



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav, avklaring

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av tjenester knyttet til sikkerhetskontroll på lekeplasser og uteområder. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen, da klager ikke hadde dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at tilbyder «skal ha et etablert kvalitetssystem». Klagers anførsler om uklart kvalifikasjonskrav og avklaringsplikt, førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. oktober 2019 i sak 2019/499

Klager: Lekeplasskontrollen AS

Innklaget: Engerdal, Trysil, Stor-Elvdal, Åmot, Alvdal, Folldal, Os, Rendalen, Tolga, Tynset og Røros kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Karin Fløistad og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Abakus AS kunngjorde 26. april 2019, på vegne av kommunene Engerdal, Trysil, Stor-Elvdal, Åmot, Alvdal, Folldal, Os, Rendalen, Tolga, Tynset og Røros (heretter *innklagede*), en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av tjenester knyttet til sikkerhetskontroll på lekeplasser og uteområder.
- (2) Anskaffelsens verdi ble estimert til 230 000 kroner per år. Ifølge kunngjøringen skulle kontraktens varighet være 24 måneder, mens det i konkurransegrunnlaget punkt 2.5 stod at kontraktens varighet er tre år, med opsjon på ett år. Tilbudsfrist ble angitt til 24. mai 2019.
- (3) I konkurransegrunnlaget under «*Kvalifikasjonskrav*» fremgikk det blant annet at:
«Tilbyder skal ha et etablert kvalitetssystem

Dokumenteres med redegjørelse for firmaets system for kvalitetssikring, inklusive helse-, miljø- og sikkerhet som er relevant for denne kontrakten. Hvis rutinene er beskrevet i virksomhetens kvalitetsledelsessystem i henhold til ISO 9001 eller tilsvarende tredjepartsverifisert system, er det tilstrekkelig å legge ved gyldig sertifikat.»
- (4) Tilbudene skulle vurderes på tildelingskriteriene «*Pris*» 60 prosent og «*Rutiner, metodikk og garanti*» 40 prosent. Tildelingskriteriet «*Rutiner, metodikk og garanti*» var i konkurransegrunnlaget punkt 4.2.2 beskrevet slik:

«Tilbyder skal dokumentere sine rutiner og metodikk for gjennomføring av kontrollene. Herunder vektlegges spesielt varsling, gjennomføring av kontroll, dokumentasjon, avviksklassifisering og rapportering (dialog etter kontroll).

I tillegg evalueres punkt 12 i kravspesifikasjonen her.»

- (5) Punkt 12 i kravspesifikasjonen gjaldt leverandørenes kursinnhold.
- (6) I Merzell krysset Lekeplasskontrollen AS (heretter *klager*) av på at de har et etablert kvalitetssystem, og kommenterte *«Se tilbudsbrief beskrivelse av løsning - Rutiner, metodikk og garanti»*. Der fremgikk det at:

«4.2.2.Rutiner, metodikk og garanti

- Porteføljen registreres i sin helhet i leverandørenes systemer, og legges inn i inspektørens oversikt over lokasjoner som skal kontrolleres – år for år – og med ca. samme intervall; dvs. 12 måneder. Vi anbefaler at porteføljen legges inn for kontroll tidlig september slik at en følger tidligere års intervall.*

- Så snart reiseruten er endelig planlagt vil alle opplyste kontaktpersoner for hvert anlegg få e-post som varsler om kontrollen. Denne sendes ut min. 2 uker før kontrollene påstartes.*

- En avsluttende gjennomgang etter at inspektøren har fullført kontrollen vil tilbys ved at de som ønsker dette melder skriftlig tilbake så snart de mottar epost med varsel om kontroll. Inspektøren vil da kunne hensynta dette i sin planlegging av gjennomføringen, også i forhold til de som melder ønske om avsluttende gjennomgang, slik at disse besøkes innenfor vanlig arbeidstid. I samme epost kan kontaktperson melde fra om det er utstyr/elementer som ønskes unntatt kontroll, slik at inspektøren noterer seg dette (jfr. §4 i note 7).*

- Våre inspektører har firma-klær med tydelig logo for synliggjøring av oppdraget, samt identifikasjon/medbrakt sertifikat. Alle behersker norsk som morsmål, er godt vant med barn og ansatte i pedagogiske virksomheter og har innarbeidet gode rutiner ift. å tilpasse seg virksomhetes drift gjennom 15 år.*

- Det årlige hoved-ettersynet gjennomføres iht. følgende kontrollgrunnlag: o NS-EN:1176 del 1-7, og 10-11 Lekeplassutstyr og fallunderlag (Felleseuropeisk standard – sist reviderte utgaver 2008, 2014 og 2017), samt Forskrift om sikkerhet ved Lekeplassutstyr (LF) der denne stiller strengere krav. Ved regelendringer justeres underlaget fortløpende.*

- For utstyr/aktivitets-elementer som ikke inngår i NS-EN 1176 benyttes tilgjengelige produkt-standarder, bl.a. for ballbinger, parkour, treningsutstyr, målbur, basket, bordtennis, skate osv. I tillegg benyttes lov/forskrift der disse er relevante.*

- Utført hovedettersyn dokumenteres – år for år - med klistremerke 12 x 5 cm ved inngangen eller egnet sted på lekeplassen/anlegget.»*

- (7) Innklagede informerte ved brev datert 2. juli 2019 at klager var avvist fra konkurransen. Avvisningen ble begrunnet slik:

«Med henvisning til forskrift om offentlige anskaffelser §9-5 (1)/ 24-2 (1), ser vi oss dessverre nødt til å avvise Deres tilbud.

Bestemmelsen er et «skal» vilkår for avvisning, dvs. at tilbudene skal avvises dersom et av vilkårene er oppfylt.

§ 9-5. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet.

(1) Oppdragsgiveren skal avvise en leverandør:

a. som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene;»

- (8) Innklagede viste videre til kvalifikasjonskravet slik det var beskrevet i konkurransegrunnlaget og begrunnet avvisningen videre slik:

«Kvalifikasjonskravet er ikke oppfylt da vi ikke kan se at tilbudsbrevet inneholder noen beskrivelse av firmaets kvalitetssystem med hensyn på kvalitet vedrørende kunder, ansatte, helse, miljø, sikkerhet. Vi finner heller ingen objektive holdepunkter for at slik dokumentasjon forelå på tilbudstidspunktet, og det gis dermed ikke anledning til å ettersende manglende dokumentasjon på at kvalifikasjonskrav er oppfylt av tilbyder.

Vilkåret er som nevnt et «skal» vilkår for å avvise tilbud, og vi har derfor ikke anledning til å ta Deres tilbud i betraktning.»

- (9) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil avventes til klagenemnda har behandlet saken.
- (10) Klagen ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 9. august 2019.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. oktober 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avlyse konkurransen. Dokumentasjonskravene under kvalifikasjonskravene er uklare og mangelfulle. Konkurransen kunne fått et annet utfall for klager om dokumentasjonskravene var tydeligere beskrevet.
- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Innklagede skulle godtatt klagers redegjørelse av sitt kvalitetssystem og rutiner som dokumentert i tilbudsbrevet under «Beskrivelse av løsning», 4.2.2. Rutiner, metodikk og garanti».
- (14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klager på feil grunnlag. Innklagede har sammenblandet forskriften § 9-5 og § 9-6.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å inngå dialog med klager for avklaringer, for så å avvise dem på et grunnlag hvor det ikke har vært foretatt avklaringer.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å formulere et uklart kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav. Ingen av leverandørene har henvendt seg til innklagede med spørsmål om hvordan kvalifikasjonskravet skulle forstås.
- (17) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klager fra konkurransen. Klager oppfylte ikke oppgitte kvalifikasjonskrav. Det er ingenting i dokumentet «*Beskrivelse av løsning*», 4.2.2. *Rutiner, metodikk og garanti*» som gir innklagede svar på kvalifikasjonskravet om at klager skal ha et system for kvalitetssikring.
- (18) Innklagede har ingen plikt til å foreta avklaringer av kvalifikasjonskrav, og har derfor ikke brutt regelverket.
- (19) Innklagede har ikke gitt ulike forklaringer på hvorfor klager ble avvist.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp av tjenester knyttet til sikkerhetskontroll på lekeplasser og uteområder.
- (21) Innklagede har oppgitt at anskaffelsens estimerte verdi er 230 000 kroner per år, og totalverdien er dermed under nasjonal terskelverdi. Sett hen til at konkurransen var kunngjort som en åpen tilbudskonkurranse etter forskriften del II, legger klagenemnda til grunn at innklagede har bundet seg til å følge dette regelverket. Se i denne forbindelse NOU 2014:4 side 62. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen dermed forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av klager og uklart kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.
- (23) Det fremgår av forskriften § 9-5 (1) bokstav a, at «*oppdragsgiveren skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».
- (24) I avvisningsbegrunnelsen viser innklagede til forskriften § 9-5, men med overskriften i § 9-6 om avvisning «*på grunn av forhold ved tilbudet*». Det vises imidlertid til ordlyden i den korrekte avvisningshjemmelen i § 9-5, som gjelder forhold ved leverandøren. Det fremgår for øvrig tydelig av avvisningsbegrunnelsen at klager har blitt avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om å ha et etablert kvalitetssystem.
- (25) Klager fremholder at deres beskrivelse under «*Rutiner, metodikk og garanti*» i tilbudsbrevet dokumenterer oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at leverandøren «*skal ha et etablert kvalitetssystem*».
- (26) Ved tolkningen av kvalifikasjonskrav er utgangspunktet hvordan den rimelig velinformerte og normalt påpasselige tilbyder vil forstå kravet. I konkurransegrunnlaget var det angitt følgende kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav:

«Tilbyder skal ha et etablert kvalitetssystem

Dokumenteres med redegjørelse for firmaets system for kvalitetssikring, inklusive helse-, miljø- og sikkerhet som er relevant for denne kontrakten. Hvis rutinene er beskrevet i virksomhetens kvalitetsledelsessystem i henhold til ISO 9001 eller tilsvarende tredjepartsverifisert system, er det tilstrekkelig å legge ved gyldig sertifikat.»

- (27) Et av tildelingskriteriene i konkurransen var *«Rutiner, metodikk og garanti»*. Under tildelingskriteriet skulle leverandørene beskrive sine rutiner og metoder for gjennomføring av kontrollene. Under kvalifikasjonskravet skulle leverandørene beskrive firmaets system for kvalitetssikring, med fokus på helse, miljø og sikkerhet. Klagers beskrivelse under *«Rutiner, metodikk og garanti»* besvarte tildelingskriteriet, ved å redegjøre for hvordan klager ville gjennomføre oppdraget. Beskrivelsen gav imidlertid ingen informasjon om hvilket kvalitetssystem klager har. Klager har altså ikke dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at leverandøren skal *«ha et etablert kvalitetssystem»*.
- (28) Klagenemnda kan ikke se at det er rettslige mangler ved innklagedes avvisning av klager. I e-post av 2. juli 2019 fremgår det at klager kan ha glemt å laste opp vedlegget som dokumenterer at klager har et etablert kvalitetssystem. At klager har glemt å legge ved et dokument som dokumenterer oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, må klager selv bære risikoen for, jf. forskriften § 9-1 (2).
- (29) Innklagede har på denne bakgrunn ikke brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Klagers anførsler gir heller ikke grunnlag for å konkludere med at dokumentasjons- og kvalifikasjonskravet er uklart utformet.

Avklaringsplikt

- (30) Klager anfører også at innklagede har brutt regelverket ved å foreta avklaringer om innholdet i klagers tilbud, uten også å avklare om kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (31) Det følger av forskriften § 9-3 (1) at dialogen i tilbudskonkurranser *«kan gjelde alle sider ved tilbudene og andre mottatte dokumenter eller opplysninger og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger»*.
- (32) Bestemmelsen gir etter sin ordlyd kun en rett for oppdragsgiveren, på fastsatte vilkår, til å be om avklaring. Om denne adgangen skal benyttes, er etter forskriften overlatt til oppdragsgivers skjønn.
- (33) Leverandørene bærer i utgangspunktet risikoen for at tilbudet er korrekt utformet. En plikt til å foreta avklaringer foreligger bare i spesielle tilfeller, for eksempel der en uklarhet i tilbudet skyldes et uklart konkurransegrunnlag. Se blant annet lagmannsrettens dom i LB-2018-147988 og klagenemndas avgjørelse i sak 2018/209 premiss (41). Avklaringsplikten følger i slike tilfeller av likebehandlingsprinsippet i loven § 4, jf. forskriften § 9-3 (4).
- (34) I foreliggende sak fremstår ikke det aktuelle kvalifikasjonskravet og det tilhørende dokumentasjonskravet som uklart. Klagers tilbud inneholder ikke noen uttrykkelig informasjon om at klager har et etablert kvalitetssystem, utover å ha svart *«Ja»* på at kvalifikasjonskravet er oppfylt.

- (35) Klager ble i e-post av 25. juni 2019 bedt om å avklare punkt 7 i kravspesifikasjonen om at «*kontrollen skal gjennomføres sammen med virksomhetens kontaktperson/ansvarlig*». Innklagede ba ikke klager avklare om det omstridte kvalifikasjonskravet var oppfylt. Etter klagenemndas oppfatning utgjør ikke dette en særlig omstendighet som tilsier at innklagede hadde plikt til å avklare hvorvidt klager oppfylte kvalifikasjonskravet. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Kommunene Engerdal, Trysil, Stor-Elvdal, Åmot, Alvdal, Folldal, Os, Rendalen, Tolga, Tynset og Røros har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk