagede. Det første prosjektet gjaldt oppføring av prototype for Superkuben, altså oppføring av prototypen for det bygget som skal anskaffes i foreliggende konkurranse. Det andre prosjektet gjaldt konsulenttjenester på utvikling av prototype og budsjettpris for et annet prosjekt hvor det ble benyttet tilsvarende modulbygg.
- (60) Kontrakten som valgte leverandør inngikk med innklagede 10. september 2008 gjaldt oppføring av prototype for Superkuben,
- (61) Slik det aktuelle prosjektet var gjennomført var det først en prosjekteringsfase, deretter ble det bygget en prototype, før skolen som konkurransen her gjelder skulle oppføres. Valgte leverandør var ikke med i prosjekteringsfasen, men kom inn som en del av et arbeidsfellesskap for å bygge prototypen. Valgte leverandør hadde ikke som oppdrag å gi råd til innklagede eller utvikle prototypen, men å bygge den. Det er imidlertid naturlig at det ved byggingen av prototypen ble oppdaget svakheter og forbedringsmuligheter som valgte leverandør informerte innklagede om, og som ble vektlagt ved utformingen av spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget for byggingen av det endelige prosjektet. At valgte leverandør hadde en slik posisjon at de kunne komme med forslag/råd til gjennomføringen av byggeprosessen fremkommer også av referat fra styremøte hos innklagede 3. april 2009 og fra referat fra debriefingsmøte 16. november 2009. Klager har ikke anført, og klagenemnda har heller ikke andre holdepunkter for, at

det endelige konkurransegrunnlaget synes å være påvirket av eller tilpasset til valgte leverandør i vesentlig grad.

- (62) Valgte leverandør har etter dette hatt en slik posisjon at de har kunnet komme med forslag/råd til gjennomføringen av byggeprosessen, og at i hvert fall enkelte av disse forslagene ble tatt til følge av innklagede.
- (63) Kontrakten som innklagede inngikk med valgte leverandør 4. desember 2009 gjaldt "*konsulenttjenester på utvikling av Multiflex prototyp for serieproduksjon og utarbeidelse av budsjettpris*", Av referat fra styremøte hos innklagede 3. april 2009, i forbindelse med kontrakten inngått 10. september 2008 fremgikk det på side 6 under overskriften "*Løsninger*" at de samme modulene skulle kunne brukes til både barnehager og skoler.
- (64) Dette gir altså inntrykk av at de modulene valgte leverandør var med å utvikle var de samme modulene som brukes i skoler, selv om det her var en barnehage som ble utviklet. Det er nærliggende å anta at valgte leverandør som konsulent for innklagede i et tidligere prosjekt har gitt råd til innklagede, som kan ha blitt benyttet også under utarbeidelsen av spesifikasjonene i foreliggende konkurranse.
- (65) Det avgjørende blir dermed om valgte leverandørs rådgivning gjennom disse to prosjektene til innklagede kan ha utelukket konkurranse.
- (66) I EU-domstolens dom i sak C-34/03 (Fabricom) slo domstolen fast at vurderingen av om det foreligger rådgiverinhabilitet, må avgjøres ut fra en konkret vurdering av om rådgivningens art og/eller innvirkning på den endelige utformingen av konkurransegrunnlaget er slik at rådgiveren får en konkurransefordel han ikke skulle ha hatt.
- (67) Forskriften § 3-8 viser til at rådgivningen ikke må "*utelukke*" konkurranse. Dette kan ikke forstås bokstavelig, og det relevante er om det er en reell risiko for konkurransevridding, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2003/74.
- (68) Klager har pekt på at valgte leverandør gjennom sine roller har lært seg å kjenne tids-, kostnads- og tekniske sider ved prosjektet som ingen andre tilbydere har.
- (69) I foreliggende sak er det klart at valgte leverandør har hatt en slik rolle i forhistorien til Superkuben at det kan utgjøre en fordel i den foreliggende konkurransen. Fordelen består imidlertid, slik også klager påpeker, hovedsakelig i utstrakt kunnskap om Superkuben.
- (70) Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2003/36 at det i vurderingen av om det foreligger konkurransevridding må sees hen til hvor vanskelig det er for andre leverandører å tilfredsstille spesifikasjonene.
- (71) Klager hevder at valgte leverandørs fordel ikke kunne utlignes, men har ikke begrunnet dette nærmere.
- (72) Tilbyderne fikk tilbud om å befare prototypen av Superkuben, og å gjøre seg kjent med denne. Det ble også gitt en relativt lang tilbudsfrist fra kunngjøring 18. juli 2011 til tilbudsfrist 9. september 2011, altså en frist på nesten 9 uker. At fellesferien fant sted i

perioden mellom kunngjøring og tilbudsfrist er ikke avgjørende, jf. også klagenemndas sak 2008/16.

- (73) Den fordel valgte leverandør kan ha fått gjennom kjennskap til prosjektet ved å bygge prototypen må på denne bakgrunn anses tilstrekkelig utjevnet.
- (74) Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Undervisningsbygg Oslo KF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 7. oktober 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger