



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør og de generelle kravene i § 4

Innklagede kunngjorde en åpen tilbudskonkurranse for renovering og ombygging av Skjåkheimen, herunder fagområdet Entrepriise G1 Røyranleg. Klager anførte forgojeves at innklagede hadde brutt regelverket ved å ta ut en prispost ved evalueringen av tilbudene. Klager anførte også at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Denne anførselen førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 13. april 2018 i sak 2017/75

Klager: Rørlegger-Service AS

Innklaget: Skjåk kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Skjåk kommune (heretter innklagede) kunngjorde 21. februar 2017 en åpen tilbudskonkurranse for renovering og ombygging av Skjåkheimen, herunder fagområdet Entrepriise G1 Røyranlegg. Anskaffelsens verdi var estimert til kroner 20 000 000. Tilbudsfristen var 15. mars 2017.
- (2) Konkurransesgrunnlaget punkt 7.3.1 bestemte at tilbudene skulle være *«uttømmende grunnlag for evaluering basert på tildelingskriteriene. Tilbyderen er selv ansvarlig for at alle kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og andre krav i konkurransen besvares og dokumenteres.»*
- (3) Av punkt 8.1 fulgte det at kvalifikasjonskravene er absolutte og at manglende oppfyllelse ville medføre avvisning fra konkurransen, jf. forskriften § 9-5. Ett av kvalifikasjonskravene var at tilbyder skulle ha *«tilfredsstillende økonomisk og finansiell stilling til å sannsynliggjøre at han er i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.»* I det tilhørende dokumentasjonskravet ble det bedt om at oppfyllelse av kvalifikasjonskravet ble dokumentert på én av to måter. Den første måten var ved *«soliditetsvurdering fra et anerkjent kredittvurderingsselskap basert på siste regnskapstall. Nøkkeltallene i kravet må fremgå sammen med en vurdering av leverandørens betalingserfaring.»* Den andre måten var ved å inngi *«årsregnskap for de siste 2 år eller tilsvarende dokumentasjon av foretakets omsetning, resultat og soliditet. For foretak yngre enn 2 år vedlegges regnskap for de år det foreligger. Årsregnskapet skal inkludere noter, styrets årsmelding samt revisors rapport.»*
- (4) Et annet kvalifikasjonskrav var at tilbyderne skulle inneha *«de tekniske godkjenninger som er nødvendig for å utføre arbeidet»*. Her ble det vist til generell bok B.04 side B.00.6, som blant annet krevde tiltaksklasse 3 hos ansvarlig utførende for brannsløkkeanlegg

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

(sprinkleranlegg). I det tilhørende dokumentasjonskravet ble det bedt om at leverandørene fremla «dokumentasjon på sentral godkjenning» eller «dokumentasjon som godtgjør at det vil oppnås godkjenning for de aktuelle oppdragene.»

- (5) I prisskjema som skulle fylles ut var det inntatt «Desinfiserings-/steriliseringsmaskin» i post 31.315.18. I referat fra forhandlingene datert 6. april 2017 fremgikk det om posten at byggherren måtte avklare hvilken type maskiner som var ønskelig, og at alternativet kunne være «å ta ut posten slik at byggherre kan kjøpe direkte frå Miele».
- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud innen fagområdet rørtekniske arbeider, herunder fra Rørlegger-Service AS (heretter klager) og Per Hagen AS (heretter valgte leverandør).
- (7) Kontrakt ble først tildelt valgte leverandør, men etter klage ble tildelingen annullert. Valgte leverandør hadde ikke fremlagt dokumentasjon for at kvalifikasjonskravet om tekniske godkjenninger var oppfylt. Det var fremlagt en oversikt over valgte leverandørs sentrale godkjenninger, men selskapets sentrale godkjenning for utførende for slokkeanlegg var for tiltaksklasse 2. Valgte leverandør hadde ikke fremlagt annen dokumentasjon som godtgjorde eller tilsa at selskapet oppfylte kravene for ansvarsrett for tiltaket innen tiltaksklasse 3.
- (8) Innklagede ga deretter valgte leverandør anledning til å sende dokumentasjon for oppfyllelse av dette kvalifikasjonskravet. Valgte leverandør oversendte da dokumenter som viste at et annet selskap, som valgte leverandør ville støtte seg på, oppfylte krav til ansvarsrett innen tiltaksklasse 3. Det ble fremlagt en forpliktelseserklæring som var signert samme dag som valgte leverandør oversendte dokumentene. Innklagede fant denne dokumentasjonen tilstrekkelig til å konkludere med at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Kontrakt ble så på nytt tildelt valgte leverandør.
- (9) Kontrakt er inngått med Per Hagen AS. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. mai 2017. Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. april 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har tatt ut en prispost, post 31.315.18, som gjaldt en desinfiserings-/steriliseringsmaskin, og erstattet den med en opsjon. Dette er i strid med regelverket.
- (11) Valgte leverandør oppfylte ikke kravet om ansvarsrett for tiltaksklasse 3 vedrørende brannslukkeranlegg, og skulle derfor etter forskriften §§ 8-7, 8-11, 9-5 første ledd bokstav a og 9-6 første ledd bokstav b vært avvist.
- (12) Valgte leverandør oppfyller ikke kvalifikasjonskravet knyttet til økonomiske forhold. En kredittsjekk av valgte leverandør viser at selskapet har fått karakter C2, noe som indikerer høy risiko for å gå konkurs. Valgte leverandørs innsendte årsregnskap mangler dessuten revisors rapport for 2014 og 2015, samt noter for 2014. Innklagede har dermed brutt forskriften §§ 8-7, 8-11, 9-5 første ledd bokstav a og 9-6 første ledd bokstav b ved ikke å avvise valgte leverandør.
- (13) Innklagede har brutt forhandlingsprinsippet ved å etterspørre supplerende dokumentasjon fra valgte leverandør. I henhold til likebehandlingsprinsippet skulle alle leverandører i så

tilfelle fått anledning til å inngi reviderte tilbud og ettersendelser. Kravet til forutberegnelighet er brutt ettersom konkurransegrunnlaget forutsatte avvisning av leverandører som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å ta post 31.315.18 ut av prisskjemaet. Det ble signalisert i forhandlingene og tatt inn i referatet at dette var aktuelt. Uansett har ikke uttaket av den aktuelle posten påvirket utfallet i konkurransen.
- (15) Det bestrides videre at innklagede skulle ha avvist valgte leverandør. Ved en inkurie ble det i første omgang ikke fanget opp at valgte leverandør ikke hadde inngitt dokumentasjon vedrørende tiltaksklasse 3, brannslukkeranlegg. Tildelingen ble derfor annullert. I tråd med forskriften § 9-7 (2) jf. 9-3 (1) ble valgte leverandør oppfordret til å ettersende nødvendig dokumentasjon for å oppfylle kvalifikasjonskravet, noe valgte leverandør gjorde. Dette var også i tråd med forskriften § 23-5 (1), som ikke kommer direkte til anvendelse, men som gir en indikasjon på hva som i det minste må være tillatt etter forskriften del II.
- (16) Innklagede har ikke brutt likebehandlingsprinsippet. De øvrige leverandørene hadde ikke inngitt mangelfull dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravene, og var derfor ikke i en sammenlignbar situasjon som valgte leverandør. Forskriften § 9-6 (1) bokstav b kommer ikke til anvendelse.
- (17) Det bestrides at valgte leverandør skulle vært avvist for ikke å ha oppfylt kvalifikasjonskravet knyttet til økonomisk og finansiell stilling. Oppdragsgiver har adgang til å undersøke og vektlegge offentlig tilgjengelig informasjon, jf. for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2016/199. Egenkapitalen til valgte leverandør var relativt betydelig i 2015, men resultatet var negativt. Et negativt resultat betyr ikke i seg selv at driften er usunn, så lenge bedriften kan finansiere underskuddet. Offentlige tall for 2016 viser positivt årsresultat før skatt på kroner 199 000. Likviditeten er også god. Prosjektets størrelse er dessuten begrenset til 2,4 millioner kroner, mens valgte leverandørs samlede omsetning i 2016 var 5,9 millioner kroner. Oppdragsgiver vurderer derfor valgte leverandørs økonomi som tilfredsstillende.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder renovering og ombygging av Skjåkheimen, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens totale verdi er estimert til kroner 20 000 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Endringen av prisskjemaet

- (19) Klager anfører for det første at innklagede har brutt regelverket ved å erstatte prisposten som gjaldt en desinfiserings-/steriliseringsmaskin med en opsjon ved evalueringen av tilbudene. Forskriften § 8-4 (4) gir adgang til å gjøre ikke vesentlige endringer frem til

kontraktsinngåelsestidspunktet. Mens § 12-2 (1) kun gjelder endringer i konkurranser etter del III fram til tilbudsfristens utløp, åpner altså § 8-4 (4) for endringer i konkurranser etter del II frem til kontraktinngåelse.

- (20) At det kunne være aktuelt å fjerne prisposten ble signalisert i dialogen, men ikke besluttet før etter at leverandørene hadde inngitt endelige tilbud. Innklagede har opplyst at valget om å erstatte den aktuelle prisposten ikke påvirket utfallet av konkurransen. Slik saken er opplyst gir derfor klagers anførsler ikke grunnlag for å konstatere at endringen var vesentlig.

Kvalifikasjonskravet om teknisk godkjenning

- (21) Klager anfører videre at valgte leverandør skulle vært avvist fordi selskapet ikke hadde dokumentert at det hadde godkjenning for tiltaksklasse 3 knyttet til brannslukkeranlegg. Ett av kvalifikasjonskravene var at leverandørene måtte ha «*de tekniske godkjenninger som er nødvendig for å utføre arbeidet*», herunder tiltaksklasse 3 hos ansvarlig utførende for brannsløkkeanlegg (sprinkleranlegg).
- (22) Det er ikke bestridt at valgte leverandørs opprinnelige tilbud manglet dokumentasjon på godkjenning for tiltaksklasse 3 innen brannslukkeranlegg. Det er heller ikke bestridt at valgte leverandør ikke oppfylte kravene til ansvarsrett for utførende for brannsløkkeanlegg innen tiltaksklasse 3.
- (23) Slik saken er opplyst for Klagenemnda, fremstår det slik at valgte leverandør, etter tilbudsfristens utløp og foranlediget av innklagedes forespørsel, knyttet til seg en underleverandør som ikke inngikk i det opprinnelige tilbudet, for å tilfredsstille kvalifikasjonskravet om teknisk godkjenning. Klager anfører at det ikke var anledning til dette.
- (24) Utgangspunktet er at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav a. Etter forskriften § 9-7 (2) kan oppdragsgiveren utsette avgjørelsen om avvisning til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren.
- (25) Forskriften § 9-3 (1) bestemmer at dialog med leverandørene kan gjelde «alle sider ved tilbudene», og «blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger». Spørsmålet Klagenemnda må ta stilling til, er om denne adgangen til dialog også gir adgang til at leverandørens manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav avhjelpes.
- (26) Tilbudskonkurranser med adgang til å gjennomføre dialog var den konkurranseformen som ble anbefalt av Forenklingsutvalget for konkurranser etter del II. I Forenklingsutvalgets utredning, NOU 2014:4, er dialogen omtalt i punkt 20.4.3, hvor det heter:

«Utvalget foreslår at oppdragsgivers adgang til å be om ettersending og supplering av dokumentasjon vedrørende kvalifikasjoner utvides. Oppdragsgiver skal ha adgang til å be om ettersending, supplering, klargjøring eller utfylling av enhver opplysning eller ethvert dokument som gjelder dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Bakgrunnen for en slik anmodning kan for eksempel være at fremlagt dokumentasjon er mangelfull eller uklar, eller at konkrete dokumenter mangler. Det skal heller ikke være

noen grense for hvilken type dokumentasjon som kan ettersendes, sammenlign gjeldende forskrift § 12-3.»

- (27) Dette ble fulgt opp i Prop.51 L (2015-2016) side 6, hvor det heter:

«Regjeringen har besluttet å følge flertallets forslag om å innføre nye anskaffelsesprosedyrer hvor forhandlinger gjøres til en valgfri del av alle konkurranser. Den nye forskriften skal således åpne for at leverandører og oppdragsgivere kan gå i dialog når det er behov for det for å få til en god anskaffelse. Med de nye prosedyreformene vil det alltid være adgang til å snakke om hvordan tilbud og løsninger skal forstås, og til å få ryddet misforståelser og avvik av veien uten risiko for å bryte et forhandlingsforbud.

[...]

Dernest vil en opphevelse av forhandlingsforbudet innebære at oppdragsgiver slipper å måtte trekke den vanskelige grensen mellom avklaringer (som er tillatt i anbudskonkurranser) og forhandlinger (som er forbudt i anbudskonkurranser). Dette vil kunne føre til at færre leverandører må avvises, og følgelig bedre konkurranse. Ved å legge til rette for økt dialog mellom oppdragsgiver og leverandører der det fremstår forretningsmessig fornuftig, øker også sjansen for at resultatet blir en anskaffelse som dekker oppdragsgivers behov på best mulig måte.»

- (28) Som det fremgår av redegjørelsen foran, oppfylte ikke valgte leverandør kvalifikasjonskravet på tilbudstidspunktet. Oversikten over sentrale godkjenninger, som valgte leverandør fremla i tilbudet, viste da også at selskapet kun hadde sentral godkjenning for utførende innen tiltaksklasse 2 for brannsløkkeanlegg. Det var ikke fremlagt annen dokumentasjon som gjorde det sannsynlig at valgte leverandør oppfylte kravet til ansvarsrett for utførende innen tiltaksklasse 3 for den aktuelle funksjonen.
- (29) Forarbeidenes omtale av adgangen til å be om ettersending og supplering av dokumentasjon vedrørende kvalifikasjoner, er temmelig begrenset. Det fremgår likevel at adgangen skal utvides, og at det ikke skal være noen grense for hvilken type dokumentasjon som kan ettersendes. Det å ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle en «*opplysning*» eller et «*dokument*», er imidlertid noe ganske annet enn å fremlegge dokumentasjon på at et kvalifikasjonskrav som skulle vært oppfylt på tilbudstidspunktet, er oppfylt i etterkant. Et kvalifikasjonskrav avgrenser kretsen av leverandører hvis tilbud kan tas i betraktning. En adgang til å gå i dialog om hvordan kravene kan oppfylles der kravene ikke er tilfredsstilt ved tilbudsfristens utløp, innebærer i realiteten en endring av forutsetningene for konkurransen. En slik endring vil innebære en forskjellsbehandling i relasjon til de leverandører som i respekt for kvalifikasjonskravene ikke innga tilbud, og dermed være i strid med kravene i lovens § 4.
- (30) Klagenemnda har etter dette kommet til at det ikke var anledning til dialog med leverandøren om hvordan kvalifikasjonskrav skal kunne oppfylles der kravene ikke er tilfredsstilt ved tilbudsfristens utløp. Klager gis derfor medhold i at valgte leverandør skulle ha vært avvist.
- (31) Kontrakt er inngått med valgte leverandør. Den manglende avvisningen av valgte leverandør har dermed påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal tilbakebetales, jf. klagenemndforskriften § 13.

(32) Klagenemnda ser ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Skjåk kommune har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagegebyret skal tilbakebetales.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk