



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Kvalifikasjonskrav. Vedståelse.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om "entreprise E51 Driftskontroll" i forbindelse med utbygging av Odderøya renseanlegg. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klager som følge av at klager ikke hadde erfaring med levering, programmering og idriftsettelse av toppsystemet WinCC OA. Subsidiært anførte klager at kvalifikasjonskravet var ulovlig. Klager anførte også at innklagede hadde brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør uten at vedståelsesfristen var forlenget på riktig måte. Det ble fremholdt at det på den bakgrunn måtte anses som en ulovlig direkte anskaffelse å inngå kontrakt med valgte leverandør. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 15. februar 2017 i sak 2016/115

Klager: Origo Solutions AS

Innklaget: Kristiansand kommune

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Kristiansand kommune (innklagede) kunngjorde 7. juli 2015 en konkurranse med forhandling om "entreprise E51 Driftskontroll" i forbindelse med utbygging av Odderøya renseanlegg. Rambøll Norge AS gjennomførte anskaffelsen på vegne av innklagede. Anskaffelsens verdi var estimert til 16 millioner kroner. Frist for forespørsel om deltakelse var 27. august 2015. Det ble angitt i kunngjøringen at antall leverandører som ville bli invitert til å delta var "[p]lanlagt minimum 3 og maks antall 5".
- (2) Det var angitt i kunngjøringen punkt II.1.5 hva anskaffelsen omfattet:

"Følgende hovedelementer skal leveres, monteres, programmeres, testes og idriftsettes av entreprise E51:

- *Elkraftfordelinger med PLS-er til driftstekniske installasjoner (434) VVS og lignende*
- *Elkraftfordelinger med PLS-er til virksomhet (435) Prosess*
- *Store ombygginger i eksisterende fordelinger inkludert omprogrammering av eksisterende PLS-er av type Mitsubishi Q-serie fra 2013.*
- *Levering og programmering av frekvensomformere. Montering av omformere inngår i entreprise E41.*
- *I eksisterende "Toppsystem" (WinCC OA) (se vedlagt topologi) skal det suppleres med*

utstyr, omprogrammere eksisterende skjermbilder, programmering av nye skjermbilder med mer."

- (3) Anskaffelsen ble gjennomført i to trinn. Det var angitt i prekvalifiseringsgrunnlaget at *"[a]nskaffelsen innledes med denne prekvalifiseringen (trinn 1), der det vil skje en utvelgelse av de tilbydere som får invitasjon til å delta i konkurransen (trinn 2)".*

- (4) Kvalifikasjonskravene var angitt i kapittel 5. Om kvalifikasjonskravene var det angitt:

"For å avgjøre om tilbyder har tilstrekkelige kvalifikasjoner vil kriterier, krav og dokumentasjon beskrevet i tabellen nedenfor legges til grunn.

Kristiansand Ingeniørvesen har i dag et "Toppsystem", som er basert på WinCC OA, dette overvåker flere anlegg. Dette Toppsystemet skal videreføres og søker må derfor ha erfaring fra denne plattformen."

- (5) Et av kvalifikasjonskravene var at leverandøren *"skal ha god erfaring fra relevante oppdrag de siste fem årene, inkludert erfaring med levering, programmering og idriftsettelse av "toppsystem" (WinCC OA) og PLS-er i industrianlegg, samt tavlebygging i henhold til tavlenormen og maskinforskriften".*

- (6) Dokumentasjonskravet knyttet til dette kvalifikasjonskravet var følgende:

"Foretakets fem viktigste relevante (tilsvarende eller lignende) arbeider de siste fem årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker.

Foretaket må dokumentere referanseoppdrag som inkluderer levering, programmering og idriftsettelse av "Toppsystem" (WinCC OA) og PLS-er i industrianlegg, samt tavlebygging i henhold til tavlenormen og maskinforskriften.

Redegjørelsen skal inneholde en beskrivelse av leveransens omfang, samt navn på kontaktpersoner med kontaktdata (telefonnummer og e-postadresse).

Oppdragsgiver tar forbehold om å kontakte referansepersoner. Oppdragsgiver kan også vektlegge egne dokumenterte erfaringer.

Dersom foretaket nylig er oppstartet slik at det ikke kan fremlegge ovennevnte dokumentasjon, kan foretaket godtgjøre sin tekniske kapasitet ved personlige erfaringer fra nøkkelroller ved gjennomføring av aktuelle prosjekter i tidligere arbeidsforhold.

Den som støtter seg på andre foretak skal vedlegge tilsvarende dokumentasjon for disse foretakene, samt forpliktelseserklæring, jfr. punkt 5.2 tredje avsnitt bokstav b."

- (7) I prekvalifiseringsgrunnlaget kapittel 6 var det angitt kriterier for utvelgelse av deltakere til konkurransens andre fase. Kriteriet *"god erfaring fra relevante oppdrag de siste fem årene, inkludert erfaring med levering, programmering og idriftsettelse av "Toppsystem" (WinCC OA) og PLS-er i industrianlegg, samt tavlebygging i henhold til tavlenormen og maskinforskriften"* var vektet 60 %, og kriteriet *"tilstrekkelig kapasitet og gjennomføringsevne"* var vektet 40 %. Det var oppgitt at det for begge kriterier ville bli benyttet en poengskala fra 1 til 10.

- (8) Det kom inn seks forespørsler om deltakelse i konkurransen innen fristen. Det fremgikk av *"Evaluering og innstilling prekvalifisering E51"* datert 18. september 2015, at alle tilbyderne ble ansett kvalifisert i henhold til kvalifikasjonskravene.
- (9) Under punkt 3.1 *"Evaluering –oppsummering og innstilling"* gikk det frem:
- "• - Tilbyder 1[klager] har ikke erfaring med WinCC OA, men oppgir bred erfaring med andre toppsystemer. Tilbyder har ikke dokumentert erfaring med tavlebygging i hht Maskinforskriften.*
- Tilbyder 2 har oppgitt erfaring med WinCC OA og tavlebygging i hht Maskinforskriften.*
 - Tilbyder 3 har ikke levert dokumentasjon på erfaring med WinCC OA, men de har tilknyttet seg underleverandør til dette. Tilbyder har ikke levert dokumentasjon på tavlebygging i hht Maskinforskriften.*
 - Tilbyder 4 [valgte leverandør] har ikke levert dokumentasjon på erfaring med tavlebygging i hht Maskinforskriften. Tilbyder har erfaring med WinCC OA.*
 - Tilbyder 5 har ikke oppgitt erfaring med WinCC OA. Tilbyder har 11 ansatte, derav 2 i administrative stillinger. Tilbyder 5 er eneste tilbyder som ikke gis full score på kapasitet og gjennomføringsevne.*
 - Tilbyder 6 har ikke levert dokumentasjon på erfaring med tavlebygging i hht Maskinforskriften, heller ikke erfaring med WinCC OA.*
- (10) Fem tilbydere ble invitert videre i konkurransen ved e-post av 25. september 2015. Konkurranses grunnlaget ble sendt ut til tilbyderne i januar 2016. Tilbudsfristen var ifølge konkurranses grunnlaget 1. mars 2016. Vedståelsesfristen var angitt til *"3 måneder fra tilbudsfristens utløp"*.
- (11) Fire tilbydere leverte tilbud i konkurransen. I anskaffelsesprotokollen fremgikk det at de to dyreste tilbudene ikke ble ansett å ha en reell mulighet til å vinne konkurransen. Derfor ble de to øvrige tilbyderne innkalt til videre forhandlinger.
- (12) Ved e-post av 2. mai 2016 ble det opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Origo Solutions AS (klager).
- (13) Tratec Norcon AS, som var rangert som nummer to i konkurransen begjærte midlertidig forføyning 19. mai 2016. Ved brev av 24. mai 2016 ble klager avvist fra konkurransen. Begrunnelsen for avvisningen var manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og det ble henvist til at *"Origo har dokumentert god relevant erfaring, men har ikke dokumentert erfaring med levering, programmering og idriftsettelse av "toppsystem" (WinCC OA)"*.
- (14) Ved e-post 25. mai 2016 ba innklagede Tratec Norcon AS (valgte leverandør) om å forlenge vedståelsesfristen:
- "Kristiansand kommune v/Ingeniørvesenet har mottatt begjæring om midlertidig forføyning vedr. tildelingen, og det er foretatt en juridisk vurdering av de fremsatte påstander, som konkluderer med at det er foretatt en uriktig evaluering, og Origo er nå blitt avvist.*
- Vedståelsesfristen for tilbudene går ut 1. juni, og vi ønsker bekreftelse fra Tratec om forlengelse av vedståelsesfristen."*

- (15) Valgte leverandør svarte ved e-post av samme dag at "[v]i bekrefter forlengelsen av vedståelsesfristen i vårt tilbud".
- (16) Klager påklaget avvisningen, og begjærte deretter midlertidig forføyning 8. juni 2016. I kjennelse fra Kristiansand tingrett 27. juni 2016 ble ikke klager gitt medhold.
- (17) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 8. juli 2016.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. februar 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager. Erfaring med WinCC OA var ikke et minimumskrav til deltakelse i konkurransen. Klager la til grunn at bred erfaring med andre toppsystemer kompenserte for manglende erfaring med WinCC OA. Innklagede kan ikke endre sin egen forståelse av kvalifikasjonskravet etter tildelingen med den konsekvens at klager avvises.
- (20) Subsidiært, forutsatt at innklagede har stilt et kvalifikasjonskrav til erfaring med WinCC OA, har innklagede brutt loven § 5 og forskriften § 17-4 ved å oppstille et ulovlig kvalifikasjonskrav som begrenser konkurransen mer enn nødvendig. Det er ikke riktig at det ville krevd merarbeid fra innklagedes side i forhold til opplæring. Det hadde vært tilstrekkelig for klager å forholde seg til spesifikasjonene for leveransen. Dette er spesifikasjoner (detaljerte tegninger, lister og interface-dokumenter) som det er selvfølgelig for en leverandør å måtte forholde seg til ved sin leveranse, og er en naturlig del av enhver prosesskontroll-leveranse.
- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør, uten at vedståelsesfristen var forlenget på riktig måte. Etter forskriften § 19-6 skal en vedståelsesfrist angis med dato og klokkeslett. E-posten fra valgte leverandør kan derfor ikke anses som en forlengelse av vedståelsesfristen, og valgte leverandør hadde således ikke lenger et gyldig tilbud i konkurransen. Det må anses som en ulovlig direkte anskaffelse å inngå kontrakt med valgte leverandør.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klager som følge av manglende erfaring med toppsystemet WinCC OA. Det ble gjort en feil i den første kvalifikasjonsvurderingen, da man mente man hadde mulighet til å foreta en utvelgelse og rangering ut fra hvor godt utvelgelseskriteriet var oppfylt. Under den opprinnelige evalueringen vurderte kommunens rådgivere at enkelte leverandører på sikt kunne opparbeide seg den etterspurte kompetansen innen WinCC OA. Dette innebar at leverandører som ikke hadde erfaring med WinCC OA ble kvalifisert, i strid med kvalifikasjonskravet.
- (23) Innklagede har ikke stilt et ulovlig kvalifikasjonskrav. Kravet var saklig begrunnet og lovlig. Toppsystemet WinCC OA styrer kommunens avløpsanlegg. Erfaring og kompetanse med systemet var viktig for å sikre god leveranse og driftssikkerhet i hele kontraktsperioden. Innklagede var kjent med at flere leverandører hadde slik erfaring, slik at konkurransehensynet var ivaretatt. Det å kunne tilegne seg kompetanse og erfaring innen WinCC OA på sikt, ville kreve ressurser både fra oppdragsgiver og leverandør med

henblikk på opplæring innen systemet, samt erfaring med systemet over lengre tid. Dette ville innebære en risiko og en negativ konsekvens for kontraktsgjennomføringen.

- (24) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør, uten at vedståelsesfristen var forlenget på riktig måte. Det er ikke noe formkrav til forlengelsen av vedståelsesfristen. Vedståelsesfristen er gyldig forlenget ved bekreftelsen gitt fra valgte leverandør på e-post, samt ved konkludent adferd. Etter at klager var blitt avvist, var valgte leverandør dermed innstilt som vinner av konkurransen. Som følge av dette bekreftet valgte leverandør forlengelse av vedståelsesfristen. Da klagers midlertidige forføyning ikke ble tatt til følge, ble kontraktsmøte avtalt og kontrakt ble inngått med valgte leverandør 8. juli 2016. Ved forlengelse av vedståelsesfristen etter forskriften § 19-6 (3) gjelder det ikke samme krav som til oppdragsgivers angivelse av vedståelsesfristen.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av *"entreprise E51 Driftskontroll"* i forbindelse med utbygging av Odderøya renseanlegg. Kontraktens verdi er estimert til 16 millioner kroner. Konkurransen er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse med kunngjøringsskjemaet som gjelder for forskriften del III. CPV-koden angitt i kunngjøringen var 45310000, *"Installasjon av elektriske ledninger og armaturer"*. På bakgrunn av dette legger nemnda til grunn at anskaffelsen, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser, følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klager

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager som følge av at klager ikke hadde erfaring med levering, programmering og idriftsettelse av toppsystemet WinCC OA. Dette begrunner klager med at det ikke var stilt et kvalifikasjonskrav om erfaring med WinCC OA.
- (27) Innklagede anså først klager som kvalifisert, og klager ble tildelt kontrakten. Innklagede omgjorde senere tildelingsbeslutningen, og avviste klager fra konkurransen som følge av manglende erfaring med levering, programmering og idriftsettelse av toppsystemet WinCC OA.
- (28) Det følger av forskriften § 22-3 (5) at oppdragsgiver kan annullere en tildelingsbeslutning frem til kontraktsinngåelse, dersom *"oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)"*. En tildelingsbeslutning kan også annulleres når det foreligger en feil ved kvalifikasjonsvurderingen, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2015/26 premiss (32). Oppdragsgiver både kan og skal rette opp regelbrudd ved den foregående evalueringen, men endringer basert på en endret skjønnsmessig vurdering er ikke tillatt, jf. klagenemndas saker 2013/79 premiss (34) og 2014/102 premiss (16). I vår sak innebærer dette at tildelingsbeslutningen bare kunne omgjøres dersom det var feil å anse klager som kvalifisert, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a.
- (29) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*.

- (30) Ett av kvalifikasjonskravene i konkurransen var at leverandøren *"skal ha god erfaring fra relevante oppdrag de siste fem årene, inkludert erfaring med levering, programmering og idriftsettelse av "toppsystem" (WinCC OA) og PLS-er i industrianlegg, samt tavlebygging i henhold til tavlenormen og maskinforskriften"*.

- (31) Om kvalifikasjonskravene var det også generelt angitt:

"For å avgjøre om tilbyder har tilstrekkelige kvalifikasjoner vil kriterier, krav og dokumentasjon beskrevet i tabellen nedenfor legges til grunn.

Kristiansand Ingeniørvesen har i dag et "Toppsystem", som er basert på WinCC OA, dette overvåker flere anlegg. Dette Toppsystemet skal videreføres og søker må derfor ha erfaring fra denne plattformen."

- (32) Klagenemnda forstår på denne bakgrunn kvalifikasjonskravet slik at det var stilt krav om at referanseoppdragene skulle inkludere levering, programmering og idriftsettelse av toppsystemet WinCC OA. Klager hadde ikke erfaring med dette toppsystemet, og innklagede hadde dermed plikt til å avvise klager, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen inneholdt dermed en feil, og innklagede hadde dermed en rett og plikt til å annullere tildelingsbeslutningen.

- (33) Avvisningen av klager er rettmessig, og anførselen fører ikke frem.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (34) Klager anfører at innklagede har brutt loven § 5 og forskriften § 17-4 ved å oppstille et ulovlig kvalifikasjonskrav som begrenser konkurransen mer enn nødvendig.

- (35) Det følger av forskriften § 17-4 (2) at kvalifikasjonskravene skal *"sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres"*.

- (36) Det at kvalifikasjonskravet skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene, innebærer at kvalifikasjonskravet må relatere seg til de ytelsene som skal anskaffes. Et kvalifikasjonskrav om erfaring nettopp fra det systemet som anskaffelsen gjaldt vil ha denne nødvendige tilknytningen. Det følger også av § 17-4 (2) at kvalifikasjonskravet skal stå i forhold til ytelsen som skal leveres. I dette ligger det et krav om at det ikke kan oppstilles kvalifikasjonskrav som unødvendig utelukker leverandører fra å delta i konkurransen. Slik saken er opplyst har nemnda ikke grunnlag for å konkludere med at kvalifikasjonskravet unødvendig utelukker leverandører fra deltakelse.

- (37) Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Vedståelsesfrist

- (38) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør uten at vedståelsesfristen var forlenget på riktig måte. Dette er begrunnet med at e-posten fra valgte leverandør hvor det bekreftes at vedståelsesfristen forlenges, ikke angir forlengelsen av fristen med dato og klokkeslett.

- (39) Klager har i forlengelsen av dette hevdet at det også må anses som en ulovlig direkte anskaffelse å inngå kontrakt med valgte leverandør. Dette kan imidlertid ikke føre frem. Det vil kun være tale om en ulovlig direkte anskaffelse dersom forlengelsen fører til en *"vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud"*, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/97. Klagenemnda skal likevel ta stilling til om regelverket er brutt ved at det ikke ble fastsatt et bestemt tidspunkt for hvor lenge valgte leverandørs vedsto seg sitt tilbud.
- (40) Det følger av forskriften § 19-6 (1) at oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir tiden tilbudene er bindende. Bestemmelsens tredje ledd gir oppdragsgiver adgang til å spørre de leverandørene som har levert inn tilbud og som ikke har blitt avvist etter § 20-12 eller § 20-13, eller som ikke har fått tilbudet forkastet etter § 20-8 eller § 20-11, om å forlenge vedståelsesfristen.
- (41) I vår sak var vedståelsesfristen fastsatt til tre måneder fra tilbudsfristens utløp 1. mars 2016, det vil si frem til 1. juni 2016. Innklagede ba 25. mai 2016 valgte leverandør om å forlenge vedståelsesfristen. Valgte leverandør svarte ved e-post av samme dag at *"[v]i bekrefter forlengelsen av vedståelsesfristen i vårt tilbud"*. Kontrakt ble inngått 8. juli 2016, i overkant av fem uker etter den opprinnelige vedståelsesfristen.
- (42) Det følger av forskriften § 19-6 (1) at oppdragsgiver skal angi vedståelsesfristen med *"dato og klokkeslett"*. I tidligere klagenemndspraksis er det stilt krav om at *"[n]år en så presis frist skal forlenges, kreves det en tydelig angivelse av den nye fristen"*, jf. eksempelvis sak 2005/189 premiss (68). I sak 2008/13 premiss (32) uttalte klagenemnda at fristen ikke var angitt tilstrekkelig presist i et tilfelle hvor det var avtalt vedståelsesfrist *"inntil innklagede var klar til å inngå kontrakt"*. I NOU 2010:2 på side 165 uttales at *"[d]et bør være opp til leverandørene hvor lenge de ønsker å vedstå seg sine tilbud"*. Som eksempel vises det til at det kan være *"hensiktsmessig å forlenge fristen til «én måned etter at håndhevelsesorganet har behandlet klagen» eller liknende, slik at oppdragsgiver får tid til å slutføre konkurransen etter at en klage er behandlet"*. Klagenemnda er enig i disse betraktningene og legger til grunn det samme. På samme side uttales også at hvorvidt vedståelsesfristen kan anses forlenget, bør bero på alminnelige avtalerettslige prinsipper. Det er da naturlig å legge til grunn det samme for spørsmålet om hvor lenge vedståelsesfristen kan anses forlenget.
- (43) Da kontrakt ble tildelt klager, begjærte valgte leverandør midlertidig forføyning. Innklagede avviste klager 24. mai 2016. Dagen etter ba innklagede valgte leverandør om å forlenge vedståelsesfristen, hvorpå valgte leverandør svarte at *"[v]i bekrefter forlengelsen av vedståelsesfristen i vårt tilbud"*. Klager påklaget avvisningen, og begjærte midlertidig forføyning 8. juni 2016. I kjennelse fra Kristiansand tingrett 27. juni 2016 ble klager ikke gitt medhold, og kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 8. juli 2016. På det tidspunktet vedståelsesfristen ble forlenget, er det naturlig å forstå valgte leverandørs forlengelse av vedståelsesfristen slik at tilbudet var bindende innenfor det tidsrommet en eventuell klagebehandling ville ta. Dette tilsvarer eksempelet på forlengelsen som er nevnt i NOU 2010:2, *"«én måned etter at håndhevelsesorganet har behandlet klagen» eller liknende"*. Vedståelsesfristen må derfor anses forlenget i tråd i tråd med regelverket, og valgte leverandørs tilbud var fortsatt bindende på tidspunktet kontrakt ble inngått.
- (44) Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

Konklusjon:

Kristiansand kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk