



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Omgjøring av tildelingsbeslutning, avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om vintervedlikehold av kommunale veier og plasser i kommunen. Én av klagerne ble i første tildelingsbeslutning tildelt kontrakten, mens den andre klageren ble avvist. Etter en kjennelse avsagt i tingretten, endret innklagede tildelingsbeslutningen slik at den avviste klageren ble tildelt kontrakten. Den klageren som først ble tildelt kontrakten har anført at omgjøringen av den opprinnelige tildelingsbeslutningen var i strid med regelverket, fordi den opprinnelige tildelingsbeslutningen var lovlig. Den andre klageren har anført at omgjøringen var lovlig og at den andre klageren skulle vært avvist som følge av manglende forpliktelseserklæring og ESPD-skjema fra underleverandører.

Klagenemndas avgjørelse 2. mars 2018 i sakene 2018/30 og 2018/86

Klagere: Skjervøy Park og Anleggsservice AS og Hofsøy Mekaniske AS

Innklaget: Skjervøy kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Skjervøy kommune (heretter innklagede) kunngjorde 4. september 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om vintervedlikehold av kommunale veier og plasser i Skjervøy kommune. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 estimert til over EØS-terskelverdiene. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.5 angitt til 15. oktober 2017.
- (2) Innklagede hadde tidligere samme år kunngjort og avlyst to tilsvarende konkurranser.
- (3) I den første konkurransen ble Hofsøy Mekaniske AS (heretter HM) tildelt kontrakt. Innklagede meddelte imidlertid i brev datert 29. juni 2017 at konkurransen var avlyst fordi det hadde blitt benyttet feil regelverk for anskaffelsen. Innklagede kunngjorde deretter ut en ny konkurranse med noe endrede kvalifikasjonskrav. Innklagede opplyste i e-post til klager datert 5. september 2017 at avlysningen var begrunnet med at tildelingskriteriet «erfaring» var kunngjort som om det gjaldt selskapets erfaring, mens det korrekte skulle være de tilbudte personers erfaring.
- (4) Foreliggende konkurranse omfattet flere roder, hvor hver rode var én delkontrakt. Klagen gjelder roden Skjervøy tettsted.
- (5) Det var stilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørenes erfaring:

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

«Leverandøren skal ha tilstrekkelig erfaring med utføring av brøytetjenester siste tre år. Vurderingen baseres på en helhetsvurdering, ut fra type oppdrag, og hvor omfattende erfaringen er.»

- (6) Dette skulle dokumenteres *«gjennom en oversikt over utførte oppdrag innen brøytetjenester siste tre år»*, hvor det skulle *«opplyses om oppdragsgiver, verdi, varighet og kontaklinformasjon til referanseperson»*.

- (7) Det var stilt følgende generelle kvalifikasjonskrav til leverandørenes kapasitet:

«Leverandøren skal ha nødvendig utstyr og mannskap til å utføre brøyteoppdraget tilfredsstillende. De nærmere kravene vil variere noe med de ulike områdene.

Utstyret og maskiner/kjøretøy skal ha en god kvalitativ standard, og mannskapet skal ha relevant erfaring.

Utstyr og kjøretøy skal enten være eid av tilbyder på tilbudstidspunktet, eller fremlegge opsjonsavtale på kjøp, leie eller leasing, samt finansieringsbevis. Før kontraktssignering skal i så fall avtalene være signert, og fremlegges for kommunen.»

- (8) Kapasitet skulle dokumenteres gjennom å fremlegge en oversikt over utstyr og mannskap som skulle benyttes til utføring av oppdraget, en oversikt over kjøretøy som skulle benyttes og en oversikt over hvilke personer, med oversikt over erfaring og utdanning, som skulle utføre oppdraget.

- (9) I tilknytning til kvalifikasjonskravet om leverandørenes kapasitet var det stilt spesifikke krav til hvilket utstyr leverandøren skulle disponere. For roder i område 1 Skjervøy tettsted var det stilt følgende krav:

«Tilbyder skal disponere minimum:

- 1. Traktor eller lastebil*
- 2. Diagonalplog*
- 3. Isskjær*
- 4. Klappvingeskuffe*
- 5. ca, 5 kbm. snøskuffe».*

- (10) Om bruk av underleverandører fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget:

«Dersom tilbyder skal støtte seg på andre leverandørers kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene, stilles det krav til underleverandørens økonomi og betaling av skatt, tilsvarende som i punkt 3.2. og 3.3.

Det skal i så fall innleveres ESPD-skjema sammen med tilbudet også for underleverandøren, og bestemmelsene i punkt 3.7. gjelder tilsvarende.

Dersom tilbyder støtter seg på underleverandørens kapasitet når det gjelder oppfyllelse av krav til erfaring, gjelder krav i punkt 3.4. og 3.5. tilsvarende for underleverandøren. I

så fall kreves det at underleverandører utfører de arbeidene hvor vedkommendes erfaring bidrar til å oppfylle kvalifikasjonskravene. Det må da i tilbudet opplyses om hvilke arbeider vedkommende underleverandør skal utføre.»

- (11) Tildeling ville skje basert på lavest pris.
- (12) Innklagede mottok innen tilbudsfristen tre tilbud, herunder fra HM og Skjervøy Park og Anleggsservice AS (heretter SPA).
- (13) I ESPD-skjemaet til HMs tilbud datert 12. oktober 2017 var det krysset av for at leverandøren oppfylte kvalifikasjonskravene.
- (14) Innklagede innhentet i ettertid dokumentasjon som skulle bekrefte at kvalifikasjonskravene var oppfylt fra samtlige leverandører. I henvendelsen fra oppdragsgiver ble det uttalt følgende:

"Kommunen ber spesielt om oppdatert skatteattest, forpliktelseserklæringer, dokumentasjon på maskiner og utstyr og relevant erfaring."
- (15) I HMs fremlagte dokumenter fremgikk det at HM hadde inngått opsjonsavtale om kjøp av blant annet en «5 Kubikk snøskuffe» og en «Is river skjær 3 meter» med Dagenborg Maskin AS. Videre fremgikk det at HM hadde inngått opsjonsavtale om kjøp av diagonalplog med Gratangen Mekaniske Industri AS. De aktuelle opsjonsavtalene var datert 24. oktober 2017.
- (16) HM har i ettertid vist til forpliktelseserklæringer fra Dagenborg Maskin AS og Gratangen Mekaniske Industri AS, datert 11. oktober 2017.
- (17) I ESPD-skjemaet til SPA var det krysset av for at selskapet ikke ville benytte underleverandører.
- (18) I tilbudet til SPA under oversikt over mannskap/sjåfører var det listet opp fem personer. To av dem hadde jobbet som sjåfør i bedriften de siste tre årene, mens de tre andre hadde deltatt i brøyteberedskapen deres de tre siste årene. Én av personene har senere gitt erklæring på at han ikke er ansatt i SPA, men driver sin egen virksomhet og utfører og har utført oppdrag for SPA.
- (19) Det fremgikk av tildelingsbeslutningen datert 7. november 2017 at SPA ville bli tildelt kontrakten og at de to andre leverandørene var avvist.
- (20) Samme dag ble HM avvist som følge av at leverandøren ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om kapasitet:

«Hofsøy Mekaniske AS avvises med dette fra konkurranse om vintervedlikehold av kommunale veier i Skjervøy kommune, jf. forskriften § 24-2 (1) a, da tilbyder ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Konkurranses grunnlaget krever i punkt 3.5 at leverandører «skal ha nødvendig utstyr». Det kreves at leverandøren er kvalifisert på tilbudstidspunktet, slik at han disponerer over utstyret på dette tidspunktet, herunder diagonalplog. Hofsøy Mekaniske AS har imidlertid etter tilbudsfristen mottatt et tilbud på opsjonsavtale fra GMI AS, som gjelder diagonalplog. Tilbudet er datert 24.10.2017. Hofsøy Mekaniske AS hadde derfor ikke mottatt et tilbud om å disponere over en diagonalplog før denne datoen. Dette innebærer at Hofsøy Mekaniske AS ikke oppfylte

kvalifikasjonskravene da tilbudet ble inngitt, og leverandøren avvises derfor fra konkurransen.»

- (21) HM påklagde avgjørelsen i brev datert 8. november 2017. Innklagede meddelte i brev datert 10. november 2017 at klagen ikke ble tatt til følge.

- (22) HM begjærte 14. november 2017 midlertidig forføyning med følgende påstand:

«1. Skjervøy kommune forbys å inngå kontrakt i anbudskonkurranse om rammeavtale for vintervedlikehold av kommunale veier på Skjervøy inntil saken om tildelingens lovlighet er rettskraftig avgjort.

2. Hofstøy Mekaniske AS tilkjennes sakskostnader.»

- (23) Nord-Troms tingrett avsa 22. desember 2017 kjennelse som etter retting samme dag fikk følgende slutning:

«1. Skjervøy kommune forbys å inngå kontrakt med Skjervøy Park og Anleggsservice AS i anbudskonkurranse om rammeavtale for vintervedlikehold av kommunale veier på Skjervøy inntil saken om tildelingens lovlighet er rettskraftig avgjort.

2. Skjervøy kommune pålegges å betale Hofstad Maskin AS sakskostnader med kr 187 785 – hundreogåttisyvtusenstyv hundreogåttifem – kroner. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelsen.»

- (24) Innklagede omgjorde 18. januar 2018 tildelingsbeslutningen fra 7. november 2017 i tråd med kjennelsen, slik at HM ble tildelt kontrakt.

- (25) SPA brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. januar 2018. HM brakte saken inn for klagenemnda 12. februar 2018. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil avventes til klagenemnda har behandlet saken. Nemnda prioriterer derfor saken.

- (26) Klagenemnda har valgt å forene sakene til felles behandling.

- (27) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. februar 2018.

Anførsler:

SPA har i det vesentlige anført:

- (28) Innklagedes avvisning av HM ved den første tildelingsbeslutningen var ikke i strid med forskriften, og kan derfor ikke omgjøres. Innklagede hadde plikt til å avvise HM på grunnlag av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om kapasitet på tilbudstidspunktet.

- (29) Subsidiært anføres det at innklagede hadde rett til å avvise HM. Tildelingsbeslutningen var derfor ikke ulovlig og kan ikke omgjøres.

- (30) HM tilbud skulle vært avvist som følge av taktisk prising.

- (31) Innklagede har lagt til grunn uriktige opplysninger ved vurderingen av hvorvidt HM oppfylte kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig og relevant erfaring. I alle tilfeller er det uforsvarlig å legge til grunn at opplysningene oppfyller kvalifikasjonskravet.
- (32) SPA oppfylte kvalifikasjonskravene og ble rettmessig ikke avvist.

HM har i det vesentlige anført:

- (33) SPA skulle vært avvist på grunn av manglende innlevering av forpliktelseserklæring og ESPD-skjema fra underleverandører.

Innklagede og HM har i det vesentlige anført:

- (34) Klagen fra SPA bør avvises fordi klagen dekker den samme tvistegjenstanden som allerede er behandlet av tingretten.
- (35) HM oppfylte de krav som med rimelighet kan stilles i konkurransen gjennom innhentede tilbud på det aktuelle utstyret datert 7. og 9. august 2017 sammenholdt med forpliktelseserklæringer fra utstysleverandørene datert 11. oktober 2017, og de senere oppdaterte tilbudene.
- (36) HM skulle ikke vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene på tilbudstidspunktet. De aktuelle objektene var enkle å få tak i, og dette legger føringer for tidspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (37) Det finnes flere fullgode alternativer til det utstyret kommunen har krevd, herunder veihøvel. Kvalifikasjonskravene til diagonalplog, isskjær, klappvingeskuffe og ca. fem m³ snøskuffe står ikke i forhold til leveransen, og kvalifikasjonskravene må derfor ses bort fra.
- (38) HM skulle ikke vært avvist som følge av taktisk prising. Det forelå ingen fare for manglende gjennomføring fra leverandøren.
- (39) HM oppfylte kravet til erfaring. Kravet var generelt utformet, og ga kommunen stor grad av skjønnsfrihet.
- (40) Innklagede anfører også at SPA ikke skulle vært avvist.

Klagenemndas vurdering:

- (41) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om vintervedlikehold av kommunale veier og plasser i Skjervøy kommune som er en tjenesteanskaffelse med CPV-kode 90620000. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 estimert til over EØS-terskelverdiene. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Klagenemndas behandling av saken

- (42) Innklagede og HM har anført at klagen fra SPA bør avvises på grunn av avsagt kjennelse i Nord-Troms tingrett.

- (43) Av klagenemndsforordningen § 6 tredje ledd fremgår det at «[d]ersom spørsmålet som er gjenstand for klagen, er avgjort ved dom i første instans, kan klagen ikke tas til behandling». I tidligere avgjørelser har klagenemnda kommet til at rettskraftig kjennelse om midlertidig forføyning vedrørende brudd på anskaffelsesreglene ikke er til hinder for at nemnda behandler saken, jf. sak 2009/64 premiss 60 med videre henvisninger. Selv om det etter omstendighetene kan stille seg slik at også en slik forutgående domstolsbehandling gjør saken uhensiktsmessig for behandling i nemnda, kan nemnda ikke se at det er tilfellet her. Saken avvises derfor ikke som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Ulovlig omgjøring av tildelingsbeslutning

- (44) SPA har anført at innklagede ikke hadde anledning til å omgjøre tildelingsbeslutningen datert 7. november 2017 hvor HM ble avvist og SPA ble tildelt kontrakten.
- (45) Det fremgår av forordningen § 25-1 fjerde ledd at en meddelt tildelingsbeslutning kan omgjøres før kontraktsinngåelsen dersom oppdragsgiver finner at beslutningen er i strid med regelverket. Klagenemnda har forstått denne bestemmelsen på samme måte som den likelydende bestemmelsen i den eldre forordningen § 22-3 femte ledd. Det innebærer at oppdragsgiver kun kan (og skal) annullere en tildelingsbeslutning dersom den er i strid med regelverket, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/95 premiss 23.
- (46) Det sentrale spørsmålet i denne saken blir etter dette om det var i strid med regelverket å avvise HM med hjemmel i forordningen § 24-2 første ledd bokstav a.
- (47) I denne konkurransen var det stilt helt spesifikke krav til hvilket utstyr leverandøren måtte disponere for å ha tilstrekkelig kapasitet. For rute 1 Skjervøy tettsted var det angitt at leverandøren minimum måtte disponere traktor eller lastebil, diagonalplog, isskjær, klappvingeskuffe og snøskuffe på ca. fem m³.
- (48) I tilknytning til kvalifikasjonskravet om kapasitet var det angitt følgende:
- «[...] Utstyr og kjøretøy skal enten være eid av tilbyder på tilbudstidspunktet, eller fremlegge opsjonsavtale på kjøp, leie eller leasing, samt finansieringsbevis. Før kontraktssignering skal i så fall avtalene være signert, og fremlegges for kommunen.»*
- (49) Det er på det rene at HM ikke eide diagonalplog, isskjær eller slik snøskuffe som etterspurt.
- (50) På forespørsel om fremleggelse av oppdaterte dokumentasjonsbevis fremla HM opsjonsavtaler på kjøp av det aktuelle utstyret. Disse var datert ni dager etter tilbudsfristens utløp.
- (51) Som klagenemnda har lagt til grunn i tidligere avgjørelser, er hovedregelen at kvalifikasjonskravene bedømmes på bakgrunn av de kvalifikasjonene som leverandørene har dokumentert at foreligger på søknads- eller tilbudstidspunktet. Se i denne retning klagenemndas avgjørelse i sak 2009/283 avsnitt 26 med videre henvisninger. Noen kvalifikasjonskrav er utformet slik at de legger opp til en senere oppfyllelse, men slik forstår ikke klagenemnda kvalifikasjonskravet i denne saken. Tvert imot er det naturlig å lese kvalifikasjonskravet slik at også der hvor leverandøren baserer seg på en avtale om kjøp, leie eller leasing, må denne foreligge på tilbudstidspunktet. Lest i sammenheng er

det derfor ikke grunnlag for å lese kvalifikasjonskravet i vår sak slik at det gir leverandørene en berettiget forventning om at kvalifikasjonskravet kunne oppfylles senere.

- (52) Innklagedes avvisning av HM var begrunnet med at selskapet ikke hadde dokumentert at kvalifikasjonskravet var oppfylt på tidspunktet for tilbudsfristens utløp. Innklagede og HM har anført at forpliktelseserklæringene, sammenholdt med tidligere mottatte tilbud fra utstysleverandører som på tilbudstidspunktet var utløpt, var tilstrekkelig for å oppfylle kravet. Disse dokumentene ble imidlertid ikke fremlagt for innklagede i forbindelse med forespørselen om å fremlegge oppdaterte dokumentasjonsbevis, slik at informasjon fra disse dokumentene ikke kan gi grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av at HM ikke var kvalifisert.
- (53) Etter klagenemndas syn er det etter dette ikke holdepunkter for at innklagedes opprinnelige konklusjon om å avvise HM var ulovlig. Innklagedes avvisning fremstår verken som vilkårlig, kvalifisert urimelig, eller på annen måte stridende med de grunnleggende kravene i loven § 4.
- (54) Ettersom avvisningen var lovlig, faller det utenfor denne saken å vurdere om innklagede lovlig kunne ha unnlatt å avvise HM.
- (55) Innklagede har anført at kvalifikasjonskravene ikke sto i forhold til leveransen og derfor må ses bort fra, slik at HM likevel måtte anses kvalifisert. Til dette bemerker klagenemnda at konsekvensen av å oppstille et ulovlig kvalifikasjonskrav ikke er at man skal se bort fra kvalifikasjonskravet under gjennomføringen av konkurransen. HM kunne følgelig ikke ha blitt ansett kvalifisert på dette grunnlaget.
- (56) Klagenemnda finner etter dette at HM rettmessig ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Innklagede hadde derfor ikke anledning til å omgjøre avvisningen av HM.
- (57) Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunn til å ta stilling til SPAs øvrige anførsler.
- (58) HM har videre anført at SPA skulle ha vært avvist fra konkurransen på grunn av manglende ESPD-skjema og forpliktelseserklæring fra underleverandør. Kravene til ESPD-skjema og forpliktelseserklæring gjaldt imidlertid bare for underleverandører som tilbyder støtter seg på for å oppfylle kvalifikasjonskravene. I dette tilfellet er SPA vurdert til å oppfylle kvalifikasjonskravet til kapasitet uten støtte fra underleverandører. HMs anførsel gir derfor ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av at SPA var kvalifisert.
- (59) SPA har fått medhold i anførselen om at innklagede brøt regelverket ved å omgjøre beslutningen om å avvise HM. Dette bruddet har betydning for resultatet i konkurransen, og klagegebyret til SPA skal derfor tilbakebetales jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Skjervøy kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å omgjøre en lovlig tildelingsbeslutning.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk