



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelsen av en rammeavtale for spyling av kommunale avløpsledninger i kommunene Tønsberg, Nøtterøy og Tjøme. Klager anførte at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av forhold ved leverandøren, og fordi tilbudet inneholdt et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. april 2017 i sak 2017/16

Klager: Spyleteknikk AS

Innklaget: Tønsberg, Nøtterøy og Tjøme kommuner ved Tønsberg kommune bydrift

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kristian Jåtog Trygstad og Gro Amdal

Bakgrunn:

- (1) Tønsberg, Nøtterøy og Tjøme kommuner (heretter innklagede) kunngjorde 26. september 2016 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for spyling av kommunale avløpsledninger i kommunene Tønsberg, Nøtterøy og Tjøme. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.4 estimert til mellom kroner 5 500 000 og 7 000 000. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at rammeavtalens varighet skulle være 2 år, med en mulig forlengelse på ytterligere 2 år.
- (2) Ved beskrivelsen av "*oppdragets omfang*" i konkurransegrunnlaget punkt 1.1 var det opplyst om den enkelte kommunes budsjett for spyling pr. år, antatt spylemengde per år, rørtyper og dimensjonene for avløpsrørene i den enkelte kommune.
- (3) Videre fremgikk det under punkt 1.2 presentasjon av oppdragsgiver, hvor mange innbyggere hver av kommunene hadde, og hvilke kommuner som ville bli sammenslått til nye kommuner.
- (4) I konkurransegrunnlaget del 3 "*kvalifikasjonskrav*" fremgikk det under punkt 5 "*Teknisk og faglig kompetanse*" at det kreves at "*tilbyderen har god erfaring fra tilsvarende oppdrag med spyling av kommunale ledninger i det omfang som det etterspørres her.*"
- (5) Som dokumentasjon på at kravet var oppfylt skulle leverandørene inngi en oversikt over tilsvarende oppdrag for de siste tre årene. Dette skulle fylles ut som et dokument om referanseprosjekter.
- (6) Under punktet "*Referanser*" fremgikk det at leverandørene skulle gi en "*beskrivelse av oppdrag, omfang, navn på oppdragsgiver, person, telefonnummer og helst email adresser. Referansene skal relatere seg til lignende oppdrag som det etterspørres i konkurransen.*"

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2 fremgikk kravspesifikasjonen. Innklagede presiserte innledningsvis at *"[t]ilbyderen må akseptere/oppfylle kravene for å kunne bli valgt som leverandør. Dette gjelder eget eller innleid utstyr. Tilbyder skal krysse av for JA at kravet er bekreftet og akseptert."*
- (8) Det var videre presisert at punkt 1, 2, 3, 8 og 12 var *"minimumskrav"*, og at leverandørene skulle beskrive hvordan disse kravene skulle oppfylles. I punkt 1 og 2 fremgikk det at leverandørene måtte kunne spyle ledninger i størrelsesorden 100 mm - 1200 mm, og at leverandørene måtte kunne rengjøre kulverter opptil 1600 mm. I punkt 3 var det stilt krav til rotkuttingsutstyr. I punkt 8 var det krav til at leverandørene måtte kunne rykke ut på henholdsvis 2 og 3 timer, og under punkt 12 var det krav til bruk av varmt vann for rør med store fettavleiringer.
- (9) De øvrige kravene som ikke var angitt som minstekrav knyttet seg i hovedsak også til utstyr og kompetanse.
- (10) Under punkt 7 i kravspesifikasjonen fremgikk det at *"[o]peratøren skal ha sertifisert kurs eller tilsvarende for spyling regi av Rin-Norge eller tilsvarende"*. Som dokumentasjon for at dette kravet var oppfylt skulle leverandørene svare *"ja"* på at kravet ble bekreftet og akseptert. I tillegg fremgikk det under punktet *"Personell, som skal benyttes i rammeavtalen"*, at leverandørene skulle legge frem *"kopier av samtlige bevis/CV"* senest ved kontraktsinngåelse.
- (11) Under punkt 9 i kravspesifikasjonen fremgikk det at *"[u]tstyret som skal brukes i avtalen skal ikke være eldre enn 10 år"*. Som dokumentasjon for at dette kravet var oppfylt skulle leverandørene svare *"ja"* på at kravet ble bekreftet og akseptert. I tillegg fremgikk det under punktet *"Spesifikasjoner av spyleutstyr m.m, som skal benyttes i rammeavtalen"*, at leverandørene skulle legge ved kopi av bilen(ene)s vognkort. I tillegg måtte leverandørene oppgi tillatt slammengde på bilen, vannmengde på bilen, driftstrykk v/spylespiss, pumpekapasitet, maks spylelengde, type rotkuttingsutstyr og alder på dette utstyret, og eventuelt annet tilleggsutstyr.
- (12) Innklagede mottok tre tilbud fra henholdsvis Spyleteknikk AS (heretter klager), TT-teknikk AS, og Norsk Gjenvinning AS (heretter valgte leverandør) per tilbudsfristen den 2. november 2016.
- (13) I tilbudet fra valgte leverandør var det oppgitt tre referanseprosjekter fra henholdsvis Larvik, Tjøme og Bamble kommune. Det første referanseprosjektet var i Larvik kommune, knyttet til tømning og spyling av pumpestasjoner og rør. Det andre referanseprosjektet var årlig spyling av ledningsnett, og all septikktanktømning i Tjøme kommune. Det siste referanseprosjektet var i Bamble kommune, og gjaldt også tømning av septikk- og spyling av rørnett. For hvert av referanseprosjektene var det angitt et omsetningstall.
- (14) I tilbudets besvarelse vedrørende kravspesifikasjonens punkt 7 oppgav valgte leverandør fire personer som skulle benyttes i rammeavtalen. En person hadde operatørbevis fra mars 2000, mens det for de tre andre var opplyst at det var bestilt kurs, med estimert kursstart januar 2017. For punkt 9 krysset valgte leverandør av for at kravet om at utstyret ikke skulle være eldre enn 10 år, var bekreftet og akseptert. Det fremgikk imidlertid under punktet *"spyleutstyr m.m. som skal benyttes i avtalen"* at en av de tilbudte bilene var

førstegangsregistrert 27. juni 2006. I tilbudet ble det angitt *"ingen forbehold"* ved utfyllingen av punkt 5 *"Forbehold"* i konkurransegrunnlaget.

(15) Innklagede avventer kontraktsinngåelse til saken er behandlet i klagenemnda.

(16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. mars 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(17) Valgte leverandør oppfylte ikke kvalifikasjonskravene oppstilt i konkurransegrunnlaget. Valgte leverandør hadde ikke erfaring fra prosjekter av det omfang som ble etterspurt i konkurransegrunnlaget. Innklagede har derfor brutt forskriften § 20-12 første ledd, bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør.

(18) Innklagede har videre brutt regelverkets krav til etterprøvbarehet ved ikke å ha dokumentert sin vurdering av om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet.

(19) Innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kravet om at operatøren skal ha sertifisert kurs og kravet om at utstyret ikke skulle være eldre enn 10 år. Klager viser til at valgte leverandør i en ukjent periode fra den forutsatte kontraktsoppstart ikke ville kunne oppfylle kravet til sertifisert personell. Klager viser også til at innklagede stilte krav til at kjøretøyene som skulle benyttes i avtalen skulle listes opp, og at dette ble gjort for at oppdragsgiver skulle kunne kontrollere at kjøretøyene var i tråd med de krav som var stilt. Kravet var derfor ikke et kontraktsgjennomføringskrav. Det fremgår også klart og tydelig at alle kravene skulle oppfylles, uavhengig av om kravene var beskrevet som krav eller minstekrav.

(20) Valgte leverandør har videre opplyst at kursstart for operatørbevis var januar 2017. Kursarrangøren har imidlertid i desember 2016 opplyst at et kurs tidligst ville bli gjennomført i løpet av februar 2017, og klager anfører at et kurs ikke ble gjennomført før i mars 2017. Dette er å anse som *"grovt misvisende eller feilaktige opplysninger"* som gir grunnlag for avvisning etter forskriften § 20-12 (2) bokstav g.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(21) Valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet knyttet til erfaring, det foreligger derfor ikke grunnlag for avvisning.

(22) Verken kravet til sertifisering eller krav til utstyr utgjorde minimumskrav, men begge kravene var å anse som kontraktsgjennomføringskrav. Valgte leverandør hadde også krysset av for at de aksepterte kravene, og tok ingen forbehold. Oppdragsgiver måtte kunne legge til grunn de opplysningene som fremkom av tilbudet. For det tilfellet at valgte leverandør ikke oppfylte kravspesifikasjonen reguleres dette av kontraktsrettslige regler, og ikke av anskaffelsesregelverket. Forutsatt at det forelå avvik var avviket uansett ikke vesentlig.

(23) Bestemmelsen i forskriften § 20-12 (2) bokstav g, gir oppdragsgiver en rett, men ikke en plikt til å avvise som følge av uriktige opplysninger. Opplysningene som ble inngitt av valgte leverandør var uansett ikke så misvisende at de gav grunnlag for avvisning.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av en rammeavtale for spyling av avløpsrør som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 16. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 estimert til kroner 5 500 000 og 7 000 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 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 og 2-2.

Oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

- (25) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*.
- (26) Valgte leverandør skulle ifølge klager vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om *"god erfaring fra tilsvarende oppdrag med spyling av kommunale ledninger i det omfang som det etterspørres her."* Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres ved å oppgi referanseprosjekter som gav en *"beskrivelse av oppdrag, omfang, navn på oppdragsgiver, person, telefonnummer og helst email adresser. Referansene skal relatere seg til lignende oppdrag som det etterspørres i konkurransen."* Det var ikke gitt noen nærmere definisjon i konkurransegrunnlaget av begrepet «omfang», relatert til dette kvalifikasjonskravet.
- (27) Det er ikke omtvistet at valgte leverandør hadde erfaring med tilsvarende oppdrag. Spørsmålet er om innklagede gjennomførte et lovlig skjønn av om valgte leverandør hadde erfaring med oppdrag *"i det omfang som etterspørres her"*. Spørsmålet er da for det første om innklagede ved evalueringen har lagt til grunn en forståelse av begrepet *"omfang"* som faller inn under en naturlig språklig forståelse av dette, og for det andre om valgte leverandør hadde erfaring i dette omfanget.
- (28) Innklagede har i sitt tilsvarende opplyst at det er foretatt en skjønnsmessig helhetsvurdering, og at *"relevante størrelser"* ved vurderingen er innbyggertallet i de aktuelle kommunene, areal i km², og årlig økonomisk verdi av kontraktene. Slik saken er opplyst, legger nemnda til grunn at det var disse tre momentene som inngikk i innklagedes konkrete vurdering av om kvalifikasjonskravet var oppfylt. Slik kvalifikasjonskravet var formulert kan ikke klagenemnda se at innklagedes valg av konkrete momenter i vurderingen av *"omfang"* av referanseprosjektene var usaklig eller uforsvarlig; alle momentene ligger innenfor en naturlig forståelse av dette begrepet.
- (29) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at anslått verdi per år over avtalens totalt fire år er mellom kroner 1.375.000 og 1.750.000. Valgte leverandør har angitt estimert årlig omsetning for de tre referanseprosjektene, og ett av disse har en omsetning som er i samme størrelsesorden som det anslåtte for den aktuelle anskaffelsen. Etter det som er opplyst har innklagede imidlertid ikke gjort en vurdering av om dette er tilstrekkelig; ved vurderingen har innklagede sett alle tre referanseprosjektene under ett. Valgte tilbyder har opplyst at referanseprosjektene er fra de siste 3 år, og angitt *"estimert årlig omsetning"* for hvert enkelt av prosjektene. Slik dette er formulert i tilbudet, kan det legges til grunn at det er en overlap mellom prosjektene i en slik grad at det ikke er usaklig og eller uforsvarlig å se dem i sammenheng, ved vurderingen av om leverandøren har den erfaring som kreves i henhold til kvalifikasjonskravet. Nemnda har også under tvil kommet til at innklagede må anses å ha oppfylt kravet til etterprøvbarehet, til tross for at det ikke er

fremlagt dokumentasjon om denne vurderingen, som stammer fra det tidspunkt vurderingen faktisk ble gjennomført. Klagers anførsler vedrørende innklagedes evaluering av den valgte leverandørs kvalifikasjoner fører derfor ikke frem.

Vesentlig avvik

- (30) Klager har videre anført at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kravene om at operatørene skal ha sertifisert kurs eller tilsvarende, og at utstyret ikke skulle være eldre enn 10 år.

- (31) Det fremgår av forskriften 20-13 (1) bokstav e at:

"Et tilbud skal avvises når [...] det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget".

- (32) For at oppdragsgiver skal ha plikt til å avvise et tilbud, må avviket fra kravspesifikasjonene være vesentlig.

- (33) Når det gjelder spørsmålet om et avvik er vesentlig, har klagenemnda uttalt følgende i sak 2008/58 premiss (46):

"Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig innholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt."

- (34) Det fremgikk av kravspesifikasjonen at operatøren skulle ha sertifisert kurs eller tilsvarende for spyling i regi av Rin-Norge eller tilsvarende. Valgte leverandør tilbød fire personer som skulle benyttes i rammeavtalen, hvor en hadde operatørbevis fra mars 2000. Det fremgikk at for de tre andre var det bestilt kurs, med estimert kursstart januar 2017.

- (35) I konkurransegrunnlaget var det fastsatt en rekke krav som var eksplisitt angitt som *"minimumskrav"*. Kravene til alder på utstyr og krav til sertifisering var ikke blant disse, og det er derfor naturlig å forstå konkurransegrunnlaget slik at eventuelle avvik fra disse kravene ikke uten videre ville lede til avvisning.

- (36) Av tilbudet fra valgte leverandør fremgikk det at kun én av de 4 tilbudte operatørene hadde operatørbevis, mens de øvrige var meldt på det aktuelle kurset. Kravet om sertifisering ville således ikke være oppfylt i starten av avtaleperioden. Det ville imidlertid være snakk om en kort periode sett i forhold til den totale kontraktslengden, og slik saken er opplyst kan det ikke legges til grunn at leverandøren ikke ville være i stand til å gjennomføre spylingen av ledningene allerede fra oppstart. Manglende sertifisering i en kortere midlertidig periode kan etter dette ikke anses som et vesentlig avvik som skal medføre avvisning av tilbudet.

- (37) Klager anfører videre at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fordi det inneholder avvik fra kravet til at utstyret ikke skulle være eldre enn 10 år.

- (38) Ett av de tre kjøretøyene som er tilbudt av valgte leverandør under punktet *"spyleutstyr m.m. som skal benyttes i avtalen"* hadde registreringsdato 27. juni 2006. Kjøretøyet var altså 10 år.

- (39) Valgte leverandør krysset av for at kravet om at "[u]tstyret som skal brukes i avtalen skal ikke være eldre enn 10 år". Dette hindrer i dette tilfellet ikke bruk av kjøretøy som er 10 år. Kjøretøyet vil derfor kunne benyttes fra oppstart av avtalen frem til det er 11 år. Det foreligger derfor ikke noe avvik fra konkurransegrunnlagets krav som nevnt, i tilbudet fra valgte leverandør. Anførselen fører derfor ikke frem.

Grovt misvisende eller feilaktige opplysninger

- (40) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Etter klagers syn gav valgte leverandør "*grovt misvisende eller feilaktige opplysninger*", jf. forskriften § 20-12 (2) bokstav g, ved å opplyse om at kursstart var januar 2017. I tilbudet fra valgte leverandør var det ikke opplyst at det ville bli gjennomført kurs med start i januar, men angitt at kurs var bestilt, og at det var "*estimert*" oppstart i januar. Nemnda kan derfor ikke se at det var gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger. Anførselen fører ikke frem.

Konklusjon:

Tønsberg, Nøtterøy og Tjøme kommuner har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk