



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om maling- og gulvbeleggarbeider i forbindelse med utbygging av en skole. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen, da valgte leverandør ikke hadde dokumentert å oppfylle et av kvalifikasjonskravene i konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 26. november 2012 i sak 2011/26

Klager: NST Byggservice AS

Innklaget: Vindafjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) Vindafjord kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. mai 2010 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om utbygging og ombygging av en skole. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.2.1) angitt å være 28 millioner kroner. I konkurransegrunnlaget punkt 0.500 var det blant annet gitt følgende informasjon om prosjektet:

"0.501 PROSJEKTETS ART OG OMFANG

Skjold skule i Vindafjord skal bygges ut med et tilbygg på ca 600 m².

Utbyggingen skal skje i en etasje som en utvidelse mot nord/nordvest.

Bygget oppføres i trekonstruksjon som nåværende. Det er lagt opp til vannbåren varme i gulv.

Utvendig mot deler av tilbygg og deler av nåværende ungdomsskolefløy skal bygges halvtak. Gangvei skal flyttes og legges rundt nytt tilbygg. For øvrig skal minst mulig av uteområde berøres av arbeidene.

Deler av nåværende bygg skal bygges om og ca 2000 m² er berørt av arbeidene, med ombygging, nytt ventilasjons-, varme-, sanitær-, og sprinkleranlegg og omlegging av elektrotekniske installasjoner. Over nåværende ungdomsskolefløy skal lages nytt teknisk rom.

0.502 PROSJEKTORGANISASJON OG ENTREPRISEFORM

Arbeidene skal gjennomføres som delte entrepriser med følgende inndeling:

*Fagområde 01 Grunn- og betongarbeider
 02 Tømmerarbeider*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

03 Maling- og gulvbeleggarbeider
04 Ventilasjonsarbeider
05 Rørarbeider – Varme- og sanitæranlegg
06 Rørarbeider – Sprinkleranlegg

07 Elektroniske installasjoner

Det forutsettes at entreprenøren påtar seg og blir godkjent som ansvarlig utførende og kontrollerende for sine arbeidere. Det kreves godkjenning i tiltaksklasse 2. I tillegg må de prosjekterende av tekniske anlegg inneha de nødvendige godkjenninger.

Entreprenøren må selv fremskaffe og bekoste nødvendig dokumentasjon som kreves i forbindelse med godkjenningssøknad.

Ved innlevering av tilbud skal entreprenøren dokumentere nødvendig administrasjon og bemanning."

- (2) Foreliggende sak gjelder gjennomføring av konkurranse for fagområde 03 "Maling- og gulvbeleggarbeider".
- (3) I punkt 0.600 "Generelle tilbudsregler" hadde innklagede blant annet opplyst følgende:

"0.604 Skatteattest (§ 8-7)

Entreprenøren skal ved innlevering av tilbud legge fram skatteattest for innbetalt merverdiavgift og skatt. Denne skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra innleveringsdatoen for tilbudet. Videre er entreprenøren forpliktet til å kreve skatteattest i alle underliggende entrepriser/leveranser som overstiger en verdi på kr. 200.000,- før inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget.

[...]

0.606 Dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling (§ 8-4)

Det forutsettes at anbyder har nødvendig økonomisk status samt organisasjon, erfaring og teknisk dyktighet til å kunne gjennomføre oppdraget. Konfr. krav til dokumentasjon i tilbudsskjema post 0.200.

[...]

0.612 Tildelingskriterier

Kontraktstildeling vil skje med utgangspunkt i det tilbud som er økonomisk mest fordelaktig basert på følgende kriterier/vektinger:

Pris: 85-95 %

Leveringstid: 5-15 %"

- (4) I tilbudsskjemaet punkt 0.273 fremgikk hvilken dokumentasjon som skulle legges ved tilbudet:

"Følgende dokumentasjon er vedlagt tilbudet:

1. Firmaattest

2. *Erklæring fra foretaket om tilknytning til offentlig godkjente lærlingeordninger som gjelder kontraktgjennomføring*
3. *Attester for registrering i faglig register*
4. *Skatteattest for merverdiavgift*
5. *Skatteattest for skatt*
6. *Egenerklæring HMS*
7. *Foretakets siste årsberetning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall*
8. *Utdrag av foretakets årsregnskap*
9. *Erklæring om foretakets årsomsetning*
10. *Erklæring om foretakets omsetning de siste årene med relevans til denne kontrakten*
11. *Oversikt over foretakets totale bemanning*
12. *Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget*
13. *Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker*
14. *For dette oppdraget må entreprenøren fremlegge tilfredsstillende redegjørelse om at entreprenøren og dens eventuelle underentreprenører har nødvendig erfaring fra tilsvarende arbeid*
15. *Redegjørelse vedrørende foretakets helse-, miljø- og sikkerhetspolicy*
16. *Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem*

Vennligst avkryss hvilke vedlegg som følger dette tilbudet. Det bemerkes at alle vedlegg over må leveres for at tilbudene skal kunne bli evaluert."

- (5) Innklagede mottok fire tilbud på fagområde 03 "Maling- og gulvbeleggarbeider" innen tilbudsfristen 6. juli 2010 klokken 12.00, herunder fra NST Byggservice AS (heretter kalt klager) og Fjeldkårsstad Gulv AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) Som dokumentasjon for sin økonomiske stilling hadde valgte leverandør lagt ved sitt tilbud en bekreftelse fra revisor om at regnskapet for 2009 var under utarbeidelse og skatteattester for skatt og merverdiavgift.
- (7) Samme dag som tilbudsfristen løp ut, oversendte innklagede åpningsprotokoll til tilbyderne. Her fremgikk det at før kontrollregning og evaluering av eventuelle forbehold var klagers tilbudspris 1 632 534 kroner inkludert merverdiavgift, mens valgte leverandørs tilbudspris var 1 422 820 kroner inkludert merverdiavgift.
- (8) Innklagede informerte tilbyderne om valg av leverandør ved brev 4. november 2010:

**"Skjold skule, maler og golvarbeider
Anbudsinstilling**

På vegne av byggherren takker vi for innlevert anbud på maler- og golvarbeidene.

Anbudsgrunnlag ble levert ut til 5 entreprenører.

Ved anbudsfristens utløp var det kommet inn 4 anbud.

Etter en evalueringsprosess vil Vindafjord kommune følge arkitektens innstilling og vil nå ta sikte på å inngå kontrakt med Fjeldkårsstad Gulv AS.

Fjeldkårsstad Gulv AS har levert det mest fordelaktige tilbudet i.h.t. valgkriteriene, og hadde også lavest anbudspris etter kontrollregning. Anbudsprise inkl. mva. er på kr. 1.422.833,-.

Evt. innsigelser mot dette må være mottatt av undertegnede senest fredag 19. november 2010, kl. 12:00."

- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev 9. november 2010. I brevet anførte klager at valgte leverandør ut fra opplysningene i selskapets regnskap for 2009 ikke oppfylte kravene til tilbydernes finansielle og økonomiske stilling i konkurransegrunnlaget punkt 0.606. I tillegg stilte klager spørsmål til innklagede om valgte leverandør kunne dokumentere oppfyllelse av kravet i konkurransegrunnlaget punkt 0.502 om godkjenning i tiltaksklasse 2.
- (10) Innklagede besvarte klagen ved brev 9. desember 2010:

**"SKJOLD SKULE – MALER- OG GULVLEGGERARBEIDER
KLAGE PÅ ANBUDSINNSTILLING**

Basert på en anbudsevaluering fra Arkitektfirma Brekke Helgeland Brekke AS har Omega Ingeniør og Arkitekttjenester AS innstilt på at, lavbyder Fjeldkårsstad Gulv AS, tildeles oppdraget som utførende entreprenør for maler- og gulvleggerarbeidene ved Skjold skole.

Fra NST Byggservice AS foreligger det en klage på denne innstilling datert 09.11.2010. Denne er begrunnet i at lavbyder ikke tilfredsstiller tilbudsreglene og minimum kvalifikasjonskrav med hensyn til økonomi.

Nordbø & Seglem AS har etter avtale utført en vurdering av klagen samt grunnlaget for denne. I tillegg har vi vurdert deler av evalueringen.

En gjennomgang av lavbyders tilbud viser klart at dette har mangler hva angår dokumentasjon av spesielt finansiell og økonomisk stilling. Dette burde, slik vi ser det, vært fanget opp i forbindelse med evalueringen og nærmere tatt opp med lavbyder slik at supplerende dokumentasjon kunne vært frembrakt før evalueringen ble fullført. Vi har i ettertid tatt kontakt med lavbyder for å få komplettert dokumentasjonen og har fått bekreftet fra lavbyders revisor at selskapet er tilført driftskapital slik at grunnlaget for videre drift skulle være sikret.

NST Byggservice AS har i sitt brev også bemerket at det i tilbudsgrunnlaget er stilt krav om godkjenning i tiltaksklasse 2 og stiller spørsmål om lavbyder har denne. I tilbudsgrunnlagets orienterende del er det stilt generelt krav til godkjenning i tiltaksklasse 2 for alle fag. Lavbyder har ved tilbudsinnlevering fremlagt godkjent

våtromssertifikat og vi legger til grunn at firmaet vil kunne søke og få lokal godkjenning for de arbeidene som krever godkjenning.

Med bakgrunn i ovenstående kan vi ikke se at klagen fra NST Byggservice AS skal tas til følge."

- (11) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 29. januar 2011. Innklagede signerte kontrakt med valgte leverandør 31. januar 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen, da valgte leverandør ikke oppfyller kravet til økonomi i konkurransegrunnlaget punkt 0.606. Det vises til at valgte leverandør har levert mangelfull dokumentasjon for oppfyllelsen av kravet, jf. innklagedes brev 9. desember 2010. Videre vises til at klager har innhentet valgte leverandørs regnskap for 2009. Her fremgår det at valgte leverandør er teknisk konkurs og driver for kreditorenes regning. Blant annet har valgte leverandør en negativ egenkapital på 2 216 845,36 kroner, et beløp som overstiger selskapets balansesum, et negativt driftsresultat på 727 966,39 kroner, og en gjeldsbyrde på 4 255 920,33 kroner. Revisors rapport for 2009 anmerker også at valgte leverandørs aksjekapital er tapt, noe som gir styret handleplikt etter aksjeloven, og at fortsatt drift er avhengig av vesentlig resultatforbedring, gjeldssanering eller tilførsel av likvid kapital.
- (13) Innklagede har også stilt krav om at tilbyderne skal ha godkjenning i tiltaksklasse 2, og klager stiller spørsmål ved om valgte leverandør kunne dokumentere slik godkjenning ved levering av sitt tilbud. At innklagedes rådgiver i brev 9. desember 2010 konkluderer med at valgte leverandør har våtromssertifikat har ingen betydning for vurderingen av godkjenning i tiltaksklasse 2. Etter det klager kjenner til, gis det heller ikke godkjenning i tiltaksklasse 2 til rene gulvleggerselskaper, slik som valgte leverandør.

Innklagedes anførsler:

- (14) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Når det gjelder dokumentasjon for valgte leverandørs økonomiske situasjon, jf. konkurransegrunnlaget punkt 0.273, leverte valgte leverandør for punkt 4 og 5 skatteattester for merverdiavgift og skatt, og for punkt 8 en erklæring fra revisor om at regnskap for 2009 var under utarbeidelse.
- (15) Når det gjelder kravet i konkurransegrunnlaget punkt 0.502 om godkjenning i tiltaksklasse 2, bemerker innklagede at dette fremgikk i den generelle delen av konkurransegrunnlaget som gjaldt for alle fag. Kravet var imidlertid særlig tenkt for betongfaget og tømmerfaget. Å forlange godkjenning i tiltaksklasse 2 for maling- og gulvbeleggarbeider var ikke relevant for det aktuelle bygget. Innklagede har heller ikke bedt om dokumentasjon for oppfyllelse av kravet, og det er ikke tillagt vekt verken ved vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner eller ved evalueringen av tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder maling- og gulvbeleggarbeider, og er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen

var et delarbeid i forbindelse med utbygging av en skole, og anslått verdi for gjennomføring av hele prosjektet er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt å være cirka 28 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (17) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen som følge av at valgte leverandør ikke oppfylte kravet til økonomi i konkurransegrunnlaget punkt 0.606. Anførselen er blant annet begrunnet med at valgte leverandør har levert mangelfull dokumentasjon for at kravet er oppfylt.
- (18) Etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen, med forbehold av 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*. Videre følger det av forskriften § 11-10 (2) bokstav g at oppdragsgiver kan avvise leverandører som har *"unnlatt gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren"*.
- (19) Klagenemnda har tidligere behandlet en rekke saker med spørsmål om plikt til å avvise en leverandør som følge av at det ikke er dokumentert at leverandøren oppfyller et kvalifikasjonskrav, jf. for eksempel klagenemndas saker 2011/141, 2010/323 og 2009/219. I sak 2009/219 premissene (35) og (36) uttalte nemnda følgende om bestemmelsene i forskriften § 20-12 (1) bokstav a og § 20-12 (2) bokstav g, som tilsvarer bestemmelsene i forskriften § 11-10 (1) bokstav a og § 11-10 (2) bokstav g:
- "(35) ... en leverandør skal avvises etter § 20-12 første ledd bokstav a dersom han ikke oppfyller det tilhørende dokumentasjonskravet "og ved dette viser at han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet (eller som følge av dette ikke har dokumentert at han oppfyller kravet)" Dersom tilbyder "ellers" ikke oppfyller kravene til dokumentasjon, kan selskapet avvises etter § 20-12 andre ledd bokstav g, men i slike tilfeller har oppdragsgiver betydelig skjønnsfrihet.*
- (36) Dette viser at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som ikke på noen måte har dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Oppdragsgivers rett til å avvise en leverandør etter § 20-12 andre ledd bokstav g er dermed forbeholdt tilfeller der dokumentasjonskravet ikke er oppfylt, men leverandøren på annen måte likevel har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt, eller at dette fremstår som sannsynlig."*
- (20) Ved vurderingen om en leverandør som ikke har levert etterspurt dokumentasjon, likevel har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt, har innklagede et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve rettslig. Klagenemnda kan kun prøve om oppdragsgiver ved skjønnsutøvelsen har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, om oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, eller om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, jf. for eksempel 2012/107 premiss (20).
- (21) Innklagede har i konkurransegrunnlaget punkt 0.606 stilt krav om at tilbyderne skal ha *"nødvendig økonomisk status [...] til å kunne gjennomføre oppdraget."*
- (22) Når det gjaldt dokumentasjon for oppfyllelsen av kravet, var det vist til tilbudsskjemaet. Her hadde innklagede i punkt 0.273 laget en liste over hvilken dokumentasjon tilbudet skulle inneholde. De kravene om dokumentasjon som var relevante for vurderingen av

tilbydernes økonomiske status var krav nummer 7., "Foretakets siste årsberetning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall", krav nummer 8., "Utdrag av foretakets årsregnskap", krav nummer 9., "Erklæring om foretakets årsomsetning", og krav nummer 10., "Erklæring om foretakets omsetning de siste årene med relevans til denne kontrakten".

- (23) Etter det klagenemnda forstår, forelå fra valgte leverandør en skatteattest og en erklæring fra revisor om at regnskap fra 2009 var under utarbeidelse. Ut over dette forelå ikke øvrig etterspurt dokumentasjon for oppfyllelse av kravet om "tilstrekkelig økonomisk status". De dokumentene valgte leverandør hadde lagt ved sitt tilbud ga dermed ingen informasjon som forutsatt om valgte leverandørs økonomiske situasjon. Når etterspurt dokumentasjon mangler, kan innklagede ikke benytte seg av forskriften § 12-4 om adgang til supplering eller utdypning av dokumenter vedrørende kvalifikasjoner. Innklagede har ikke benyttet seg av muligheten til å innhente offentlig tilgjengelig dokumentasjon etter forskriften § 12-3. Valgte leverandør har etter dette ikke dokumentert at kravet til "tilstrekkelig økonomisk status" er oppfylt. Innklagede har i konkurransegrunnlaget punkt 0.273 varslet at alle vedlegg etterspurt i punktet måtte leveres for at tilbudene skulle kunne bli evaluert. Ved dette har innklagede avskåret seg fra å lempe på konkurransegrunnlagets dokumentasjonskrav, jf. "kan"-regelen i forskriften § 11-10 (2) bokstav g om manglende opplysninger i tilbudet. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (24) På grunn av sakens resultat finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist på annet grunnlag (manglende tiltaksklasse).

Konklusjon:

Vindafjord kommune har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

Bergen, 26. november 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger