



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for ombygging av to fergekaier. Klagenemnda kom til at innklagde hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved ikke å opplyse om hvilken kvalifikasjonskategori som ville bli brukt ved kvalifikasjonsvurderingen. Videre fant nemnda at forhandlingsforbudet var overtrådt ved at valgte leverandør under tilbudsevalueringen var bedt om å stille 100 % bankgaranti for entreprenørens sikkerhet, i stedet for 10 % som angitt i konkurransegrunnlaget. Nemnda fant videre at forskriftens §§ 15-2 jf 17-2 var brutt ved at innklagede hadde tatt hensyn til valgte leverandørs økonomiske kvalifikasjoner i tildelingsevalueringen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. november 2006 i sak 2005/292 – DA

Klager: BM Overflateteknikk AS

Innklaget: Statens vegvesen Region Midt

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning. Ufullstendige kvalifikasjonskriterier. Forhandlingsforbudet. Likebehandling. Sammenblanding av kvalifikasjons- og tildelingsevaluering. Valg av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region Midt kunngjorde 28. juni 2005 en åpen anbudskonkurranse for ombygging av fergekaiene på Solavågen og Festøya. Byggearbeidene var inndelt i to elementer, K1 og L1. Denne klagen refererer seg til K1.
- (2) Av kontraktsbestemmelsene, som var vedlagt konkurransegrunnlaget, fremgikk det følgende krav til entreprenørens sikkerhetsstillelse, jf punkt C 13.2:

”Er ikke annet avtalt, skal entreprenøren stille en samlet sikkerhet for oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser i utførelsestiden og i reklamasjonstiden. Byggherren er ikke forpliktet til å betale avdrag før han har mottatt entreprenørens sikkerhetsstillelse. Sikkerheten for entreprenørens kontraktsforpliktelser i utførelsestiden, herunder ansvar for forsinket fullføring, skal utgjøre 10 % av kontraktssummen. Sikkerheten kan gjøres gjeldende for forhold byggherren påberoper seg senest ved overtakelsen. Sikkerheten skal stilles av innenlands bank, forsikringselskap eller annen kredittinstitusjon som godkjennes av byggherren. Som sikkerhet aksepteres også garantibeløpet plassert på sperret konto til fordel for byggherren. Renter tilfaller entreprenøren. [...] Garantierklæringen utformes i samsvar med NS 3435 (4. utgave, august 1994).”

- (3) Av konkurransegrunnlagets punkt D1 fremgår det at det skal foretas ”full firmakvalifisering” i denne konkurransen, hvilket innebærer at samtlige punkter i

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

grunnlagets kapittel F skal evalueres. Hvilken kvalifikasjonskategori som skulle anvendes, er ikke opplyst.

- (4) I NA-rundskriv 05/5 side 2 fremgår det at kvalifikasjonsvurderingen kan foretas etter tre forskjellige kvalifikasjonskategorier, A, B eller C. Dette var illustrert i følgende tabell:

	Kvalifikasjonskat egori			
	Kontraktstørrel se i mill. kr.	Kontraktstørrelse i mill. kr.	Kontraktstørrel se i mill. kr.	Kontraktstørrel se i mill. kr.
	5-20	20-50	50-150	>150
Liten risiko	A	A	B	C
Middels risiko	A	B	C	C
Stor risiko	B	C	C	C

- (5) Tilslutt fremgår det at: *"Hvilken kvalifikasjonskategori som gjelder skal stå i kapittel D1 i konkurransegrunnlaget."*
- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud, deriblant fra BM Overflateteknikk AS (heretter kalt klager) og A. Våge AS.
- (7) Etter tilbudsfristens utløp bestemte innklagede seg for å foreta kvalifiseringen av tilbyderne etter kvalifikasjonskategori B. Samtlige tilbydere ble ansett kvalifisert. Etter at kvalifiseringen av tilbyderne var ferdig ba innklagede i e-post av 6. september 2005 A. Våge AS om å opplyse om *"bankforbindelse og mulighet for å få bankgaranti for hele byggesummen."* Dette ble besvart i e-post av 11. september 2005, hvor det ble uttalt at: *"Bankforbindelse og mulighet for å få bankgaranti for hele byggesummen. – sparebanken Volda Ørsta – Garanti for hele prosjektet er OK."*
- (8) Av innstillingen til valg av tilbud, inntatt i anskaffelsesprotokollen side 4, fremgår det følgende:

"Vi innstiller at kontraktene blir gitt til de to firmaene som til sammen gir den laveste prisen for prosjektet:

<i>A. Vaage AS for element K1</i>	<i>kr. 14 124 880</i>
<i>Nordvest Sveis AS for element L1</i>	<i>kr. 4 564 837</i>
<i>K1 + L1 til sammen</i>	<i>kr. 18 689 717</i>

Med et forbehold om at firma A. Vaage først skaffer bankgaranti for sitt oppdrag – firmaet har i vedlagte e-mail sagt at dette er i orden."

- (9) I anskaffelsesnemndas tilbakemelding til innstillende myndighet fremgår det at: *"anskaffelsesnemnda slutter seg til saksbehandlers innstilling."* Tilslutt fremgår det av anskaffelsesprotokollen at klagers tilbud ble rangert som det nest beste.

- (10) I brev av 30. september 2005 ble tilbyderne meddelt at A. Våge var tildelt kontrakten. Dette ble påklaget av BM Overflateteknikk AS i brev av 5. oktober 2005. Klagen ble avslått av innklagede i brev av 13. oktober 2005.
- (11) 20. oktober 2005 fremmet klager en revidert klage. I svarbrev av 28. oktober 2005 til den reviderte klagen uttalte innklagede at: *"Vegvesenet er av den oppfatning at det var ukorrekt å ta opp størrelsen på bankgarantien på et tidspunkt etter at tilbudsfristen var utløpt. Vi er likevel av den oppfatning at feilen ikke har hatt betydning for tildelingen av oppdraget."*

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (13) Når innklagede anså det nødvendig å stille krav om utvidet garanti som følge av valgte leverandørs dårlige økonomi, hadde innklagede både rett og plikt til å avvise leverandøren. Dette selv om leverandøren ikke måtte avvises automatisk på grunn av den dårlige poengsummen under de økonomiske kvalifikasjonskravene. Ved å kreve tilleggsgaranti har innklagede i realiteten kommet til at økonomien i selskapet var for dårlig, og følgelig redusert og endret på kvalifikasjonskravene.
- (14) Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget hvilken kvalifikasjonskategori tilbyderne skal vurderes etter. Dette er feil i henhold til anskaffelsesregelverket.
- (15) Innklagede har brutt forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1, kravet til likebehandling i lovens § 5 og forskriftens § 3-1, og forskriftens 15-2, ved å be valgte leverandør om å tilby bankgaranti for 100 % av byggesummen. Forhandlingsforbudet er brutt idet innklagede ba valgte leverandør om å tilby sikkerhet for 100 % av kontraktssummen, istedenfor 10 %, som angitt i konkurransegrunnlagets kontraktsbestemmelser punkt C 13.2, under tilbudsevalueringen. Likebehandlingsprinsippet er brutt ved at det kun var valgte leverandør som ble bedt om å tilby utvidet bankgaranti. Forskriftens § 15-2 er brutt ved at innklagede tok stilling til kvalifikasjonskravene i tildelingsevalueringen. Valgte leverandørs svake økonomi er vektlagt i tildelingsevalueringen, ellers ville det ikke blitt bedt om full bankgaranti etter at kvalifikasjonsvurderingen var slutført.
- (16) Valgte leverandør hadde så svak økonomi at selskapet ikke ville blitt tildelt kontrakten om full bankgaranti ikke var blitt stilt. Innklagede skulle tildelt kontrakten til klager.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (18) Innklagede hadde verken rett eller plikt til å avvise valgte leverandør, idet vedkommende tilfredsstilte de økonomiske kvalifikasjonskravene og dermed var kvalifisert. A. Våge AS fikk ikke 0 på noen av punktene og gjennomsnittet var over 2,25, som er minstekravet i henhold til NA-rundskriv 05/5 og konkurransegrunnlagets del F1. Kvalifikasjonskategori B ble lagt til grunn for samtlige tilbydere.

- (19) Fordi det ville være en klar fordel om leverandøren kunne tilby 100 % sikkerhet for byggesummen, ble dette etterspurt i e-post av 6. september 2005. Det kan synes som om saksbehandler har vektlagt at slik garanti ble stilt, men verken anskaffelsesnemnda eller fungerende regionssjef, som har den endelige tildelingsmyndighet, synes å ha vektlagt dette, idet ingen av disse har nevnt noe om dette i sine vurderinger. Når A. Våge AS allerede var kvalifisert og vedkommendes tilbud var ansett som det økonomisk mest fordelaktige, var bankgaranti for 100 % av byggesummen ikke avgjørende for tildelingen av kontrakten. Et eventuelt brudd på forhandlingsforbudet i § 16-1 har derfor ikke hatt virkning for de øvrige tilbyderne, og klagers anførsel tilknyttet dette bør derfor avvises som grunnløs. At det i anskaffelsesprotokollen er tatt forbehold om at valgte leverandør skaffer bankgaranti på 100 % av kontraktssummen, må skyldes en ren lapsus fra saksbehandlers side. Saksbehandler må antageligvis ha ansett bankgaranti på 100 % som en ekstra sikkerhet, utover innklagedes minstekrav.
- (20) I tildelingsevalueringen er det ikke tatt hensyn til i hvilken grad valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskriteriene. Tilbudene er utelukkende evaluert på basis av tildelingskriteriene. Forespørselen til valgte leverandør om å stille 100 % bankgaranti for kontraktssummen, viste seg i ettertid ikke å ha betydning for tildelingen. Det ble ikke på noe tidspunkt uttalt at vedkommende ikke ville bli tildelt kontrakten om slik utvidet garanti ikke ble stilt.
- (21) Valgte leverandørs tilbud ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Tilbudet var lavest i pris, og det var ikke tatt vesentlige forbehold i forhold til tildelingskriteriene.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (23) Partene er enige i at det er NA-rundskriv 05/5 som skal legges til grunn ved evalueringen av konkurransen. Rundskrivet er en intern håndbok som benyttes som en del av konkurransegrunnlaget i vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.

Avvisning av valgte leverandør

- (24) Idet innklagede har dokumentert at valgte leverandør tilfredstilte de økonomiske kvalifikasjonskravene, og klager for så vidt heller ikke synes å bestride dette, kan klagenemnda ikke se at leverandøren skulle vært avvist.

Opplysning om hvilken kvalifikasjonskategori som skulle benyttes i kvalifikasjonsvurderingen

- (25) Av forskriftens §§ 12-5 og 12-6 fremgår det at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner. Disse skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen, og eventuelt utdypes eller suppleres i et eget kvalifikasjonsgrunnlag, som sendes leverandørene før eller sammen med konkurransegrunnlaget. I klagenemndas saker 2005/243 (premiss 27) og 2005/44 (premiss30) er det slått fast at kravene skal være utformet så klart og fullstendig at enhver rimelig opplyst og normalt påpasselig

leverandør kan forstå innholdet i dem, og utlede hvilke konkrete betingelser som stilles for deltakelse i konkurransen.

- (26) Fordi valg av kvalifikasjonskategori har direkte betydning for hvilke krav som stilles til tilbydernes kvalifikasjoner, finner klagenemnda det i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at dette ikke var opplyst. For øvrig fremgår det også av rundskrivet at dette skulle vært oppgitt i konkurransegrunnlaget.

Forhandlingsforbudet

- (27) Av forskriftens § 16-1 (1) følger det at det er forbudt å endre eller forsøke å endre tilbudene i en åpen anbudskonkurranse gjennom forhandlinger.
- (28) Idet innklagede under tilbudsevalueringen har tatt initiativ for å få valgte leverandør til å tilby 100 % bankgaranti for entreprenørens sikkerhet, istedenfor 10 % som angitt i konkurransegrunnlaget, har innklagede brutt forhandlingsforbudet.

Likebehandling

- (29) Idet klagenemnda i punktet ovenfor er kommet til at det var i strid med forhandlingsforbudet å be valgte leverandør om å tilby 100 % bankgaranti, istedenfor 10 % som angitt i konkurransegrunnlaget, behandles ikke klagers anførsel tilknyttet kravet til likebehandling.

Sammenblanding av kvalifikasjons- og tildelingsevalueringen

- (30) Evalueringen av leverandørens tilbud skal skje på basis av tildelingskriteriene, separat fra evalueringen av tilbydernes kvalifikasjoner etter kvalifikasjonskriteriene. Kvalifikasjonskriteriene relaterer seg til forhold ved leverandøren, mens tildelingskriteriene relaterer seg til forhold ved leverandørens konkrete tilbud, jf EF-domstolens sak 31/87 (Beentjes) og sak C-315/01 (GAT/Renco SpA). Samme forhold kan ikke vurderes både ved kvalifiseringen og ved tildelingen, jf Hålogaland lagmannsretts dom av 18. desember 1998, hvor domstolen fastslo at når innklagede ikke hadde lagt negativ vekt på leverandørens kapasitet i kvalifikasjonsvurderingen, kunne ikke samme forhold vektlegges negativt i tildelingsevalueringen, etter at leverandøren var ansett kvalifisert.
- (31) Av innstillingen til tildelingsbeslutningen fremgår det at innstillingen er avgitt under forbehold om at valgte leverandør tilbudte 100 % bankgaranti for entreprenørens sikkerhet. Innstillingen er tilsluttet av den endelige tildelingsmyndigheten hos innklagede.
- (32) Slik klagenemnda vurderer dette, er det nærliggende å tro at det ble bedt om utvidet bankgaranti fordi valgte leverandørs økonomiske kvalifikasjoner var ansett så svake at utvidet garanti var ønskelig for å redusere risikoen ved kontraktstildeling til leverandøren. Dette er en vektlegging av tilbyders kvalifikasjoner i tildelingsevalueringen som er i strid med forskriftens §§ 15-2 jf 17-2.

Valg av tilbud

- (33) Idet valgte leverandør, etter de fremlagte opplysninger, var kvalifisert og hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på tildelingskriteriene, kan nemnda ikke se at innklagedes kontraktstildeling var uriktig.

Konklusjon:

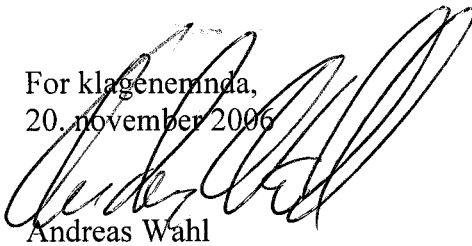
Statens vegvesen Region Midt har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved ikke å opplyse om hvilken kvalifikasjonskategori som ville bli brukt ved kvalifikasjonsvurderingen.

Statens vegvesen Region Midt har brutt forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1(1) ved å be valgte leverandør om å stille 100 % bankgaranti for entreprenørens sikkerhet, istedenfor 10 % som angitt i konkurransegrunnlaget, under tilbudsevalueringen.

Statens vegvesen Region Midt har brutt forskriftens §§ 15-2 jf 17-2 ved å ta hensyn til valgte leverandørs økonomiske kvalifikasjoner i tildelingsevalueringen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem

For klagenemnda,
20. november 2006



Andreas Wahl