



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Avvisning av leverandør.

Innklagede publiserte en frivillig kunngjøring i Doffin for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av fastmonterte matter. I konkurransegrunnlaget ble det stilt et kvalifikasjonskrav om relevant erfaring. Klagenemnda fant at valgte leverandør ikke hadde dokumentert oppfyllelse av dette kravet, og at innklagede dermed hadde brutt regelverket ved ikke å avvise leverandøren fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 24. september 2018 i sak 2018/215

Klager: N3zones AS

Innklaget: Malvik kommune

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Finn Arnesen og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Malvik kommune (heretter innklagede) publiserte 15. februar 2018 en kunngjøring i Doffin for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av fastmonterte matter. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.2) angitt til 13. april 2018.
- (2) Av kunngjøringen punkt II.2.7) gikk det frem at avtalen ville ha en varighet på 48 måneder. I konkurransegrunnlaget ble det presisert at innklagede tok sikte på å inngå en rammeavtale på to år, med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år.
- (3) I kunngjøringen punkt III.1) ble det sagt følgende om kvalifikasjonskrav:

«Oversikt og kort beskrivelse av kvalifikasjonskrav: Registrert firma med dokumentert erfaring fra relevante leveranser av offentlige anskaffelser.

Minimumskrav: Registrert firma med dokumentasjon i henhold til krav satt i tilbudsgrunnlaget».

- (4) I konkurransegrunnlaget ble tilbyderne bedt om å levere:

«Komplett tilbud

Alle priser og poster skal være utfylt for at tilbudet skal være gyldig.

Komplett tilbud skal inneholde:

[...]

8. *Foretakets 3 siste leveranser som er relevant i forbindelse med denne anskaffelsen samt referanser for disse».*

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

- (5) Om avvisning ble det angitt at:

«Mangelfullt utfylt tilbud kan avvises. For sent innkommet tilbud vil bli avvist.»

- (6) Evalueringen ville ifølge konkurransegrunnlaget bli basert på pris og kvalitet, som begge skulle telle 50 %.
- (7) Innenfor tilbudsfristen kom det inn tre tilbud, herunder fra N3zones AS (klager) og Support Service Partner AS (valgte leverandør).
- (8) I valgte leverandørs tilbud ble det oppgitt tre referanseoppdrag på levering av fastmonterte matter; ett for Vestfold fylkeskommune, ett for Mobile Tønsberg og ett for Bauhaus Norge.
- (9) I e-post av 23. mai 2018 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Om evalueringen av tilbudene ble det sagt følgende:

«Tilbud nr. 1 [valgte leverandør] har oppfylt kravspesifikasjonen og har levert lavest pris på tilbudte matter og utstyr. Kvalitet er vurdert som tilsvarende for tilbud nr. 2

Tilbud nr. 2 [klager] har oppfylt kravspesifikasjonen og har noe høyere pris på tilbudte matter og utstyr. Kvalitet er vurdert som tilsvarende for nr. 1.

Tilbud nr. 3 forkastes, da det ikke anses som komplett. Det er ikke levert relevante referanser som samsvarer med anskaffelsen».

- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 3. juli 2018.
- (11) Innklagede opplyste på e-post 9. juli 2018 at kontraktsinngåelsen ville bli utsatt til nemnda har behandlet saken.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. september 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) I valgte leverandørs tilbud er det vist til oppdrag hvor de fastmonterte mattene er levert og montert av klager. Valgte leverandør har dermed ikke dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om relevant erfaring, og skulle ha vært avvist fra konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Valgte leverandør har levert dokumentasjon på relevant erfaring. Selve montasjen under de refererte oppdragene er utført av klager, men dette er ikke avgjørende. Det bestrides derfor at leverandøren skulle ha vært avvist fra konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale om levering av fastmonterte matter. Konkurransen er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse med CPV-kode 45432100 («Legging og belegging av

gult»). Anskaffelsens verdi er ikke angitt i anskaffelsesdokumentene. I tilsvaret har innklagede imidlertid opplyst at avtalen har en estimert verdi på mellom 100 000 og 2 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, legger klagenemnda til grunn at anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (17) Det følger av forskriften § 9-5 (1) at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (18) Av kunngjøringen fremgikk følgende kvalifikasjonskrav:

«Registrert firma med dokumentert erfaring fra relevante leveranser av offentlige anskaffelser.»

- (19) Dette skulle dokumenteres i henhold til krav satt i konkurransegrunnlaget. Lest i sammenheng relaterer dette seg til konkurransegrunnlagets krav om å nevne «*[f]oretakets 3 siste leveranser som er relevant i forbindelse med denne anskaffelsen*» og levere «*referanser for disse*».
- (20) Slik nemnda forstår disse formuleringene, ble det stilt et kvalifikasjonskrav om relevant erfaring – altså erfaring med levering av fastmonterte matter, slik den aktuelle anskaffelsen gjelder.
- (21) I valgte leverandørs tilbud er det oppgitt tre referanseoppdrag; ett for Vestfold fylkeskommune, ett for Bauhaus Norge og ett for Mobile Tønsberg/Vestfold Auto.
- (22) Innklagede viser til at valgte leverandørs referanseoppdrag – ifølge referansepersonene – er utført på en god måte, og i tråd med innklagedes intensjon med den aktuelle anskaffelsen; å bidra til å stoppe smuss og dermed redusere behovet for renhold i bygningene.
- (23) Det er enighet om at de to første oppdragene (Vestfold fylkeskommune og Bauhaus Norge), ble utført med klager som underleverandør, i henhold til en samarbeidsavtale mellom klager og valgte leverandør. De fastmonterte mattene ble i disse to tilfellene levert av klager, uten praktisk medvirkning fra valgte leverandør.
- (24) Klager anfører på denne bakgrunn at valgte leverandør ikke oppfyller kravet om relevant erfaring.
- (25) For anskaffelser som reguleres av forskriften del III, er en lignende problemstilling tatt stilling til i EU-domstolens avgjørelse i sak C-387/14 *Esaprojekt*:

62 Når en økonomisk aktør baserer sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som han har været en del af, skal denne erfaring således vurderes i forhold til denne aktørs konkrete deltagelse og dermed hans effektive bidrag til gennemførelsen af den virksomhed, som kræves af denne gruppe som led i en bestemt offentlig kontrakt.

63 *Som den polske regering med føje har anført i sine skriftlige bemærkninger, erhverver en økonomisk aktør nemlig ikke reelt erfaring ved blot at være medlem af en gruppe af virksomheder og uafhængigt af hans bidrag til denne, men alene ved direkte at deltage i gennemførelsen af i hvert fald en del af den kontrakt, hvis samlede gennemførelse påhviler denne gruppe.*

64 *Det følger heraf, at en økonomisk aktør ikke hvad angår den erfaring, den ordregivende myndighed kræver, kan påberåbe sig de ydelser, som er udført af andre medlemmer af en gruppe af virksomheder, og som han ikke reelt og konkret har deltaget i gennemførelsen af.*

65 *Følgelig skal det femte spørgsmål besvares med, at artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den ikke tillader en økonomisk aktør, som deltager individuelt i et udbud, at basere sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som han har været en del af som led i et andet udbud, uafhængigt af arten af hans deltagelse i udførelsen af denne kontrakt.*

- (26) Et tilsvarende synspunkt kommer også til uttrykk i klagenemndas sak 2017/64, se premiss 31 til 33. En av tilbyderne hadde i den saken vist til arbeid som det senere viste seg var utført av en underleverandør. Nemnda fant at selskapet ikke hadde dokumentert at kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (27) Disse sakene gjelder anskaffelser som er underlagt direktivet/forskriften del III. Nemnda kan imidlertid vanskelig se at det er grunnlag for å operere med en annen regel etter forskriften del II. Slik nemnda ser det, må derfor en leverandørs dokumentasjon av erfaring gjennom referanser, vurderes ut fra leverandørens faktiske bidrag til utførelsen av referanseoppdraget.
- (28) Innklagedes vurdering bygger så vidt nemnda kan se ikke på en slik vurdering. Når det gjelder to av de tre refererte oppdragene, er det som nevnt uomstridt at levering og installasjon i realiteten ble utført av klager. Det siste oppdraget ble ifølge innklagede utført av valgte leverandør selv.
- (29) Nemnda finner ikke grunn til å gå nærmere inn på omstendighetene rundt utførelsen av dette siste oppdraget. Slik nemnda vurderer det, har valgte leverandør med dette ene oppdraget uansett ikke dokumentert at kravet om «relevante leveranser» er oppfylt.
- (30) Innklagede har på denne bakgrunn brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Dette bruddet er av en slik karakter at det har påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Malvik kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk