



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Dokumentasjons-/kvalifikasjonskrav. Avvisning av leverandør.
Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av snørydding og brøyting. Klagenemnda fant at innklagede hadde utvist et forsvarlig skjønn ved å avvise klager fra konkurransen, fordi klager ikke hadde et tilstrekkelig antall brøytemaskiner mv. til disposisjon for utførelsen av oppdraget. At innklagede inngikk kontrakt med et aksjeselskap når det var et norskregistrert utenlandsk foretak som leverte tilbud i konkurransen, representerte ikke et brudd på regelverket. Det norskregistrerte utenlandske foretaket var under omdanning til aksjeselskap. Innklagedes innhenting av opplysninger om valgte leverandørs ansatte og maskinpark, var lovlig i henhold til forskriften § 21-4. Den fremlagte dokumentasjonen viste at valgte leverandør var kvalifisert til å delta i konkurransen, og klagers anførsel om avvisning førte ikke frem. Heller ikke klagers anførsel om ulovlig tildelingsevaluering førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. februar 2015 i sak 2014/111

Klager: Hinnøy Maskin AS

Innklaget: Forsvarsbygg markedsområde Hålogaland

Klagenemndas

medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger og Andreas Wahl

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg markedsområde Hålogaland (heretter innklagede) kunngjorde 2. juli 2014 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av snørydding og brøyting i Evenes, Tjeldsund og Harstad kommune. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt å være 15. august 2014.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 ble det stilt følgende krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:
"Faglig egnethet og egnet maskinpark:
 - *Stor nok maskinpark,*
 - *Nok personell til å gjennomføre kontrakt."*
- (3) Dette skulle dokumenteres ved å levere en liste over tilgjengelige maskiner og personell.
- (4) Kontrakten skulle ifølge konkurransegrunnlaget punkt 5 tildeles tilbudet med lavest pris.

- (5) Innenfor tilbudsfristen kom det inn fem tilbud, herunder fra Hinnøy Maskin AS (heretter klager) og det norskregistrerte utenlandske foretaket Anleggsdrift Harstad Ltd. (heretter også Anleggsdrift Harstad NUF).
- (6) Ved brev datert 27. august 2014 ble klager avvist under henvisning til at selskapet ikke hadde stor nok maskinpark eller nok personell til å gjennomføre kontrakten:

"Forsvarsbygg finner av utstyrslisten at tilbyder ikke disponerer (traktor-)snøfres, sandstrøer eller isskrape, og at maskinparken generelt fremstår som for liten for oppdraget med tre maskiner tilgjengelig. Entreprenøren som har oppdraget i dag, har på det meste hatt 6 maskiner i sving for å løse oppdraget tilfredsstillende, herunder de nevnte redskaper."
- (7) Innklagede informerte tilbyderne i e-post samme dato om at man hadde besluttet å tildele kontrakten til Anleggsdrift Harstad AS. Kontrakt ble inngått 3. oktober 2014 med Anleggsdrift Harstad NUF og Anleggsdrift Harstad AS (heretter i felleskap også benevnt valgte leverandør), jf. kunngjøring om kontraktstildeling datert 20. oktober.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 15. september 2014.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. februar 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Det er ikke riktig at klager ikke har stor nok maskinpark eller nok personell til å gjennomføre kontrakten. Klager vil under enhver omstendighet kunne vurdere tilleggsinvesteringer dersom man skulle bli tildelt kontrakten. Innklagede har derfor brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.
- (11) I konkurransegrunnlaget står det at kontrakten skal tildeles tilbudet med lavest pris. Det er imidlertid ikke dette innklagede har gjort. Tildelingsevalueringen er dermed i strid med tildelingskriteriet laveste pris.
- (12) Selskapet Anleggsdrift Harstad AS, som ble tildelt kontrakten, leverte ikke tilbud i konkurransen. Selskapet som leverte tilbud, Anleggsdrift Harstad NUF, har ingen ansatte og maskinparken er høyst usikker. Innklagede hadde ikke anledning til å innhente opplysninger om selskapet etter tilbudsfristen. Valgte leverandør oppfylte derfor ikke kravene for å delta i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede bestrider at det var feil å avvise klager fra konkurransen. Klagers maskinpark består av to brøytemaskiner, én håndfreser og en dumper. Til å utføre oppdraget tidligere år, har det vært nødvendig å bruke 5-7 brøytemaskiner, i tillegg til maskiner for skraping og strøing. Maskinparken til klager gir således ikke tilstrekkelig trygghet for at klager er i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.
- (14) Innklagede bestrider videre at valgte leverandør skulle vært avvist. På bakgrunn av innsigelser mot tildelingsbeslutningen fra klager, innhentet innklagede informasjon om selskapet etter forskriften § 21-4. Dokumentasjonen som innklagede mottok viste at

Anleggsdrift Harstad NUF var under omdanning til AS, som følge av nye regler om skattefri omdanning. Av dokumentasjonen fremgikk det at alle eiendeler og ansatte i Anleggsdrift Harstad NUF var overført til Anleggsdrift Harstad AS. Dette omfatter blant annet fire hjullastere og tre traktorer med brøyteutstyr, inkludert sandspredere og skraper. I tillegg er det listet opp maskiner fra selskapet Coneco AS, som leier ut til Anleggsdrift Harstad AS, og andre maskiner som Anleggsdrift Harstad AS disponerer. På denne bakgrunn fant innklagede at valgte leverandør var kvalifisert til å delta i konkurransen. Kontrakten som er inngått, er inngått med både Anleggsdrift Harstad NUF og Anleggsdrift Harstad AS.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder snørydding og brøyting, som er en prioritert tjeneste med CPV-nummer 90620000 i tjenestekategori 16. Anskaffelsens verdi er av innklagede opplyst å være over terskelverdien i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 2-2. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin art og verdi forskriften del I og del III.

Avvisningen av klager

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.
- (17) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (18) Ved vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/276 i premiss (54).
- (19) Det ble i det foreliggende tilfellet stilt krav om at leverandørene hadde stor nok maskinpark og nok personell til å gjennomføre kontrakten. Dette skulle dokumenteres ved å levere en liste over tilgjengelige maskiner og personell.
- (20) I listen over tilgjengelige maskiner og personell som klager har levert, går det frem at klager har to maskiner til brøyting: én hjullaster og én traktor. Utover dette har klager tilbudt en håndfreser og en dumper. De øvrige maskinene som klager har tilbudt, er ikke egnet til brøyteformål.
- (21) Innklagede har forklart at det har vært behov for 5-7 brøytemaskiner for å gjennomføre kontrakten tidligere år, og at klagers maskinpark derfor ikke gir noen trygghet for at klager er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, jf. forskriften § 17-4 (2). Foruten at klager bare har tilbudt to brøytemaskiner, har innklagede vist til at klager ikke har noen maskiner til skraping eller strøing.
- (22) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har utøvd et uforsvarlig skjønn ved å avvise klager på dette grunnlaget. Klagers anførsel fører ikke frem.

Evalueringen av tildelingskriteriet laveste pris

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt til valgte leverandør til tross for at klager tilbød den laveste prisen.
- (24) Forskriften bygger på at det kun er de kvalifiserte leverandørenes tilbud som skal vurderes opp mot de fastsatte tildelingskriteriene, jf. forskriften § 17-4 om adgangen til å oppstille kvalifikasjonskrav, § 20-12 (1) bokstav a om plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, og § 20-1 om fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter.
- (25) Ettersom klager ble avvist fra konkurransen, hadde valgte leverandør det laveste gjenværende tilbudet i konkurransen. At kontrakten ble tildelt det laveste gjenværende tilbudet, er i samsvar med det angitte tildelingskriteriet. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Tildeling av kontrakt til valgte leverandør

- (26) Klager har også fremhevet at Anleggsdrift Harstad NUF ikke har egne ansatte, at maskinene som er oppgitt som grunnlag for kvalifiseringen ikke eies av Anleggsdrift Harstad NUF eller Anleggsdrift Harstad AS, og at selskapet som innklagede tildelte kontrakt til – Anleggsdrift Harstad AS, ikke leverte tilbud i konkurransen. Klager har også påpekt at innklagede innhentet supplerende informasjon om disse forholdene.
- (27) Klagenemnda tar først stilling til betydningen av at kontrakt ble tildelt, og senere inngått med Anleggsdrift Harstad AS, når det var Anleggsdrift Harstad NUF som leverte tilbud i konkurransen.
- (28) Formelt sett er Anleggsdrift Harstad AS og Anleggsdrift Harstad NUF to ulike rettssubjekter. Det er opplyst at bakgrunnen for at Anleggsdrift Harstad AS skulle utføre kontrakten var at det norskregistrerte utenlandske foretaket var under omdanning til norsk aksjeselskap. Omdanningen innebærer en overføring av alle eiendeler, avtaler og ansatte, fra Anleggsdrift Harstad NUF til Anleggsdrift Harstad AS. På tidspunktet for tildelingen og kontraktsinngåelsen var Anleggsdrift Harstad NUF fortsatt under omdanning, men ansatte og eiendeler var overført til Anleggsdrift Harstad AS. Det er samme eier og samme styre i selskapene.
- (29) Det nevnes innledningsvis at forskriften, i et tilfelle hvor flere leverandører innleverer tilbud i felleskap, eksplisitt åpner for at oppdragsgiver kan kreve at leverandørgrupper *"etablerer en bestemt foretaksform etter at kontrakt er tildelt"*, jf. forskriften § 17-7 (1). For den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 93/37 tok EU-domstolen i sak C-57/01 (Makedoniko Metro) stilling til lovligheten av å avslutte forhandlingene med et konsortium ut fra endringer i konsortiets sammensetning, som følge av nasjonale bestemmelser som kun tillot endringer etter inngåelse av kontrakten. EU-domstolen uttalte at i premiss 60 at *"bestemmelse[n] begrænser sig imidlertid til dels at præcisere, at der kan afgives bud af sammenslutninger af entreprenører, dels at forbyde, at det forlanges af dem, at de antager en bestemt retlig form, inden kontrakten er blevet tildelt den pågældende sammenslutning."* Som følge av at artikkelen ikke inneholder noen nærmere bestemmelser om sammensetningen uttalte domstolen i premiss 61 at *"Fastsættelsen af bestemmelser om sammensætningen henhører således under medlemsstaternes kompetence."* I premiss 69 uttaler domstolen videre at *"selv om*

fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter ikke indeholder særlige bestemmelser, som finder anvendelse, gælder de almindelige fællesskabsretlige principper, herunder bl.a. princippet om forbud mod forskelsbehandling, ligeledes for procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter". Overført på foreliggende problemstilling er det naturligt å legge til grunn at direktivet i utgangspunktet ikke regulerer problemstillingen, men at de alminnelige prinsippene får anvendelse.

- (30) EU-domstolens praksis om hva som utgjør vesentlige endringer i inngåtte kontrakter er et utslag av disse prinsippene. I denne forbindelse er det særlig EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext) som er relevant. Et av spørsmålene domstolene tok stilling til gjaldt en overdragelse av en kontrakt som et ledd i en intern restrukturering. Som et utgangspunkt for vurderingen av om en endring er vesentlig uttalte domstolen i premiss 35:

"En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget."

- (31) I premiss 40 oppstilte EU-domstolen et utgangspunkt om at en endring av kontraktspart skulle anses som en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse:

"I almindelighed skal udskiftningen med en ny medkontrahent af den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, betragtes som en ændring i de væsentlige bestemmelser i den pågældende offentlige kontrakt, medmindre der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktbestemmelser, f.eks. som en underentreprise."

- (32) Om endringen som hadde skjedd i den konkrete saken uttalte EU-domstolen i premiss 43 at endringen *"indført i en situation som den i hovedsagen foreliggende, ikke udgør en ændring af en væsentlig kontraktbestemmelse"*. Grunnen var at endringen i det vesentligste var uttrykk for den interne omstruktureringen av oppdragsgivers medkontrahent. Se i denne retning også direktiv 2014/24/EU artikkel 72 første ledd bokstav d punkt ii.¹

- (33) EU-domstolens avgjørelse gjelder endringer gjort i kontraktsperioden. I foreliggende sak er det tale om en endring som skjer før kontraktsinngåelse. Selv om en tilsvarende norm i utgangspunktet gjelder, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2010/179 premiss 62, er situasjonen noe annerledes på tidspunktet før kontrakt er inngått. Endringer på tilbydersiden vil gjerne være saklig begrunnet ut fra tilbyders forhold, og betydningen av endringen er vurdert før oppdragsgiver velger å inngå kontrakt med leverandøren. Så fremt prosessen er transparent vil øvrige leverandører allerede ved tildeling av kontrakt kunne etterprøve oppdragsgivers beslutning. Det er derfor ikke samme grunn til å oppstille et utgangspunkt om at endringer på tilbydersiden vil være vesentlige, se til

¹ Bestemmelsen fastslår at der *"en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten"*, og dette skjer som følge av *"en universel eller delvis efterfølgelse af en anden økonomisk aktør, der opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der var gældende for den oprindelige entreprenør, efter omstrukturering af virksomhed ..."*, kan en slik endring lovlig gjennomføres *"uden en ny udbudsprocedure"*.

sammenligning klagenemndas avgjørelse i sakene 2011/259 og 2012/235 premiss 49: *"Det vil likevel være typetilfeller hvor en mer overordnet tilnærming kan være berettiget, for eksempel ved overdragelse av virksomhet."*

- (34) En slik tilnærming bør anlegges også i foreliggende sak. Selv om det ville vært en fordel om valgte leverandør anga i tilbudet at aksjeselskapet ville stå for kontraktsgjennomføringen, er bakgrunnen for endringen omdanningen av det norskregistrerte utenlandske foretaket. På tilsvarende måte som i pressetext-avgjørelsen er det en selskapsrettslig omstrukturering som er bakgrunnen for at kontrakten ble inngått med Anleggsdrift Harstad AS. Innklagede har vurdert betydningen av dette, og akseptert at aksjeselskapet skulle gjennomføre kontrakten. Innklagede innhentet opplysninger, jf. nedenfor, om at det personellet og den maskinparken som var oppgitt i tilbudet, ville bli disponert av Anleggsdrift Harstad AS. Når det gjelder kravet til økonomisk og finansiell stilling synes innklagede å ha lagt til grunn at regnskapstallene for det norskregistrerte utenlandske foretaket ville være representative også for aksjeselskapet. Som nevnt var det her tale om omdanning hvor alle eiendeler, avtaler og ansatte, ble overført. Innklagede inngikk også kontrakt med både Anleggsdrift Harstad NUF og Anleggsdrift Harstad AS, hvilket innebærer at selskapene vil være solidarisk ansvarlige for kontraktsoppfyllelsen.
- (35) Klager har heller ikke fremholdt andre forhold som tilsier at det kan representere en fordel for selskapene, i strid med likebehandlingsprinsippet, å akseptere at Anleggsdrift Harstad AS står for kontraktsoppfyllelsen.
- (36) Det på denne bakgrunn ikke tale om en endring som hadde hatt betydning for kvalifikasjonsvurderingen eller tildelingsevalueringen. Innklagedes kontraktsinngåelse med og aksept av at Anleggsdrift Harstad AS stod for kontraktsoppfyllelsen, representerer på denne bakgrunn ikke et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.
- (37) Klager har også fremmet innsigelser mot innklagedes vurdering av hvorvidt Anleggsdrift Harstad NUF og Anleggsdrift Harstad AS oppfylte kvalifikasjonskravene i konkurransen.
- (38) For å ta stilling til dette tar nemnda først stilling til hvorvidt den informasjonen innklagede mottok er lovlig innhentet i medhold av forskriften § 21-4. Bestemmelsen gir oppdragsgiver en rett til å *"anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes"*.
- (39) Adgangen til å be om supplerende dokumentasjon forutsetter at tilbudet allerede inneholder opplysninger som er relevant for det aktuelle kvalifikasjonskravet.
- (40) I tilbudet leverte Anleggsdrift Harstad NUF en liste over tilgjengelige maskiner og personell, slik konkurransegrunnlaget krevde. Valgte leverandør hadde dermed fremlagt relevant dokumentasjon vedrørende oppfyllelsen av det aktuelle kvalifikasjonskravet. På bakgrunn av klagers henvendelse, ba innklagede om mer informasjon vedrørende ansettelsesforholdene til det tilbudte personellet, og eierskapet til de maskinene som var listet opp i tilbudet. Valgte leverandør innhentet derfor bekreftelser på at alt av maskiner og personell ble disponert av Anleggsdrift Harstad AS. Selskapet Coneco AS avga en erklæring om valgte leverandørs eksklusive bruksrett til Conecos maskiner og utstyr. Nordea Finans Norge AS bekreftet på forespørsel at Coneco AS leaset de aktuelle

maskinene. Tilsvarende erklæring om at maskinparken ble disponert av valgte leverandør ble levert av Jan Magne Sørli på vegne av Sørli gård, og av Gunnar Røkenes for en brøytemaskin. Denne dokumentasjonen endrer ikke det som fremgikk av tilbudet, men ga supplerende informasjon om eierskapet til de maskinene som valgte leverandør disponerte. En bekreftelse fra Harstad kommune om at man ville stille opp som underleverandør for høvling ble også gitt. Valgte leverandør hadde imidlertid også oppgitt utstyr som man disponerte til dette formålet. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til om innklagede hadde adgang til å ta hensyn til denne informasjonen. At erklæringene gjelder Anleggsdrift Harstad AS, kan heller ikke anses som en endring av den innsendte informasjonen, men reflekterer bare at det nå er Anleggsdrift Harstad AS som skal utføre kontrakten. Tilsvarende gjelder informasjonen om ansettelsesforholdene til det tilbudte personellet, som på dette tidspunkt var overført til Anleggsdrift Harstad AS. Den fremlagte listen over tilgjengelige maskiner og personell, viste klart at valgte leverandør var kvalifisert til å utføre oppdraget. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Forsvarsbygg markedsområde Hålogaland har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller

Dokumentet er godkjent elektronisk