



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, omgjøring av tildelingsbeslutning, avlysning av konkurranse

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av arbeider knyttet til skredsikring ved Lussandberget i Granvin Herad. Klagenemnda fant at innklagede hadde plikt til å avvise klager fra konkurransen, og at det dermed var adgang til å omgjøre beslutningen om å tildele kontrakten til klager. Videre fant klagenemnda at det ikke var i strid med regelverket å avlyse konkurransen, ettersom begge tilbyderne i konkurransen var avvist.

Klagenemndas avgjørelse 14. april 2015 i sak 2014/102

Klager: Arbeidsfellesskapet Contexo Management AS/Flage Maskin AS

Innklaget: Hordaland Fylkeskommune v/Statens vegvesen, Region Vest

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Hordaland Fylkeskommune v/Statens vegvesen, Region Vest (heretter innklagede) kunngjorde 5. februar 2014 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en totalentreprise for arbeider knyttet til skredsikring ved Lussandberget i Granvin Herad. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til mellom 150 og 200 millioner kroner. Tilbudsfristen var 3. april 2014.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1 at oppdraget gjaldt prosjektering og bygging av ca. 870 meter hovedveg i dagen (herav ca. 80 meter plasstøpt bru), tunnel (inkludert portaler) på ca. 1565 meter og elektro- og sikkerhetsutrustning i tunnelen. I konkurransegrunnlaget punkt 4.1.1 var det oppstilt følgende kvalifikasjonskrav: *"Tilbyder skal ha erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad."* Dette skulle dokumenteres på følgende måte: *"Opplysninger om slike skal følge tilbud. Jf. kap E2, pkt 4.1.1, skjema E2-4.1.1."*
- (3) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen 3. april 2014, ett fra Arbeidsfellesskapet Contexo Management AS/Flage Maskin AS (heretter klager) og ett fra Veidekke Entreprenør AS.
- (4) Partene har opplyst at det fremgikk av tilbudet fra klager at Multiconsult skulle stå for prosjekteringen av vei og tunnel. Vedlagt tilbudet fra klager fulgte CVer til tilbudt personell fra Multiconsult og en faseplan utarbeidet av Multiconsult.
- (5) Innklagede sendte et brev til klager 12. juni 2014, der det fremgikk at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med klager.

- (6) Av innklagedes kvalifikasjonsvurdering fremgikk det at innklagede ved vurderingen av klagers kvalifikasjoner hadde sett hen til Multiconsults- og Multiconsults ansattes kvalifikasjoner.
- (7) Veidekke Entreprenør AS sendte 23. juni 2014 en klage på tildelingsbeslutningen, og påpekte at klagers tilbud skulle vært avvist.
- (8) Innklagede sendte et nytt brev til klager 8. juli 2014, der det fremgikk at innklagede hadde foretatt en ny gjennomgang av de innkomne tilbudene i konkurransen, og var kommet til at klager måtte avvises fra konkurransen. Begrunnelsen for dette var at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at tilbyderne skulle ha erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad. Innklagede viste til at arbeid knyttet til prosjektering var en sentral del av kontrakten, og at det fremgikk av klagers tilbud at Multiconsult skulle foreta prosjekteringen av vei og tunnel, uten at klager hadde vist å ha rådighet over Multiconsults ressurser. Innklagede kunne derfor ikke vektlegge Multiconsults kvalifikasjoner, og klager hadde ikke selv dokumentert erfaring med prosjektering av vei eller tunnel. Innklagede opplyste videre om at også den andre tilbyderen var avvist, og at konkurransen som følge av dette var avlyst.
- (9) Klager sendte en klage på avvisningen og avlysningen av konkurransen 18. juli 2014. Innklagede svarte 4. august 2014, og tok ikke klagen til følge.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. september 2014. Den 12. mars 2015 avviste klagenemndas sekretariat klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9. Klager påklaget denne avisningen i brev datert 17. mars 2015. Klagenemndas leder ga klager medhold i at saken ikke kunne avvises, og besluttet at saken skal behandles i nemnda.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. april 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager og avlyse konkurransen. Innklagede hadde ikke adgang til å annullere og omgjøre avgjørelsen om at klager måtte anses for å råde over underleverandøren Multiconsults ressurser og dermed var kvalifisert. Innklagede hadde dermed heller ikke grunnlag for å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede hadde hjemmel til å omgjøre tildelingsbeslutningen og avlyse konkurransen. Grunnet en rutinesvikt ved den første evalueringen av de innkomne tilbudene, sjekket ikke innklagede hvorvidt tilbyderne rådet over relevante underleverandørers ressurser. Ved en ny gjennomgang av de innkomne tilbudene ble innklagede oppmerksom på at ingen av tilbyderne hadde dokumentert å oppfylle kvalifikasjonskravet om erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad selv, eller hadde vist at selskapene hadde rådighet over underleverandører som oppfylte kvalifikasjonskravet. Innklagede hadde derfor plikt til å avvise klager og Veidekke Entreprenør AS fra konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av arbeider knyttet til skredsikring ved Lussandberget i Granvin Herad, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til mellom 150 og 200 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.
- (15) Innklagede meddelte sin hensikt om å inngå kontrakt med klager i tildelingsbeslutning 12. juni 2014. Senere opplyste innklagede at tildelingsbeslutningen måtte omgjøres fordi klager måtte avvises under henvisning til manglende dokumentert rådighet over en underleverandør nødvendig for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og at konkurransen ble avlyst. Spørsmålet i saken er om innklagede hadde hjemmel til omgjøre tildelingsbeslutningen og avlyse konkurransen.
- (16) I forskriften § 22-3 (2) fremgår det at *"[d]ersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått"*. En tildelingsbeslutning kan også annulleres ved når det foreligger feil ved kvalifikasjonsvurderingen, jf. bl.a. klagenemndas avgjørelse i sak 2010/114. Oppdragsgiver kan imidlertid ikke endre en lovlig skjønnsutøvelse.
- (17) I foreliggende tilfelle la innklagede først til grunn at både klager og Veidekke Entreprenør AS oppfylte kvalifikasjonskravene, og tildelte kontrakten til klager. Deretter omgjorde innklagede tildelingsbeslutningen, og avviste begge leverandørene. Innklagede avlyste deretter konkurransen med den begrunnelse at det ikke var noen gjenværende tilbydere. Innklagede har opplyst at bakgrunnen for den nye vurderingen var at innklagede, grunnet en rutinesvikt, ikke sjekket hvorvidt tilbyderne rådet over relevante underleverandørers ressurser. Etter å ha foretatt en ny vurdering av de innkomne tilbudene ble det konstatert at verken klager eller Veidekke Entreprenør AS hadde dokumentert å råde over underleverandørene på en slik måte at underleverandørenes kvalifikasjoner kunne inngå i kvalifikasjonsvurderingen, og at leverandørene heller ikke oppfylte kvalifikasjonskravene på egenhånd.
- (18) Det følger av forskriften § 17-9 (2) at en leverandør der det er hensiktsmessig kan støtte seg på andre foretaks kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene. 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 ressursene. Av bestemmelsens femte ledd fremgår det at omfanget av dokumentasjonen skal stå i forhold til kontrakten.
- (19) Bestemmelsen regulerer altså i hvilke tilfeller en leverandør har rett til å støtte seg på en underleverandør for å oppfylle kvalifikasjonskravene, og ikke når en oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør grunnet manglende dokumentasjon på rådigheten over underleverandører. Av forskriftens § 20-12 (1) bokstav a følger det at oppdragsgiver *"skal"* avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*

- (20) Klagenemnda har lagt til grunn at for at en oppdragsgiver skal kunne vektlegge en tilbudt underleverandørs kapasitet ved vurderingen av kvalifikasjonskravene, må tilbyderens dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene, jf. eksempelvis sak 2011/203 premiss (153) flg.
- (21) Innklagedes begrunnelse for å avvise klager var at klager ikke ved egne kvalifikasjoner oppfylte kvalifikasjonskravet om erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad, og heller ikke hadde vist at selskapet hadde rådighet over de ressurser i Multiconsult som klager hadde opplyst at ville utføre deler av kontrakten. Det fremgikk av klagers tilbud at Multiconsult skulle stå for prosjekteringen av vei og tunnel, og klager har ikke anført selv å ha erfaring fra tilsvarende prosjektering. Kontrakten er estimert til å ha en verdi på mellom 150 og 200 millioner kroner, og prosjektering vil være en viktig del av denne kontrakten. Det at klager leverte CVer for ansatte i Multiconsult og en faseplan knyttet til dette oppdraget som var utarbeidet av Multiconsult er ikke alene tilstrekkelig til å sannsynliggjøre at klager har rådighet over de nødvendige ressurser i Multiconsult. Dette selv om tegningene fra Multiconsult var påtegnet et oppdragsnummer, som viser at Multiconsult har hatt et oppdrag for klager. Det at Multiconsult har bidratt med utformingen av en faseplan som var vedlagt klagers tilbud binder ikke Multiconsult til å bistå klager ved gjennomføringen av kontrakten, dersom klager skulle bli tildelt kontrakten med innklagede. Heller ikke det at klager har fremlagt CVene til ansatte i Multiconsult viser at klager har rådighet over nødvendige ressurser i Multiconsult. Klager har heller ikke fremlagt noen ytterligere dokumentasjon på at Multiconsult har forpliktet seg til å bistå klager ved gjennomføringen av en eventuell kontrakt. Det var dermed ikke saklig eller forsvarlig å legge til grunn at klager hadde rådighet over Multiconsults ressurser.
- (22) Klager har etter dette ikke dokumentert at kvalifikasjonskravet om erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad var oppfylt, og innklagede hadde dermed plikt til å avvise tilbudet fra klager jf. forskriftens § 20-12 (1) bokstav a. Den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen inneholdt dermed en feil, og innklagede hadde rett til å annullere tildelingsbeslutningen.
- (23) Klagenemnda bemerker at innklagede kunne ha bedt klager om å supplere den fremlagte dokumentasjon på at klager faktisk hadde rådighet over de nødvendige ressursene hos Multiconsult, jf. forskriften § 12-3, og på denne måten unngått å måtte avvise klagers tilbud.
- (24) Klager har ikke bestridt at innklagede hadde hjemmel til å avvise Veidekke Entreprenør AS fra konkurransen, og klagenemnda legger på dette grunnlag til grunn at avvisningen av Veidekke Entreprenør AS var rettmessig. Dette innebærer at det ikke var noen tilbud igjen i konkurransen, og denne er da de facto avlyst.

Konklusjon:

Hordaland Fylkeskommune v/Statens vegvesen, Region Vest har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk