



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, omgjøring.

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bruvedlikehold i Telemark. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å omgjøre beslutningen om å avvise valgte leverandør fra konkurransen, og så tildele kontrakten til valgte leverandør. Klagenemnda fant at klagers anførsel ikke førte frem, ettersom det var feil å avvise valgte leverandør fra konkurransen i utgangspunktet, slik at innklagede hadde en plikt til å omgjøre avvisningsbeslutningen.

Klagenemndas avgjørelse 16. juni 2015 i sak 2015/26

Klager: Ypsilon Contractors AS

Innklaget: Statens Vegvesen Vegdirektoratet og Telemark fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Andreas Wahl

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region Sør (heretter innklagede) kunngjorde 9. januar 2014 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bruvedlikehold i Telemark. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at anskaffelsens verdi ble anslått til under EØS-terskelverdi, og at konkurransen skulle gjennomføres i henhold til forskriften del I og II. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 14. februar 2014.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget del B2 punkt 0 at: *"Opplysninger om tilbyder skal gis på svarskjema i kap. E2. Det er viktig for bedømmelsen at opplysningene og dokumentasjonen er korrekt og fullstendig."*
- (3) I konkurransegrunnlaget del B2 punkt 4.5.1 stod det følgende:
"For nøkkelpersonell som skal gjennomføre betongrehabiliteringsarbeid kreves det at personer har kompetansebevis innen betongrehabilitering, jfr. NS 3420 kap L8. Dokumentasjon av dette skal vedlegges tilbudet."
- (4) I konkurransegrunnlaget del B2 punkt 5 var det opplyst at tildeling av kontrakt ville skje på bakgrunn av laveste pris.
- (5) I konkurransegrunnlaget del E "Svardokumenter" fremgikk det at det i konkurransegrunnlaget del E2 skulle leveres dokumentasjon av kvalifikasjoner. I konkurransegrunnlaget del E2 punkt 4.5.1 fremkom følgende: *"Kompetansebevis RPKU innen betongrehabilitering."*
- (6) Innklagede mottok seks tilbud innen tilbudsfristens utløp 14. februar 2014, fra blant andre BMO Entreprenør (heretter valgte leverandør) og Ypsilon Contractors (heretter klager).

- (7) I valgte leverandørs tilbud var Bent Asbjørnhus angitt som nøkkelperson på betongrehabiliteringsarbeid. Valgte leverandør hadde ikke vedlagt kompetansebevis RPKU i sitt tilbud, men det var vedlagt en rekke kursbevis for Asbjørnhus og en egenerklæring fra Asbjørnhus der det fremgikk følgende:

"Undertegnede Bent Asbjørnhus har gjennomført alle nødvendige kurs og har all relevant erfaring og utdanning (dokumentasjon vedlagt). Selve kompetansebeviset er imidlertid ikke mottatt enda. Dette kan ettersendes på forespørsel."

- (8) Innklagede sendte et brev til klager 14. mars 2014, der det fremgikk at klager var tildelt kontrakten.
- (9) Samme dag sendte innklagede et brev til tre av tilbyderne, heriblant valgte leverandør, der det fremgikk at leverandørens tilbud var avvist fra konkurransen med hjemmel i forskriften § 8-4 (1). Begrunnelsen for dette var at tilbudet ikke ble vurdert å oppfylle konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav om kompetansebevis RPKU.
- (10) Valgte leverandør påklaget avvisningsbeslutningen i brev datert 18. mars 2014, og presiserte klagen i skriv datert 20. mars 2014. Det ble her hevdet at det var i strid med regelverket å avvise valgte leverandør, ettersom egenerklæringen fra Asbjørnhus og vedlagte dokumentasjon måtte anses å oppfylle kvalifikasjonskravet om kompetansebevis RPKU. Vedlagt klagen var kompetansebevis RPKU utstedt til Asbjørnhus 6. februar 2014.
- (11) Innklagede tok ikke klagen til følge, og viste til at valgte leverandør ikke hadde dokumentert det absolutte kvalifikasjonskravet om Kompetansebevis RPKU innen tilbudsfristens utløp.
- (12) Valgte leverandør fremmet en begjæring om midlertidig forføyning 31. mars 2014. Aust-Agder tingrett avsa den 1. april kjennelse (saksnr. 14-056514TVI-AUAG) uten forutgående muntlig forhandling. Kjennelsen suspenderte SVV Region sørs adgang til å inngå kontrakt inntil spørsmålet om avvisning var rettskraftig avgjort. Innklagede ba deretter om etterfølgende muntlige forhandlinger. Etterfølgende muntlige forhandlinger ble avholdt den 5. juni 2014. Aust-Agder tingrett kom i kjennelse av 19. juni 2014 (Saksnr. 14-074703TVI-AUAG) til at forføyningen ble stående.
- (13) Innklagede anket til lagmannsretten. Den 13. oktober avsa Agder lagmannsrett kjennelse (LA-2014-128145) i samsvar med tingrettens kjennelse. Innklagede anket videre til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg avsa den 23. desember 2014 kjennelse (Rt-2014-1312) med slutning om at anken ble forkastet.
- (14) Innklagede sendte et brev til klager og de øvrige tilbyderne i konkurransen 29. oktober 2014 og ba om at vedståelsesfristen ble forlenget frem til 10. april 2015, som følge av den midlertidige forføyningen. Alle tilbyderne forlenget sin vedståelsesfrist, som anmodet.
- (15) I brev til klager 13. februar 2015 fremgikk det at innklagede hadde omgjort sin tildelingsbeslutning, og at kontrakt nå var tildelt valgte leverandør. Begrunnelsen for omgjøringen av avvisningen var som følger: *"Etter domstolsbehandling i tre instanser anser Statens vegvesen Region sør spørsmålet om BMO Entreprenørs kvalifikasjoner for å være avklart. Vi har valgt å rette oss etter domstolens vurdering."*

- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. mars 2015.
- (17) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 16. mars 2015.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. juni 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Klagenemndas myndighet til å behandle klagen

- (19) Klagen kan behandles av klagenemnda, da det ikke foreligger dom i saken, kun kjennelse i forføyningssak. Domstolen har kun tatt stilling til om det har vært grunnlag for midlertidig forføyning i påvente av rettslig behandling.

Omgjøring av avvisningen av valgte leverandør

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre beslutningen om å avvise valgte leverandør fra konkurransen, og så tildele kontrakten til denne. Det fremgikk klart et kvalifikasjonskrav om at nøkkelpersonell måtte ha kompetansebevis RPKU innen betongrehabilitering, at dette måtte fremlegges i tilbudet, og at unnlatt innlevering av dette ville medføre avvisning. Tilbudet fra valgte leverandør inneholdt ikke kompetansebevis RPKU innen betongrehabilitering, og valgte leverandør ble korrekt avvist.
- (21) Subsidiært, for det tilfellet at nemnda kommer til at konkurransegrunnlaget ikke oppstilte et absolutt krav om innlevering av kompetansebevis sammen med tilbudet, skulle uansett tilbudet fra valgte leverandør vært avvist. Konkurransegrunnlaget oppstilte i alle tilfeller et krav om at tilbyderne måtte ha fått utstedt kompetansebevis RPKU innen betongrehabilitering, noe valgte leverandør selv har erklært at mangler.
- (22) Dersom nemnda kommer til at det ikke gjaldt et krav om å ha kompetansebevis, og at valgte leverandørs øvrige dokumentasjon kunne vurderes, var denne uansett ikke tilstrekkelig til at innklagede kunne vurdere det som sannsynlig at BMO oppfylte vilkårene for å få kompetansebevis ved tilbudsfristens utløp.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Klagenemndas myndighet til å behandle klagen

- (23) Spørsmålet har vært behandlet av domstolene i tre instanser, og innklagede har fulgt domstolenes kjennelser. Dersom nemnda gir klager rett i sine anførsler, vil det i realiteten innebære at nemnda sier at staten har gjort en feil ved å ta domstolens vurdering til følge. Når spørsmålet om kvalifikasjon er avgjort ved kjennelse i tre instanser, gjør de samme hensyn seg gjeldende som når spørsmålet er avgjort ved dom i første instans. Klagen må på dette grunnlag avvises som ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndforskriften § 9.

Omgjøring av avvisningen av valgte leverandør

- (24) Valgte leverandør var kvalifisert, og det var dermed ikke i strid med regelverket å omgjøre avvisningsbeslutningen. Kvalifikasjonskravet var at nøkkelpersonell som skulle

gjennomføre betongrehabiliteringsarbeid måtte ha kompetansebevis, og dokumentasjon skulle vedlegges tilbudet. Det var ikke knyttet formkrav til oppfyllelsen av dokumentasjonskravet. Formålet med kravet var å sikre at leverandøren disponerer nøkkelpersonell med tilstrekkelig kompetanse. Kravet må forstås som at nøkkelpersonellet må ha fått utstedt kompetansebevis, ikke at personen faktisk må inneha kompetansebeviset. Valgte leverandør hadde dokumentert å ha kompetansebevis.

- (25) Dersom klagenemnda finner at det gjaldt et krav om å levere kompetansebeviset, må dette forstås som et dokumentasjonskrav. Hovedregelen er at manglende dokumentasjon ikke i seg selv medfører plikt til avvisning. Det forelå derfor ikke plikt til å avvise valgte leverandør.
- (26) Det ettersendte kompetansebeviset kunne uansett vektlegges. Lagmannsretten kom til at innklagede hadde plikt til å innhente det manglende kompetansebeviset etter reglene om ettersending og supplering, og denneplikten vil i realiteten bli innholdsløs dersom det ikke skulle være adgang til å vektlegge beviset når det var mottatt av innklagede.
- (27) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt tilstrekkelig dokumentasjon til at innklagede kunne bedømme om valgte leverandør oppfylte vilkårene for å få kompetansebevis ved tidspunktet før tilbudsfristens utløp.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av bruvedlikehold i Telemark som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke oppgitt i anbudsgrunnlaget, men det fremgikk av konkurransegrunnlaget at anskaffelsens verdi ble anslått til under EØS-terskelverdi, og at konkurransen skulle gjennomføres i henhold til forskriften del I og II. 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 II jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Klagenemndas myndighet til å behandle klagen

- (29) Det følger av klagenemndeforskriften § 6 (3) at *"Dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved dom i første instans kan klagen ikke tas til behandling."* I foreliggende sak har domstolene behandlet en begjæring om midlertidig forføyning, og avsagt kjennelse i dette spørsmålet. Spørsmålet som er gjenstand for klagen er dermed ikke avgjort ved *dom* i første instans, og klagenemnda kan derfor behandle klagen.

Omgjøring av avvisningen av valgte leverandør

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre beslutningen om å avvise valgte leverandør fra konkurransen, og så tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (31) Innklagede avviste først valgte leverandør fra konkurransen med den begrunnelse at denne ikke oppfylte konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav om kompetansebevis innen betongrehabilitering. Innklagede omgjorde senere beslutningen, og tildelte valgte leverandør kontrakten.. Det er på det rene at valgte leverandør tilbød den laveste prisen, og skulle tildeles kontrakten dersom avvisning ikke fant sted.

- (32) Det følger av forskriften § 13-3 (4) at oppdragsgiver kan annullere en tildelingsbeslutning frem til kontraktsinngåelse, dersom *"beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud)"*. Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning, herunder en vurdering av kvalifikasjoner, ut fra en endret skjønnsutøvelse, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2013/79 premiss (34) med videre henvisninger. Oppdragsgiver både kan og skal imidlertid rette opp regelbrudd ved den foregående evalueringen, selv om øvrige endringer basert på endret skjønnsmessig vurdering ikke er tillatt, jf. klagenemndas saker 2013/79 premiss (34), og 2014/102 premiss (16). I det foreliggende tilfellet innebærer dette at tildelingsbeslutningen bare kunne omgjøres dersom det var feil å avvise valgte leverandør, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (33) 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.
- (34) I konkurransegrunnlaget del B2 punkt 4.5.1 stod følgende kvalifikasjonskrav: *"For nøkkelpersonell som skal gjennomføre betongrehabiliteringsarbeid kreves det at personer har kompetansebevis innen betongrehabilitering, jfr. NS 3420 kap L8. Dokumentasjon av dette skal vedlegges tilbudet."* Blant kravene til dokumentasjon av kvalifikasjoner var det etterspurt: *"Kompetansebevis RPKU innen betongrehabilitering."*
- (35) Partene er for det første uenige om dette skulle forstås slik at oppfyllelse av kravet krevde innlevering av (kopi av) det fysiske kompetansebeviset. En naturlig forståelse av kvalifikasjonskravet er at tilbudt nøkkelpersonell måtte ha kompetansebevis RPKU innen tilbudsfristens utløp. Begrepet *"har kompetansebevis"* tilsier at et slikt bevis er utstedt av Betongopplæringsrådet. Hvorvidt vedkommende rent faktisk har det fysiske beviset i hende, kan ikke være avgjørende. Det tilhørende dokumentasjonskravet må etter dette forstås slik at tilbyderne skulle dokumentere at kompetansebevis RPKU var utstedt til tilbudt nøkkelpersonell. Det er på det rene at dokumentasjonskravet ville vært oppfylt ved at det ble levert inn kopi av kompetansebevis RPKU, men også annen dokumentasjon må godtas, dersom denne viser at tilbudt nøkkelpersonell har kompetansebevis RPKU. Oppdragsgivere har uansett ikke plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller dokumentasjonskravene såfremt det av tilbudet for øvrig fremgår at kvalifikasjonskravene er oppfylt, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2012/207 premiss (43) og 2014/124 premiss (31).
- (36) Innklagede la først til grunn at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet knyttet til kompetansebevis, utelukkende på det grunnlag at kopi av beviset ikke var vedlagt. Innklagede la altså til grunn en forståelse av kvalifikasjonskravet som ikke er forenlig med en naturlig forståelse av kvalifikasjonskravets ordlyd, og avviste valgte leverandør på dette grunnlag. Innklagede vurderte følgelig heller ikke om valgte leverandør på annen måte hadde dokumentert at Asbjørnhus hadde fått utstedt etterspurt kompetansebevis RPKU. Det forelå dermed en feil ved kvalifikasjonsvurderingen, og innklagede hadde en plikt til å foreta en ny vurdering av om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet, basert på en riktig forståelse av kvalifikasjonsgrunnlaget. Dersom innklagede etter en slik vurdering fant at valgte leverandør likevel var kvalifisert, ville innklagede ha en plikt til å foreta en ny vurdering av hvilken tilbyder som skulle tildeles kontrakten.
- (37) I tilbudet fra valgte leverandør fremgikk det at: *"Undertegnede Bent Asbjørnhus har gjennomført alle nødvendige kurs og har all relevant erfaring og utdanning"*

(dokumentasjon vedlagt). Selve kompetansebeviset er imidlertid ikke mottatt enda. Dette kan ettersendes på forespørsel". På tidspunktet for innklagedes nye vurdering av hvorvidt valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om kompetansebevis innen betongrehabilitering, hadde innklagede ettersendt kopi av dette kompetansebeviset for tilbudt nøkkelpersonell, og dette var utstedt før tilbudsfristens utløp.

- (38) Av forskriften § 12-4 fremgår det at "*oppdragsgiver kan anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes*". Forskriften § 12-4 må forstås slik at adgangen til å anmode om fremleggelse av dokumenter er betinget av at tilbudet allerede inneholder opplysninger som er relevant for oppfyllelsen av det aktuelle kvalifikasjonskravet, jf. blant annet klagenemndas sak 2014/2 premiss (32). I foreliggende sak var det inngitt en egenerklæring, samt en rekke kursbevis, slik at denne betingelsen er oppfylt. Ved at valgte leverandør hadde levert en egenerklæring og dokumentasjon på at Asbjørnhus hadde gjennomført alle nødvendige kurs og hadde all relevant erfaring og utdanning, hadde innklagede grunn til å vurdere det som sannsynlig at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om kompetansebevis innen betongrehabilitering, og innklagede kunne dermed ha bedt valgte leverandør om å sende inn kopi av kompetansebeviset, jf. tilsvarende i klagenemndas sak 2012/231. Det kan heller ikke utelukkes at en oppdragsgiver basert på de grunnleggende kravene i loven § 5 etter omstendighetene kan ha en plikt til å be en leverandør om å supplere eller utdype innlevert dokumentasjon, jf. Agder lagmannsretts kjennelse i foreliggende sak, og i denne retning klagenemndas sak 2015/10 premiss (43).
- (39) I foreliggende tilfelle hadde valgte leverandør altså underforstått formidlet at kompetansebeviset var utstedt, men "*imidlertid ikke mottatt enda*". Det var også varslet at kompetansebeviset kunne ettersendes. Valgte leverandør hadde på dette grunnlag en berettiget forventning om at innklagede ville etterspørre kopi av kompetansebeviset, dersom dette ble ansett nødvendig for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Når dokumentet i tillegg faktisk forelå for innklagede på vurderingstidspunktet, og innklagede kunne, og burde, ha etterspurt den ettersendte dokumentasjonen på et tidligere tidspunkt finner klagenemnda at det ville vært i strid med kravene til god forretningsskikk og forutberegnelighet i loven § 5 ikke å vektlegge kompetansebeviset ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (40) Det er på det rene at det ettersendte kompetansebeviset dokumenterer at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om kompetansebevis innen betongrehabilitering. Det er ikke bestridt at valgte leverandør hadde lavest tilbudspris. Det var dermed riktig å omgjøre tildelingsbeslutningen, og tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (41) Innklagede har etter dette ikke brutt regelverket ved å annullere avvisningen av valgte leverandør og den opprinnelige kontraktstildelingen, for å så tildele kontrakt til valgte leverandørs. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Statens Vegvesen Vegdiretoratet og Telemark fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk