



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av salgsapparat for piggdekkgebyrordningen i Oslo. Klager anførte at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav om kompetanse og kapasitet innenfor nødvendige fagområder. Klagenemnda fant ikke grunn til å underkjenne innklagedes vurdering av at valgte leverandør var kvalifisert.

Klagenemndas avgjørelse 22. februar 2016 i sak 2015/121

Klager: Teletopia Interactive AS

Innklaget: Oslo kommune Bymiljøetaten

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune Bymiljøetaten (heretter innklagede) kunngjorde 22. mai 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av salgsapparat for piggdekkgebyrordningen. Anskaffelsens verdi var estimert til 18 millioner kroner. Tilbudsfrist var 1. juli 2015.
- (2) I kunngjøringen var det gitt følgende beskrivelse av anskaffelsen:

"Anskaffelsen omfatter et salgsapparat som inkluderer salg av sesong-, måneds- og dagsoblater samt virtuelle dagsoblater for betaling av piggdekkgebyr i Oslo. Videre omfatter anskaffelsen kundebehandling og kundeservice, etablering, drift og vedlikehold av eksisterende webapplikasjon og kunderegister samt rapportering til kunden.

Behov:

- *Produksjon/trykking av dags-, måneds- og sesongoblater.*
 - *Salg av dags-, måneds- og sesongoblater samt virtuelle oblater via SMS- og teletorg.*
 - *Etablere, vedlikeholde og kvalitetssikre eksisterende webapplikasjon for salg av oblater.*
 - *Kundeservice - kundeoppfølging – behandle kundeenvendelser – refusjonssaker.*
 - *Etablere, vedlikeholde og kvalitetssikre et elektronisk register over kunder som kjøper sesong- og månedsoblat.*
 - *Regnskap og rapportering til kunden – salg – inntekter – økonomioppfølging (avstemme salg av oblater) – refusjonssaker – utstedelse av duplikater – oblatregnskap.*
 - *Skriftlig oblatrapport og eventuelt retur av restoblater til kunden"*
- (3) Et av kvalifikasjonskravene var "økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten, god soliditet, og kredittverdighet". Kravet skulle dokumenteres

ved en kredittvurdering/-rating. Innklagede forbeholdt seg for øvrig retten til å innhente egen kredittvurdering ved behov.

- (4) Det var også stilt et kvalifikasjonskrav om *"kompetanse og kapasitet innen de fagområder som er nødvendig for å gjennomføre oppgavene i henhold til kontrakten og kravspesifikasjonen"*. Dokumentasjonskravet var som følger:

"Konsulenten må redegjøre for disponibelt personell med kompetanse innen fagområdene som er nødvendige for å gjennomføre oppdraget i henhold til kontrakten og kravspesifikasjonen. Det skal redegjøres for bredden i kompetansen. Der konsulenten eventuelt benytter underleverandører til å oppfylle dette kravet må det tilsvarende gis en beskrivelse av relevant disponibel kompetanse hos underleverandøren."

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører – Teletopia Interactive AS (klager), og Cowi AS (valgte leverandør).
- (6) I brev av 31. august 2015 avviste innklagede klager fra konkurransen, begrunnet med at kvalifikasjonskravene knyttet til økonomisk kapasitet og kompetanse ikke var oppfylt.
- (7) Etter tildelingsbeslutningen ble meddelt, begjærte klager midlertidig forføyning med påstand om at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen. I denne forbindelse ba innklagede valgte leverandør om å supplere dokumentasjonen vedrørende oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet om kompetanse og kapasitet. Klager trakk senere begjæringen, mot at innklagede skulle avvente klagenemndas uttalelse i saken før inngåelse av kontrakten. Samtidig aksepterte klager at innklagede inngikk en midlertidig avtale for den inneværende sesongen.
- (8) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. oktober 2015. Sekretariatet avviste klagen 1. februar 2016, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Avvisningsbeslutningen ble klaget inn for klagenemndas leder, jf. samme forskriftsbestemmelse. I avgjørelse av 11. februar stadfestet nemndas leder avvisningen av den del av klagen som gjaldt innklagedes avvisning av klager på grunn av manglende oppfyllelse av kravet om økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten. I den anledning uttalte nemndas leder at han helt ut var enig i sekretariatets oppfatning av at anførselen klart ikke kunne føre frem og var uhensiktsmessig for behandling i nemnda.
- (9) Sekretariatets avvisning av den del av klagen som gjaldt manglende avvisning av valgte leverandør, ble imidlertid omgjort, med følgende begrunnelse:

"Når det gjelder klagen over at valgte leverandør ikke er avvist, skaper [denne] mer usikkerhet. Leder kan ikke se at klagers anførsel om valgte leverandørs avhengighet av underleverandøren Itel AS for å oppfylle kontrakten, er kommentert av innklagede. Opplysningen om hva underleverandøren skal levere, er for så vidt ny i den foreliggende klagen, men er ikke noe annet enn en utdypning av den anførsel som ble fremført i den første klagen. Det er således ikke tale om en ny anførsel i denne siste klageomgangen. Dersom det forholder seg slik klager her anfører, vil saken kunne ligge slik an at valgte leverandør er pliktig til å dokumentere at underleverandøren står til innklagedes disposisjon ved oppfyllelse av kontrakten, for eksempel ved en forpliktelseserklæring, jf. anskaffelsesforskriften § 17-9 annet ledd. Leder kan på foreliggende grunnlag ikke uten videre konstatere at klagen på dette punkt klart ikke vil føre frem, og denne del av klagen

er derfor heller ikke uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda etter klagenemndforskriften § 9."

(10) Hverken klager eller innklagede har kommentert avgjørelsen fra nemndas leder. .

(11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. februar 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(12) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om kompetanse/kapasitet. Kravet, sammen med beskrivelsen av oppdraget, måtte forstås slik at det omfattet erfaring og kompetanse med levering av teletorg-tjenester. Valgte leverandør skulle anvende Itel AS Produksjon (heretter Itel) som leverandør av teletorg-tjenester, uten at det ble dokumentert rådighet over selskapets ressurser. Kvalifikasjonskravet er derfor ikke oppfylt.

(13) I klagen over sekretariatets avvisningsbeslutning har klager presisert at underleverandøren Itels ytelse består av utvikling og drift av programvare, kabler og posisjon i telenettet. Itel skal levere innretninger i tillegg til å yte bistand for å oppfylle kompetansekravene. Valgte leverandør kan ikke oppfylle kontrakten og levere den avtalte ytelsen uten å benytte Itel som underleverandør. Uavhengig av hvilke dokumentasjonskrav som stilles i konkurransegrunnlaget, er det et krav om at tilbyder leverer forpliktelserklæring for eventuelle underleverandører.

(14) Det var heller ikke anledning til å innhente ytterligere dokumentasjon, etter tildelingsbeslutningen, som kunne begrunne at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet uten å måtte støtte seg på underleverandørers ressurser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om kompetanse/kapasitet, basert på en vurdering av det beskrevne personellet, og kompetansen fra tilsvarende salgstjenester.

(16) Den supplerende dokumentasjonen fra valgte leverandør, innhentet i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning, bekrefter ytterligere at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet uten å måtte støtte seg på underleverandørers ressurser.

Klagenemndas vurdering:

(17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndforskriften § 6. Klagenemnda legger riktignok til grunn at innklagede hadde grunnlag for å avvise klagers tilbud, men den resterende del av klagesaken gjelder spørsmålet om også den eneste gjenværende leverandør skulle vært avvist, noe som i bekreftende fall vil fremtvinge en ny konkurranse som klager vil kunne delta i. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av salgsapparat for piggdekkgebyrordningen, som er en tjenesteanskaffelse der CPV-klassifiseringen spenner over flere tjenestekategorier (5, 7, 27). Anskaffelsens verdi er estimert til 18 millioner kroner, og var kunngjort som en anskaffelse som følger forskriften del III. 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 III, jf. forskriften § 2-1.

Avvisning av valgte leverandør

- (18) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, på grunn av manglende oppfyllelse av kravet til tekniske/faglige kvalifikasjoner.
- (19) Foranlediget av klagers anførsler i klagen over sekretariatets opprinnelige avvisning av klagen, bemerker klagenemnda at saken gjelder spørsmålet om valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet til *"kompetanse og kapasitet"*, slik dette er formulert i konkurransegrunnlaget. Klager har ikke anført at det foreligger andre feil som eventuelt kunne tilsi avvisning av valgte leverandør på annet grunnlag.
- (20) Kvalifikasjonskravet om *"kompetanse og kapasitet innen de [nødvendige] fagområder"*, skulle dokumenteres oppfylt med en redegjørelse for disponibelt personell. Tilbyderne skulle også redegjøre for bredden i kompetansen, og disponibel kompetanse hos eventuelle underleverandører dersom slike var nødvendige for å oppfylle kravet.
- (21) Valgte leverandør leverte en beskrivelse av personellet som ville utgjøre prosjektleder, database- og applikasjonsansvarlig, teknisk ansvarlig, økonomi- og refusjonsansvarlig, kundeansvarlig og kundekonsulent. Innklagede vurderte på grunnlag av dette, sammenholdt med tilbudet for øvrig, kvalifikasjonskravet som oppfylt. Klager hevder imidlertid at ingen av personene valgte leverandør tilbød hadde erfaring eller kompetanse på utvikling og drift av SMS-basert tjenestefunksjonalitet, eller levering av teletorg-tjenester. Det vises også til at valgte leverandør ville benytte en underleverandør, Itel, til å levere teletorg-tjenesten, uten at det fremgikk mer om dennes kapasitet eller kompetanse, og uten at det var dokumentert rådighet over dennes ressurser.
- (22) Dersom en leverandør ikke alene oppfyller kvalifikasjonskravene, kan den støtte seg på andre foretaks kapasitet. I så fall skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, jf. forskriften § 17-9 (2). Det er derfor ikke riktig at det alltid skal leveres forpliktelseserklæring for underleverandører, uavhengig av hvilke kvalifikasjonskrav som er stilt. Innklagede vurderte valgte leverandør som kvalifisert uten hensyn til underleverandøren Itel.
- (23) Det er ikke presisert i konkurransegrunnlaget hvilke fagområder kvalifikasjonskravet til kompetanse og kapasitet gjelder. Av henvisningen til *"kompetanse innen fagområdene som er nødvendige for å gjennomføre oppdraget i henhold til kontrakten og kravspesifikasjonen"* kan det etter klagenemndas syn ikke utledes at kravene til kompetanse og kapasitet omfattet alle innsatsfaktorer.
- (24) Innklagede stilte heller ikke spesifikke krav til dokumentasjon for at kravet var oppfylt. Konkurransegrunnlaget ber bare om en beskrivelse av disponibelt personell.
- (25) På denne bakgrunn er klagenemnda av den oppfatning at utformingen av kravet til kompetanse og kvalitet ga innklagede et visst skjønn med hensyn til hvilken dokumentasjon som ville bli ansett tilfredsstillende.
- (26) Konkret gjelder klagers innsigelser kontraktsoppgaven *"Salg av dags-, måneds- og sesongoblater samt virtuelle oblater via SMS- og teletorg"*. Henvisningen til at salg skulle skje via bestemte salgsplattformer, innebærer etter klagenemndas syn ikke uten videre at driften av disse plattformene skulle forstås som et *"fagområde"* i relasjon til

kvalifikasjonskravet. Nemnda er tvert imot av den oppfatning at det alt i alt er mest nærliggende å tolke konkurransegrunnlaget slik at leverandørene *ikke* måtte dokumentere særskilt kompetanse og kapasitet innen SMS- og teletorgsalg. Det følger av dette at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget. Det foreligger derfor ikke noe behov for å støtte seg på andre foretaks kapasitet, jf. forskriften § 17-9 (2). At valgte leverandør etter klagers oppfatning ikke kan oppfylle kontrakten og levere den avtalte ytelsen uten å benytte Itel AS som underleverandør, hindrer ikke at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet slik innklagede har valgt å formulere det i konkurransegrunnlaget.

- (27) Valgte leverandør har for øvrig gitt en grundig redegjørelse for hvordan kontrakten er tenkt utført, herunder hvordan salg av dagsoblater via SMS og teletorg skal gjennomføres, og en beskrivelse av organisasjonen som skulle stå som ansvarlige for oppdraget. På denne bakgrunn kan ikke manglende dokumentert rådighet over underleverandøren som skulle drifte teletorg-tjenesten, bety at valgte leverandør ikke hadde den nødvendige "*kompetanse og kapasitet*" til å utføre oppdraget.
- (28) Slik saken er opplyst, er det ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Oslo kommune Bymiljøetaten har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

[Redacted signature]