



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, Ettersending/supplering, Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om elektrikertjenester og elektromateriell. Klager ble først tildelt kontrakten, men tildelingsbeslutningen ble annullert etter at innklagede besluttet å avvise klager på grunn av manglende levering av utfylt ESPD-skjema sammen med tilbudet. Klagenemnda kom til at forskriften § 23-5 (1) åpnet for å be om ettersending av ESPD-skjemaet, slik innklagede opprinnelig hadde gjort. Avvisningen var derfor urettmessig, og endringen av tildelingsbeslutningen utgjorde et brudd på forskriften § 25-1 (4).

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2017 i sak 2017/95

Klager: Elektro Installasjon AS

Innklaget: Bodø kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Bodø kommune (heretter innklagede) kunngjorde 28. februar 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om elektrikertjenester og elektromateriell. Tilbudsfristen var 4. april 2017.
- (2) Konkurransen ble kunngjort på vegne av innklagede og en rekke andre kommuner. Av konkurransegrunnlaget punkt 1.1 fremgikk det at det ville bli kommunevise tildelinger av kontrakter med en rangering av inntil tre leverandører per kommune. En av disse kommunene var Sortland kommune, som denne saken gjelder.
- (3) Kvalifikasjonskravene ble angitt i konkurransegrunnlaget punkt 9. Av punkt 9.1 fremgikk det:

"Som en foreløpig dokumentasjon på oppfyllelse av konkurransens kvalifikasjonskrav skal leverandøren fylle ut ESPD skjema jfr § 17-1. Gjennom dette skjemaet vil leverandøren bekrefte at det ikke foreligger avvisningsgrunner og at leverandøren tilfredsstiller kvalifikasjonskravene som beskrevet i punkt 9.2 Kvalifikasjonskrav.

De leverandørene som blir innstilt til kontraktsinngåelse skal før kontrakt inngås dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene i henhold til de opplyste dokumentasjonskrav som beskrevet under punkt 9.2

Det vil innen kort tid bli lagt ut mere informasjon om hvordan skjemaet skal fylles ut."

- (4) Punkt 9.2 inneholdt nærmere bestemte kvalifikasjonskrav. I punkt 9.2.1 ble det stilt følgende krav: "Leverandøren skal være et lovlig etablert foretak", "[l]everandøren skal

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

ha ordnede forhold mht. skatteinnbetaling og merverdiinnbetaling", "[l]everandøren skal ikke være konkurs, begjært konkursunder gjeldsforhandlinger, under avvikling eller begjært tvangsoppløst" og leverandøren skal ha medlemskap i "Startbank.no".

- (5) Kravet i punkt 9.2.2 var at leverandøren *"skal ha en økonomisk og finansiell soliditet som gir oppdragsgiver trygghet for at leverandøren vil være økonomisk levedyktig i hele avtaleperioden."* I punkt 9.2.3 ble det stilt ulike krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (6) ESPD-skjemaet inneholdt en rekke spørsmål knyttet til forskriftens avvisningsgrunner, eksempelvis vedrørende straffedom, betaling av skatter og avgifter, insolvens mv. I tillegg stod det følgende om krav til økonomisk og finansiell kapasitet:

"I artikkel 58 (3) i direktiv 2014/24/EU fastsettes følgende kvalifikasjonskrav:

Økonomiske og finansielle krav

Når det gjelder eventuelle øvrige økonomiske og finansielle krav som har blitt angitt i kunngjøringen eller i anskaffelsesdokumentene erklærer leverandøren at:

Vennligst beskriv"

- (7) ESPD-skjemaet la opp til at leverandøren på dette punktet skulle besvare det aktuelle punktet.
- (8) Om krav til tekniske og faglige og faglige kvalifikasjoner stod det:

"I artikkel 58 (4) i direktiv 2014/24/EU fastsettes følgende kvalifikasjonskrav:"

- (9) Det fremgikk imidlertid ikke noen påfølgende tekst.
- (10) Om kravet til kvalitetssikrings- og miljøledelsesstrategier sto det følgende:

"I artikkel 62 (2) i direktiv 2014/24/EU fastsettes følgende kvalifikasjonskrav:

Avslutt"

- (11) Heller ikke for krav til kvalitetssikrings- og miljøledelsesstrategier fremgikk det noen påfølgende tekst.
- (12) Informasjon om utfylling av skjemaet ble gitt i ett av vedleggene til konkurransegrunnlaget: *"Veiledning for leverandør, ESPD skjema"*. Veiledningen viste at leverandørene bare skulle gi en beskrivelse knyttet til ett av kvalifikasjonskravene listet opp i punkt 9.2 i konkurransegrunnlaget: Kravet til økonomiske og finansiell stilling. De øvrige kvalifikasjonskravene var ikke nevnt.
- (13) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører for arbeid i Sortland kommune, herunder fra Elektro Installasjon AS (heretter klager) og Elteam Drift AS (heretter valgte leverandør).
- (14) Klager hadde ikke vedlagt ESPD-skjema i sitt tilbud. I e-post 7. april 2017 ba innklagede om å få oversendt dokumentasjon av konkurransegrunnlaget punkt 9.2. Videre ba

innklagede om at klager ettersendte ESPD-skjemaet. Dokumentasjon, inkludert ESPD-skjema, ble oversendt 19. april 2017. Ved brev av 2. mai 2017 ble klager og valgte leverandør innstilt som leverandører i rammeavtalen. Valgte leverandør klaget på tildelingen 9. mai 2017 og anførte at klager måtte avvise. Innklagede besluttet å annullere tildelingen 12. mai 2017.

- (15) Klager sendte utfylt ESPD-skjema på nytt i e-post av 1. juni 2017. Innklagede ba om en korrigering av skjemaet i e-post av samme dag. Nytt skjema ble også innsendt samme dag. Kontrakt ble så på nytt tildelt klager 2. juni 2017, hvorpå valgte leverandør igjen klaget på tildelingen. Innklagede besluttet deretter å avvise klager i brev av 13. juni 2017. Avvisningen ble begrunnet med at det ikke var adgang til å ettersende ESPD-skjemaet og at leverandøren dermed ikke oppfylte kvalifikasjonskravene.
- (16) Saken ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 28. juni 2017. Innklagede opplyste i e-post av 6. juli 2017 at kontrakt ikke ville bli inngått før saken er behandlet av klagenemnda. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. august 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager. Det utgjør et brudd på regelverket at ESPD-skjemaet som ble levert på forespørsel fra innklagede, likevel ikke ble lagt til grunn.
- (19) ESPD-skjemaet er et skjema for bedrifter utenfor Norge. Klager kan fremlegge skatte- og mva-attester, utskrift fra konkursregister, firmaattest, kredittvurderinger, referanselister, avfallsplaner og annen kvalifikasjonsdokumentasjon. Klager ser ikke at ESPD-skjema skal kunne gi mer relevant informasjon om firmaet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager. Det fremgikk både av konkurransegrunnlaget og forskriften § 17-1 (2) at det skulle leveres ESPD-skjema i tilbudet. Supplering av tilbudet ved innsendelse av ESPD-skjemaet i sin helhet utgjør en forbedring av tilbudet i strid med forskriften § 23-5 (2), jf. direktiv 2014/24 artikkel 56 (3) og 57 (4), jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-387/14. Det har ikke vært meningen å foreta noen realitetsendring i det nye direktivet. Det tidligere direktivet og tilhørende praksis fra EU-domstolen er derfor fortsatt relevant. På samme måte som i sak C-387/14 gjelder ESPD-skjemaet identiteten på tilbyderer og grunnlaget for kontroll av dennes kvalifikasjoner.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder elektrisk tjenester og elektromateriell som er bygge- og anleggsanskaffelse med CPV-kode 45315100. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt, men anskaffelsen er kunngjort som en del III-anskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 975 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

- (22) Innklagede tildelte først rammeavtalen til klager og valgte leverandør, men avviste senere klagers tilbud. Klager ble avvist som følge av at selskapet ikke leverte utfylt ESPD-skjema sammen med tilbudet.
- (23) Det følger av forskriften § 25-1 (4) at dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om valg av leverandør er *"i strid med forskriften"*, kan beslutningen omgjøres. Det er opp til innklagede å godtgjøre at den opprinnelige beslutningen var i strid med forskriften, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2016/51 premiss (29) og 2014/94 premiss (39). Sakene gjaldt forskriften fra 2006 § 22-3 nr. 5, men som ordlyden i någjeldende forskrift § 25-1 (4) illustrerer, er innholdet tilsvarende det innhold som i praksis ble innfortolket i den tidligere bestemmelsen.
- (24) Innklagedes begrunnelse for avvisningen var at det var i strid med regelverket å la klager ettersende utfylt ESPD-skjema, og at levering av dette skjemaet var nødvendig for å oppfylle krav til deltakelse i konkurransen.
- (25) Fra 1. januar 2017 er det obligatorisk for oppdragsgivere å benytte det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD-skjemaet), jf. forskriften § 17-1 (1). ESPD-skjemaet skal være foreløpig dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, på at det ikke foreligger avvisningsgrunner, og på at vedkommende oppfyller eventuelle utvelgelseskriterier. Av § 17-1 (2) følger det at *"[l]everandøren skal levere det europeiske egenerklæringsskjemaet sammen med forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet"*.
- (26) Det er på det rene at klager ikke leverte utfylt ESPD-skjema sammen med tilbudet. Manglende levering av ESPD-skjemaet kan etter omstendighetene gi oppdragsgiver en rett til å avvise leverandøren etter forskriften § 24-2 (3) bokstav g. Det springende punkt i denne saken er imidlertid om innklagede hadde anledning til å be klager om å ettersende dette skjemaet, slik innklagede valgte å gjøre.
- (27) Forskriften § 23-5 (1) gir oppdragsgiver rett til å be leverandørene *"ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon"* dersom *"opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler"*. Etter andre ledd kan ikke en ettersending, supplering, avklaring eller utfylling *"medføre at tilbudet forbedres"*.
- (28) Forskriftens bestemmelse er tatt inn som en gjennomføring av en tilsvarende direktivbestemmelse. Artikkel 56 tredje ledd i direktiv 2014/24, som forskriften § 23-5 (1) inkorporerer, må forstås på den måten at den utvider adgangen til supplering og ettersending av dokumentasjon sammenlignet med tidligere. Mens artikkel 51 i direktiv 2004/18 kun gav adgang til å *"supplere eller uddybe"* fremlagt dokumentasjon, favner artikkel 56 tredje ledd videre. Den gjelder ikke kun dokumentasjon relatert til leverandørens oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og bruker begrepene *"indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante opplysninger eller dokumentationen"*. Det er derfor ikke prinsipielt noe til hinder for ettersending av et ESPD-skjema, alene av den grunn at et slikt skjema manglet i leverandørens tilbud. Bestemmelsen angir eksplisitt at den gir adgang til å ettersende dokumenter som mangler. Den avgjørende begrensningen ligger i at anmodningen om ettersending skal *"fremsettes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed"*.

- (29) På bakgrunn av de grunnleggende prinsippene har EU-domstolen utledet vilkår for når leverandørenes kvalifikasjonsdokumentasjon kan suppleres i etterkant. I en sak etter det tidligere anskaffelsesdirektivet, sak C-336/12 Manova, åpnet Domstolen for ettersending av dokumentasjon om en leverandørs balanse. Domstolen viste i denne forbindelse til vilkår som er av betydning for denne saken, og uttalte følgende i avsnitt 39:

"Den ordregivende myndighed kan således anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, i enkelttilfælde berigtiges eller suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud."

- (30) Klagenemnda legger til grunn at den nye direktivbestemmelsen skal forstås med den samme begrensningen.
- (31) Det skal da foretas en konkret vurdering av om dokumentasjonen kan tillates ettersendt. I denne forbindelse er det naturlig å ta utgangspunkt i det ESPD-skjemaet tilbyderne skulle fylle ut. Ut over dokumentasjon som gjaldt forskriftens avvisningsgrunner, var kravet til økonomisk og finansiell kapasitet det eneste kvalifikasjonskravet som det var etterspurt en besvarelse av. Om dette fremgikk det følgende i ESPD-skjemaet:

"Når det gjelder eventuelle øvrige økonomiske og finansielle krav som har blitt angitt i kunngjøringen eller i anskaffelsesdokumentene erklærer leverandøren at:

Vennligst beskriv"

- (32) Det kvalifikasjonskravet som dette relaterte seg til var at leverandøren *"skal ha en økonomisk og finansiell soliditet som gir oppdragsgiver trygghet for at leverandøren vil være økonomisk levedyktig i hele avtaleperioden."* Slik skjemaet er lagt opp, er det naturlig å lese det på den måten at det var tilstrekkelig å erklære at selskapet hadde betryggende soliditet. Ettersom en erklæring om tilfredsstillende soliditet ville være et tilstrekkelig grunnlag for innklagedes foreløpige vurdering av selskapets soliditet, er det vanskelig å se at det skulle representere et brudd på prinsippene om likebehandling eller gjennomsiktighet at klager ble gitt mulighet til å bekrefte dette i etterkant.
- (33) Også et selskaps soliditet (hvor stor del av selskapets eiendeler som er finansiert med egenkapital) beror på opplysninger som er objektivt konstaterbare ut fra selskapets regnskapstall.
- (34) Klagenemnda føyer til at innklagede ikke kan anses for å ha fraskrevet seg muligheten til å be om å få slik dokumentasjon ettersendt i konkurransegrunnlaget. I motsetning til det innklagede hevder, skiller EU-domstolens sak C-387/14 (Esaprojekt) seg også fra vår sak. I saken for domstolen var det spørsmål om det kunne tillates at en leverandør baserte seg på en ny underleverandørs erfaring. Dette ble av EU-domstolen ansett som *"i virkeligheten en indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige bud, som snarere svarer til fremsættelsen af et nyt bud."* Foranlediget av innklagedes anførsel finner nemnda grunn til å bemerke at det er denne underleverandørens identitet og kvalifikasjoner dommens premiss 43 relaterer seg til. Dette har ingen overføringsverdi til vår sak.

- (35) Innklagedes anførsler gir heller ikke på annen måte grunnlag for å konstatere at det representerte et brudd på regelverket å tillate ettersending av ESPD-skjemaet. Det utgjorde dermed et brudd på forskriften § 25-1 (4) at innklagede endret tildelingsbeslutningen og avviste klager.
- (36) Det bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, kan etter nemndas syn ha påvirket utfallet av konkurransen. Regelbruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Bodø kommune har brutt forskriften § 25-1 (4) ved å endre tildelingsbeslutningen og avvise klager.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk

-