



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av konsulenttjenester. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager. Klager hadde ikke levert forpliktelseserklæring fra sin underleverandør, og innklagede kunne dermed ikke vektlegge underleverandørens erfaring ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 21. oktober 2013 i sak 2012/6

Klager: Siv. Ing. Rakner AS

Innklaget: BossNett AS

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Tone Kleven, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) BossNett AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 28. september 2011 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av konsulenttjenester. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.5 angitt til å være på ca. 800 000 kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 31. oktober 2011.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1 "*Oppdraget*" at anskaffelsen for det første gjaldt kjøp av tjenester til utarbeidelse og oppfølging av søknad om reguleringsplan relatert til den planlagte fremtidige bruken av en av innklagedes eiendommer. Videre omfattet anskaffelsen utarbeidelse og oppfølging av byggesøknad, samt oppfølging av søknadsbehandlingen, under forutsetning av at regulering ble gitt.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.2 "*Dokumentasjonen*" fremgikk følgende:

"Ved bruk av underentreprenør/underleverandør skal disse oppgis og identifiseres med foretaksnavn og organisasjonsnummer. Eventuelle underleverandører som benyttes for utføring av tjenestene, og hvor underleverandørens leveranse utgjør mer enn 50 % av estimert totalt tjenesteyting, skal fremlegge samme dokumentasjon som det kreves av Tilbyder".

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 2.4.3 "*Krav til gjennomføringsevne/erfaring*" var det opplyst som et kvalifikasjonskrav at:

"Tilbyder skal ha evne og erfaring til å gjennomføre angjeldende oppdrag på en effektiv og god måte. Det skal derfor vedlegges en liste over de viktigste leveranser de siste tre år. Det er her bedriftens erfaring og kvalifikasjoner som skal vurderes. Kompetanse på tilbudte personer blir derimot vurdert under tildelingskriteriene."

- (5) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4 *"Tildelingskriterier"* at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriteriene *"pris"* og *"kompetanse hos tilbudt personell"*. Tildelingskriteriene var opplyst å skulle vektes med 50 % på hver.
- (6) Innklagede mottok fire tilbud innen tilbudsfristen 31. oktober 2011, heriblant fra Siv. Ing. Rakner AS (heretter kalt klager) og Asplan Viak AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Vedlagt tilbudet fra klager fulgte det en liste over klagers viktigste leveranser de siste tre år. Denne listen inneholdt syv prosjekter. Enkelte av disse var opplyst å være eldre enn tre år. Det var også vedlagt et dokument med reguleringsplaner i Bergen kommune fra år 1996 – 2011 hvor Siv. Ing. Ole Rakner var ansvarlig person. Av tilbudet fremgikk det at klager ville benytte Tippetue Arkitekter AS (heretter kalt Tippetue) som underkonsulent, og det var inntatt en tabell som viste hvor mange timer det var tenkt at navngitte ansatte fra Siv. Ing. Rakner AS og fra Tippetue skulle arbeide med prosjektet. Det var også vedlagt en presentasjon av Tippetue, samt firmaattest, skatteattest, HMS-egenerklæring og årsregnskap for selskapet. Vedlagt var også en liste over Tippetues viktigste leveranser de siste tre år, og en liste over prosjekter der Tippetue var ansvarlig søker. Denne listen viste at selskapet har vært ansvarlig søker i en rekke prosjekter, heriblant 19 prosjekter som omfattet regulering.
- (8) Den 10. november 2011 sendte innklagede en e-post til klager hvor det ble opplyst om at klagers tilbud inneholdt en skatteattest som var eldre enn 6 måneder, en HMS-erklæring som var eldre enn 6 måneder, og at referanseprosjektene til dels var eldre enn 3 år og til dels udaterte. Det ble gitt frist til 11. november klokken 12 for å oversende nyere versjoner av skatteattest og HMS erklæring, samt oppdatert liste over referanseprosjekter med datering for det enkelte prosjekt.
- (9) Innklagede sendte de etterspurte dokumentene til innklagede innen den gitte fristen. I listen over foretakets viktigste leveranser de siste tre år var det listet opp 27 oppdrag. Ett av disse oppdragene var opplyst å gjelde reguleringsplan.
- (10) Innklagede sendte 25. november 2011 et brev til klager hvor det fremgikk at klager var avvist fra konkurransen grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til gjennomføringsevne/erfaring. Som begrunnelse for dette viste innklagede til at klagers referanseliste kun inneholdt ett oppdrag som knyttet seg til reguleringsplan. Innklagede viste også til at det var utilstrekkelig dokumentert at klager *"rår over"* underleverandøren Tippetue, slik at underleverandørens referanser ikke kunne inngå i vurderingen av kvalifikasjonskravet knyttet til gjennomføringsevne/erfaring.
- (11) Innklagede sendte 28. november et brev til klager hvor det fremgikk at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Asplan Viak AS.
- (12) Klager sendte 7. desember 2011 en klage på avvisningen av klager til innklagede. Vedlagt dette brevet fulgte en oppdatert oversikt av foretakets viktigste leveranser de siste tre årene. Av denne oversikten fremgikk det at 11 av klagers prosjekter gjaldt reguleringsplan. Det var også vedlagt en erklæring fra Tippetue arkitekter AS på at deres ressurser ble stilt til rådighet for klager ved en eventuell inngåelse av kontrakt med innklagede om konsulenttjenester.

- (13) Innklagede svarte på klagen 15. desember 2011, og tok den ikke til følge.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. januar 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klager

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen med den begrunnelse at kvalifikasjonskravet knyttet til gjennomføringsevne/erfaring ikke var oppfylt. Vedlagt tilbudet til klager var en liste over selskapets viktigste leveranser. Det ble også gitt den tilleggsinformasjon som ble etterspurt 10. november 2011. Det er angitt 27 prosjekter de siste 3 år, hvorav 11 prosjekter også innbefatter regulering. Referanser over reguleringsarbeid er ikke etterspurt i konkurransegrunnlaget, og derfor ikke påført prosjektene. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget at det skulle fremlegges dokumentasjon som angir at klager rår over underleverandør Tippetue. Det burde være åpenbart av dokumentene fra Tippetue merket "*Tilbud BIR*", signert av daglig leder, at samarbeidet er etablert.

Tildelingsbeslutningen

- (16) Klager anfører at det var feil å avvise klager fra konkurransen, og at klager skulle vært rangert som nummer 1. i konkurransen. For å vise dette har klager utformet en tabell som viser at klager skulle oppnådd 7800 poeng.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klager

- (17) Innklagede bestrider at det var et brudd på regelverket å avvise klager fra konkurransen. Klager har ikke dokumentert faktisk og rettslig rådighet over underleverandøren Tippetue. Dette innebærer at innklagede måtte forholde seg til referanselisten fra klager som ansvarlig tilbyder og potensiell kontraktspart.
- (18) Av referanselisten fremgikk det kun at klager hadde utført ett oppdrag som knyttet seg til reguleringsplan. Ettersom det aktuelle oppdraget omfattet arbeid med reguleringsplan måtte innklagede kunne vektlegge referanser fra reguleringsarbeider, selv om det ikke uttrykkelig var spurt etter dette. Et kvalifikasjonskrav må nødvendigvis leses i lys av hva oppdraget går ut på, jf. at det er vist til evne og erfaring til gjennomføring av "*angjeldende oppdrag*".

Tildelingsbeslutningen

- (19) Innklagede bestrider at klager ville blitt tildelt kontrakt dersom avvisningen ikke hadde skjedd. Det ble gjort en evaluering av klagers tilbud i den hensikt å avklare hva en eventuelt urettmessig avvisning kunne ledet til. Klager ble her tildelt 4800 poeng, og ville dermed blitt ranket som nummer tre i konkurransen. Det har også blitt foretatt en alternativ beregning der klager ble plassert i beste kategori, slik klager har lagt til grunn. Tilbudet ville da fått 6400 poeng, og blitt rangert som nummer to.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av konsulentttjenester som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 12. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.5 estimert til kroner 800 000. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klager

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen med den begrunnelse at kvalifikasjonskravet knyttet til gjennomføringsevne/erfaring ikke var oppfylt.
- (22) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter).
- (23) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 2.4.3 "*Krav til gjennomføringsevne/erfaring*" at tilbyder måtte ha "*evne og erfaring til å gjennomføre angjeldende oppdrag på en effektiv og god måte*". Hva som ligger i dette kravet må vurderes på bakgrunn av den konkrete anskaffelsen. Kvalifikasjonskravet gir anvisning på en skjønsmessig terskel som i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda.
- (24) Som begrunnelse for at klager ikke har dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet viser innklagede til at det av klagers referanseliste kun fremgikk at klager hadde utført ett prosjekt knyttet til regulering. Klager viser til at det ikke var bedt om referanser for reguleringsarbeider, og at innklagede også måtte ta med klagers underleverandør Tippetues referanser i vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (25) Det første spørsmålet blir dermed om innklagede ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt kunne vektlegge oppdragene på tilbydernes referanseliste som gjaldt arbeid med reguleringsplan.
- (26) Kvalifikasjonskravet var formulert som et krav om "*evne og erfaring til å gjennomføre angjeldende oppdrag på en effektiv og god måte*". Dette skulle dokumenteres med "*en liste over de viktigste leveranser de siste tre år*". Dette tilsier at det var erfaring knyttet til oppdrag av samme art som i den foreliggende konkurransen som ville være avgjørende for om kvalifikasjonskravet var oppfylt, jf. også klagenemndas sak 2009/128 premiss (81) og (84). Da en vesentlig del av oppdraget i foreliggende konkurranse gjaldt arbeid knyttet til regulering, var det forutberegnelig at innklagede ville vurdere tilbydernes erfaring med slikt arbeid. Innklagede kunne dermed vektlegge oppdragene på referanselisten som knyttet seg til reguleringsplan ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (27) Det neste spørsmålet blir så om innklagede måtte vektlegge klagers underleverandør Tippetue sine viktigste leveranser de siste tre år ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet var dokumentert oppfylt.

- (28) For anskaffelser som gjennomføres etter forskriften del III følger det av § 17-9 (2) at leverandørene kan *"støtte seg på andre foretaks kapasitet, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem. I så fall skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene."*
- (29) Klagenemnda la i sak 2009/21 og 2011/191 til grunn at tilbydere som vil støtte seg på andre foretak for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, også i konkurranser som gjennomføres etter forskriften del II, kan gjøre dette, men at det da må dokumenteres rådighet over de nødvendige ressurser som skal benyttes fra underleverandøren.
- (30) Det avgjørende spørsmålet for om innklagede måtte legge Tippetues referanser til grunn ved vurderingen av valgte leverandørs kvalifikasjoner, er dermed om valgte leverandør har dokumentert rådighet over de nødvendige ressurser hos Tippetue. Dette beror på en konkret vurdering av den fremlagte dokumentasjon.
- (31) I forskriften § 17-9 (2) vises det til at slik rådighet for eksempel kan dokumenteres ved en forpliktelseserklæring. En forpliktelseserklæring kjennetegnes typisk ved at den inneholder et bindende tilsagn fra en underleverandør om å stille nærmere bestemte ressurser til rådighet for tilbyderen i en bestemt fremtidig kontrakt.
- (32) Det fremgikk av tilbudet til klager at klager ville benytte Tippetue som underkonsulent. Det var også redegjort for hvilke ansatte fra Tippetue som var tenkt at skulle benyttes, og hvor mye disse skulle arbeide med prosjektet. Vedlagt klagers tilbud var det også inntatt en presentasjon av Tippetue, samt firmaattest, skatteattest, HMS-egenerklæring og årsregnskap for selskapet. Det var også vedlagt en liste over Tippetues viktigste leveranser de siste tre år og en liste over prosjekter der Tippetue var ansvarlig søker. Klager har imidlertid ikke levert noen dokumentasjon på at Tippetue faktisk har forpliktet seg til å stille til rådighet for klager de ressurser som var planlagt å benytte fra Tippetue. Ut fra de dokumentene klager har forelagt for klagenemnda, fremgår det heller ikke at Tippetues dokumentasjon var merket *"Tilbud BIR"* og signert av daglig leder, slik klager hevder. Det foreligger dermed ikke en forpliktelseserklæring fra noen som har kompetanse til å binde Tippetue.
- (33) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede ikke hadde plikt til å legge vekt på Tippetues referanser ved vurderingen av om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet til erfaring.
- (34) Av den referanselisten klager leverte ved sitt tilbud, og i oppdatert versjon 10. november 2011 var det oppgitt 27 prosjekter de siste 3 år, hvorav ett prosjekt var opplyst å innbefatte regulering. At klager etter å ha blitt avvist la frem en ny liste hvor det fremgikk at 11 av prosjektene gjaldt prosjektering er uten betydning. Ettersom klager kun har dokumentert å ha gjennomført ett prosjekt knyttet til prosjektering kan ikke klagenemnda se at det var uforsvarlig av innklagede å konkludere med at kvalifikasjonskravet knyttet til gjennomføringsevne/erfaring ikke var oppfylt. Innklagede har dermed ikke brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved å avvise klager fra konkurransen.

Konklusjon:

BossNett AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 21. oktober 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl