



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, Kvalifikasjon-/dokumentasjonskrav

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av avfallshåndteringstjenester. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2023 i sak 2023/192

Klager: Renovasjonen Næring AS

Innklaget: Hå, Time, Klepp og Sola kommuner

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Hå, Time, Klepp og Sola kommuner (heretter *innklagede*) kunngjorde 23. desember 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av innsamling av husholdningsavfall for kommunene. Kontrakten skal løpe i seks år fra oppstartstidspunktet, med opsjon på ytterligere to år. Anskaffelsens årlige verdi var estimert til 30-40 millioner kroner. Tilbudsfrist var 3. februar 2023.
- (2) Kontrakt ville tildeles basert på tildelingskriteriene «*Pris*» (60 prosent) og «*Kvalitet og miljø*» (40 prosent).
- (3) Innklagede hadde stilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørenes erfaring:
«Bare for tjenester: I referanseperioden har leverandøren utført følgende viktige vareleveranser av den etterspurte type, eller følgende viktige tjenester av den etterspurte type. Oppdragsgiver kan kreve opp til tre års erfaring og tillate at det tas hensyn til erfaring fra tiden før de seneste tre år.»
- (4) Som dokumentasjonskrav måtte leverandørene levere en «*[b]eskrivelse av leverandørens (foretaket) mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene for innsamling og transport av husholdningsavfall for minst 25.000 innbyggere. Referanselisten skal også beskrive opplysninger om verdi, tidspunkt, samt navnet på den offentlige eller private mottaker med kontakinformasjon for eventuell referanseinnhenting.*»
- (5) To leverandører leverte tilbud innen fristen. Det var Renovasjonen Næring AS (heretter *klager*) og Nordren AS (heretter *valgte leverandør*).
- (6) I tilbudet svarte klager «*Ja*» på at de ville støtte seg på underleverandører for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Klager oppga «*Renovasjonen IKS*» som underleverandør, og

innklagede mottok ESPD-skjema for underleverandøren. Klager svarte «Nei» på om man hadde til hensikt å bruke underleverandører til å oppfylle kontrakten.

- (7) Klager leverte en referanseliste om erfaring fra relevante oppdrag. Listen viste til leveranser for Stavanger kommune, Sandnes kommune og IVAR IKS.
- (8) I tilbudsbrevet skrev klager:

«Renovasjonen IKS har i dag ansvaret for innsamling av avfall i 11 kommuner. Vi har opparbeidet en solid kompetanse og erfaring innenfor innsamling av husholdningsavfall i våre eierkommuner som er Stavanger og Sandnes Kommuner. I tillegg har vi oppdrag for IVAR IKS på innsamling av husholdningsavfall i Ryfylke.»
- (9) Klager opplyste i tilbudsbrevet at valgte leverandør er eid av Renovasjonen IKS. Morselskapet Renovasjonen IKS har to heleide datterselskaper – klager og Renovasjonen Egenregi AS. Klager opplyste at hovedtyngden av renovatørene var ansatt i morselskapet, og at morselskapet eide alle kjøretøy. Ansatte og kjøretøy ble leid ut til datterselskapene. Morselskapet hadde også eget verksted for vedlikehold og reparasjon av egne kjøretøy.
- (10) Vedlagt tilbudsbrevet leverte klager en løsningsbeskrivelse og produksjonsplan. Løsningsbeskrivelsen redegjorde for hvor mange årsverk som man planla å bruke, og at det ville bli dannet en egen avdeling for oppdraget med en fast stamme av ansatte til å utføre oppdraget. Videre ga beskrivelsen blant annet informasjon om serviceorganisasjonen, ordrekontor og nøkkelpersonell til oppdraget.
- (11) Morselskapet Renovasjonen IKS har inngått en «Hovedavtale for egenregi» for innsamling og transport av husholdningsavfall med Stavanger og Sandnes kommuner. Det følger av avtalens punkt tre at datterselskaper under Renovasjonen IKS som utfører tjenester i egenregi, er underlagt denne avtalen. I Renovasjonen IKS sin årsberetning for 2021 står det at det er løpende tjenesteavtaler med datterselskapet Renovasjonen Egenregi AS om innsamling av husholdningsavfall i eierkommunene.
- (12) Den 22. februar 2023 mottok klager tildelingsbrev fra innklagede, der klager var innstilt som vinner av konkurransen.
- (13) Den 2. mars 2023 mottok klager brev med informasjon om at klager var avvist fra konkurransen.
- (14) I avvisningsbrevet skrev innklagede at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om å ha utført viktige tjenester av den etterspurte type. Innklagede viste til at referanseprosjektene var gjennomført av selskapet Renovasjon Egenregi AS, og innklagede skrev at disse ikke kunne hensyntas selv om Renovasjon Egenregi AS og klager hadde samme eier. Innklagede skrev videre at det ikke var beskrevet i tilbudet, eller lagt ved forpliktelseserklæring, som tilsa at klager planla å støtte seg på Renovasjon Egenregi AS for å oppfylle kvalifikasjonskravene.
- (15) Den 6. mars 2023 påklaget klager avvisningsbeslutningen. I brev av 9. mars 2023 opprettholdt innklagede beslutningen.
- (16) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. mars 2023. Innklagede har bekreftet at man utsetter kontraktsinngåelsen til klagenemndas avgjørelse foreligger, og saken er derfor prioritert av nemnda.

- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. mai 2023.

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede brøt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Klager oppga morselskapet Renovasjonen IKS som underleverandør, og referanseprosjektene er utført av personell ansatt i Renovasjonen IKS. Morselskapet Renovasjonen IKS er eid av kommunene Stavanger og Sandnes, og avtalen om innhenting av husholdningsavfall er inngått mellom Renovasjonen IKS og eierkommunene.
- (19) Det fremgår av tilbudet at det er ressurser fra Renovasjonen IKS som vil bli benyttet, da det fremgår at renovatørene er ansatt i morselskapet selv om de utfører arbeid for datterselskapene Renovasjonen Næring AS eller Renovasjonen Egenregi AS.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Avvisningen av klager fra konkurransen var ikke i strid med regelverket.
- (21) Selv om det er Renovasjonen IKS som er avtalepart i avtalen med kommunene Stavanger og Sandnes, er selve oppdraget om innsamling av husholdningsavfall i kommunene utført av datterselskapet Renovasjonen Egenregi AS. Det avgjørende for om kvalifikasjonskravet er oppfylt, er hvilket selskap som rent faktisk har utført oppdragene. Klager har i tilbudet ikke støttet seg på Renovasjonen Egenregi AS. Klager har uansett ikke vedlagt forpliktelseserklæring.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager deltok i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av innsamling av husholdningsavfall, som er en tjenesteanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (23) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om relevant erfaring.
- (24) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiveren «skal» avvise en leverandør «som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (25) Det fulgte av kvalifikasjonskravet at leverandørene skulle vise til viktige tjenester som «leverandøren» hadde utført, og dette skulle dokumenteres ved å beskrive «leverandørens (foretakets) mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene (...)»
- (26) Det er uomtvistet mellom partene at klager selv ikke oppfyller kvalifikasjonskravet. Innklagede har imidlertid anført som grunnlag for avvisningen at det ikke fremgår av tilbudet at klager skulle støtte seg på Renovasjonen IKS, og dernest at Renovasjonen IKS uansett ikke har adgang til å påberope seg de aktuelle referanseprosjektene som innklagede mener tilhører Renovasjon Egenregi AS.
- (27) En leverandør kan støtte seg på kapasiteten til andre ressurser for å oppfylle kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. forskriften § 16-10 (1). Det følger av samme

bestemmelse annet ledd at dersom en leverandør støtter seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene, *«skal han dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra disse virksomhetene»*. Slik forpliktelseserklæring ble etter det opplyste, ikke levert inn sammen med klagers tilbud.

- (28) Det fremkommer ikke av konkurransegrunnlaget at slik forpliktelseserklæring måtte leveres inn sammen med tilbudet innen utløpet av tilbudsfristen. Klager kan derfor ikke avvises som følge av manglende forpliktelseserklæring i en slik situasjon, forutsatt at det fremgår av tilbudet at klager har ment å støtte seg på den aktuelle ressursen, og at underleverandøren har ment å avgi slik støtte, se for eksempel sak 2021/592, dvs. at det er adgang til ettersending og avklaring etter forskriften § 23-5
- (29) Dersom dette fremgår i tilstrekkelig grad av tilbudet, må innklagede gi klager mulighet til å fremlegge slik forpliktelseserklæring som følge av at det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at slik måtte leveres innen utløp av tilbudsfristen. Slik avklaring kan gjøres også etter kontraktstildeling dersom det gjøres for å rette feil ved tildelingsbeslutningen, jf. bla. tidligere saker 2015/83 avsnitt 26 og sak 2020/254 avsnitt 28.
- (30) Hvorvidt klager har ment å støtte seg på Renovasjonen IKS og dette selskapet har ment å avgi støtte til klager, må avgjøres på bakgrunn av en konkret tolkning av tilbudsdokumentene.
- (31) Når det gjelder ettersending av forpliktelseserklæringer, er det etter nemndspraksis avgjørende om det fremgikk tilstrekkelig klart av tilbudet at klager kunne støtte seg på ressursene til Renovasjonen IKS, og om Renovasjonen IKS hadde ment å avgi slik støtte.
- (32) Etter det opplyste leverte Renovasjonen IKS ESPD-skjema som del av klagers tilbud. Innlevering av ESPD-skjema sammen med klagers tilbud viser at underleverandøren har engasjert seg i klagers tilbud, og nemnda mener dette normalt må anses å være et uttrykk for at underleverandøren har ment å avgi en form for støtte for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Det er ingen annen grunn til at vedkommende leverandør har inngitt et ESPD-skjema i konkurransen. Det fremgår videre av klagers løsningsbeskrivelse at gjennomføringen av leveransen skulle organiseres gjennom et tett samarbeid mellom klager og Renovasjonen IKS. Klagenemnda oppfatter det slik at daglig leder, aktuell driftsleder og de faste renovatørene er ansatt i eller leies ut fra Renovasjonen IKS til klager, og at øvrig organisasjon er ansatt i Renovasjonen IKS, herunder ordrekontor, logistikksjef og teknisk leder. Ressursene som er nødvendige for å oppfylle kontrakten, vil dermed være ansatt både hos klager og i Renovasjonen IKS.
- (33) På denne bakgrunn mener klagenemnda at det følger av tilbudet at klager har ment å støtte seg på Renovasjonen IKS, og at Renovasjonen IKS har ment å avgi støtte. Det vil derfor ikke være en forbedring av tilbudet å innhente forpliktelseserklæring etter inngitt tilbud. Som nevnt innledningsvis, må det påhvile innklagede å sørge for slik avklaring i en situasjon der innklagede ikke har fastsatt frist for slik innlevering i konkurransegrunnlaget.
- (34) Innklagede har videre anført at klager ikke kan påberope seg de oppgitte referanseprosjektene til Renovasjonen IKS vedr. leveranse av tjenester til Stavanger og

Sandnes kommuner, da oppdragene i realiteten er gjennomført av et annet selskap; Renovasjonen Egenregi AS.

- (35) Nemnda vil innledningsvis bemerke at Renovasjonen IKS inngår i et konsern der selskapet innehar posisjon som et morselskap med 100 % eierskap av de to andre selskapene (klager og Renovasjon Egenregi AS). Det er i alminnelighet lagt til grunn i juridisk teori, se Dragsten «Anskaffelsesloven med forskrift, Kommentartutgave» på s. 621 at dersom en tilbyder støtter seg på et datterselskap, som det har selskapsrettslig kontroll over, så vil det ikke være påkrevd å fremlegge en forpliktelseserklæring. Det samme må gjelde der en underleverandør ønsker å støtte seg på ressursene til et datterselskap.
- (36) For øvrig redegjør klager i sitt tilbud for hvordan Renovasjonen IKS har organisert driften av selskapene i konsernet. Renovatørene er i hovedsak ansatt i morselskapet Renovasjonen IKS, men blir leid ut til datterselskapene. Det fremgår av tilbudet at kjøretøy er eid av morselskapet, og at disse også leies ut til datterselskapene. Det fremstår for nemnda som dette samsvarer med hvordan Renovasjonen IKS har organisert arbeidene i referanseprosjektene. Renovasjonen IKS har inngått en hovedavtale med Stavanger og Sandnes kommuner om avfallshåndtering. Nemnda forstår det slik at selv om det er Renovasjonen Egenregi AS som utfører avfallshåndteringen i referanseprosjektet, er erfaringen knyttet til de ansatte, som er ansatt i morselskapet. En rekke støttefunksjoner som er nødvendige for driften, er videre plassert i morselskapet.
- (37) Samlet vurdert har nemnda derfor ingen rettslige innvendinger mot at Renovasjonen IKS er angitt som leverandør for referanseprosjektene. Nemnda mener derfor klager kunne påberope seg referanseprosjektene til Renovasjonen IKS.
- (38) Klagenemnda konkluderer etter dette med at innklagede brøt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Innklagede må videre tillate ettersending av forpliktelseserklæring.

Konklusjon:

Hå, Time, Klepp og Sola kommuner brøt forskriften § 24-2 (1) ved å avvise klager fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er elektronisk godkjent, og har ingen signatur.

