



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av vintervedlikehold på ulike roder, og tildelte kontrakt for én av disse rodene til klager. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved å omgjøre kontraktstildelingen og avvise klager fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 10. november 2014 i sak 2013/119

Klager: Øvrebø Invest AS

Innklaget: Vennesla kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Dokumentasjons-/kvalifikasjonskrav. Avvisning av leverandør.
Omgjøring av tildelingsbeslutning.

Bakgrunn:

- (1) Vennesla kommune (heretter innklagede) kunngjorde 13. mai 2013 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av vintervedlikeholdstjenester (brøyting og strøing), fordelt på 16 ulike roder. I konkurransegrunnlaget punkt 1.4 ble det opplyst om at man ønsket å "dele opp avtalen per rode og inngå avtaler med flere leverandører", samt at det var mulig "å innlevere tilbud på en eller flere av rodene".
- (2) Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til 2 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 21. juni 2013.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.18 ble det stilt følgende krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

<i>"Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:</i>	<i>Dokumentasjon som kreves som bevis for at de stilte krav er oppfylt:</i>
<i>Det kreves at tilbyder har tilstrekkelig kompetanse.</i>	• <i>Bemanning for dette oppdraget med navn på de som skal utføre oppdraget, samt beskrivelse av erfaring skal listes opp i Vedlegg 6, Pris og Produktskjema.</i>

<i>Det kreves at tilbyder har god gjennomføringsevne/eller kapasitet.</i>	• Erklæring om tilbyders omsetning de siste årene, med relevans til denne konkurransen. • Eventuelle samarbeidspartnere som er relevante for denne leveransen.
<i>Det kreves at tilbyder har betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag.</i>	• Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker.
<i>Det kreves at tilbyders maskinførere har gyldige maskinførerbevis for hver maskin den enkelte skal operere.</i>	• Dette må på forespørsel kunne dokumenteres.
<i>Det kreves at tilbyder ved utførelsen av oppdrag har tilgjengelig representant som behersker norsk, for å kvalitetssikre at kommunikasjonen på oppdragssted blir effektiv og korrekt.</i>	• Oversikt som viser tilbyders andel av relevant bemanning som behersker norsk.

- (4) Som tildelingskriterier hadde innklagede i konkurransegrunnlaget punkt 1.19 oppstilt "Utførelse/leveranse/kompetanse" (60 %) og "Priser" (40 %). Som underkriterier til det første av disse tildelingskriteriene, hadde innklagede blant annet angitt "Faglig kompetanse" og "Responstid/gjennomføringsevne".
- (5) Innenfor tilbudsfristen kom det inn 19 tilbud. På rode 8 kom det inn fire tilbud, herunder fra Øvrebø Invest AS (heretter klager) og Arild Tveit.
- (6) Ved brev datert 2. juli 2013 ble klager tildelt kontrakten for brøyting og strøing på rode 8.
- (7) På et avklaringsmøte 12. august 2013 kom det frem at klagers hovedsjåfør var 100 % uføretrygdet. På denne bakgrunn informerte innklagede i brev av 20. august 2013 om at klager ikke kunne anses å oppfylle kvalifikasjonskravene om gjennomføringsevne og kapasitet, og at klager derfor måtte avvises fra konkurransen:

"Vintervedlikehold kan i perioder gi en meget stor arbeidsmengde, og tilbyders krav til gjennomføringsevne og kapasitet, jmf. konkurransegrunnlaget, anses som ikke tilstrekkelig på bakgrunn av de nye opplysningene.

Basert på disse opplysninger og krav gitt i konkurransegrunnlaget avvises deres tilbud jmf. Forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 første ledd bokstav e, og andre ledd bokstav a. "

- (8) Det fremgikk videre at man dermed hadde til hensikt å inngå kontrakt med Arild Tveit (heretter valgte leverandør) på rode 8.

- (9) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 18. oktober 2013.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 21. oktober 2013.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. november 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise klager fra konkurransen uten å ha hjemmel for det. Når oppdragsgiver først har ansett en leverandør som kvalifisert, og tildelt denne kontrakt, kan ikke oppdragsgiver senere avvise leverandøren. De viktigste opplysningene om klagers kvalifikasjoner, herunder om klagers tidligere erfaring, forelå allerede i tilbudet. Disse opplysningene viser at klager er kvalifisert til å utføre brøyting av den aktuelle roden. At klagers hovedsjåfør er uføretrygdet endrer ikke på dette. Det vises i denne sammenheng blant annet til en legeuttalelse som gir uttrykk for at sjåføren fint vil klare å drive brøyting opp mot 400 timer. Det er videre snakk om en mindre rode på bare 9 km.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede bestrider at det var i strid med regelverket å omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise klager. Når den aktuelle avvissningsgrunnen, som her, gir oppdragsgiver en avvissningsplikt, har oppdragsgiver adgang til å avvise leverandøren på ethvert tidspunkt i anskaffelsesprosessen. Klager har ikke tilstrekkelig erfaring fra tidligere brøyteoppdrag, og mangler kapasitet/gjennomføringsevne eller til å utføre det foreliggende oppdraget, jf. disse kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget. Innklagede hadde derfor plikt til å avvise klager fra konkurransen, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vintervedlikehold, som er en prioritert tjenesteanskaffelse med CPV-nummer 90620000 ("*Snørydding og brøyting*") i tjenestekategori 16. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til 2 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. Klagenemnda finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at konkurransen bare ble kunngjort i Doffin når den også skulle vært kunngjort i TED-databasen, jf. forskriften § 4-1 bokstav q. Ettersom klager ikke har fremsatt påstand om ulovlig direkte anskaffelse, går nemnda imidlertid ikke nærmere inn på dette.

Hvorvidt innklagede hadde adgang til å omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise klager

- (15) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.¹
- (16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager. Klager ble opprinnelig vurdert som kvalifisert til å delta i konkurransen, og tildelt kontrakt for røde 8.
- (17) Det følger av forskriften § 22-3 nr. 5 at *"[d]ersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått"*.
- (18) Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver i utgangspunktet ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, se eksempelvis klagenemndas sak 2014/30 premiss (25). Dette betyr at oppdragsgiver både kan og skal rette opp feil ved den foregående evalueringen, men at øvrige endringer ikke er tillatt. Bestemmelsen gjelder direkte for det tilfellet at tilbudene ikke er vurdert i samsvar med tildelingskriteriene. Klagenemnda har imidlertid lagt til grunn at bestemmelsen gjelder tilsvarende ved vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt, jf. blant annet nemndas saker 2010/114 premiss (41) og 2013/14 premiss (38).
- (19) I foreliggende sak ble klager opprinnelig ansett kvalifisert på bakgrunn av tilbudets beskrivelse av brøyteerfaringen til klagers tilbudte hovedsjåfør. Gjennomføringsevne skulle dokumenteres med omsetningstall og opplysning om samarbeidspartnere. Kravet til betydelig erfaring skulle dokumenteres ved opplysning om viktigste leveranser de siste 5 år (ovenfor (3)). Klagers dokumentasjon ble godtatt av innklagede. Selv om klager som sådan (selskapet) ikke kunne vise til omsetning som relaterte seg til brøyting, var det ikke nødvendigvis feil av innklagede å legge vekt på den kompetansen og erfaringen som denne sjåføren hadde, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2012/215.
- (20) Da vurderingen av klagers kvalifikasjoner ble gjort, var innklagede ikke kjent med at klagers tilbudte hovedsjåfør var uføretrygdet. Spørsmålet er om innklagede hadde anledning til å omgjøre kvalifikasjonsvurderingen som følge av denne opplysningen.
- (21) I saker som gjelder de fakultative avvisningsreglene, er adgangen til å avvise i enkelte saker ansett å være i behold selv om kontrakt er tildelt, se eksempelvis 2006/153 premiss (112) og forutsetningsvis 2012/246 premiss (45). Heller ikke i disse sakene var forholdet som kunne gi grunnlag for avvisning kjent på tidspunktet for tildeling av kontrakt.
- (22) At klagers tilbudte hovedsjåfør var uføretrygdet er av innklagede ansett som en vesentlig opplysning vedrørende klagers gjennomføringsevne og kapasitet. Kvalifikasjonskrav oppstilles for å sikre at leverandørene er *"egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene"*, jf. forskriften § 17-4 (2). En oppdragsgiver bør derfor ikke være avskåret fra å revurdere om dette er tilfellet, når det kommer inn relevante opplysninger om en leverandørs gjennomføringsevne etter den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen.

¹ I avvisningen av 20. august 2013 ble opprinnelig vist til §§ 11-11 (1) bokstav e og (2) bokstav a i del II, som gjelder avvisning på grunn av forhold ved *tilbudet*, men dette er ikke opprettholdt av innklagede.

- (23) Når det gjelder den konkrete vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/276 i premiss (54).
- (24) Innklagede hadde i det foreliggende tilfellet blant annet stilt krav om "*god gjennomføringsevne*" og "*betydelig erfaring*" fra tilsvarende oppdrag.²
- (25) Basert på tilbudets beskrivelse av hovedsjåførens brøyteerfaring og kompetanse for øvrig, ble klager som nevnt opprinnelig ansett å oppfylle disse kvalifikasjonskravene. Når denne kvalifikasjonsvurderingen ble omgjort ved innklagedes brev av 20. august 2013, var dette utelukkende med henvisning til opplysningen om at klagers hovedsjåfør er uføretrygdet. Innklagede har imidlertid ikke, verken i dette brevet eller i senere skriv, synliggjort betydningen av sjåførens uførhet for kvalifikasjonskravet om god gjennomføringsevne. Utover å påpeke at brøyteoppdraget "*i perioder [kan] gi en meget stor arbeidsmengde*", synes innklagede i det hele tatt ikke å ha foretatt noen reell vurdering av hvilken betydning hovedsjåførens uførhet hadde for klagers gjennomføringsevne.
- (26) Klager har på sin side vist til en legeerklæring som gir uttrykk for at hovedsjåføren fint klarer jobben med snøbrøyting, og at han antageligvis fint vil kunne klare å brøyte opp mot 400 timer i løpet av vinteren. Klagers tilbudte hovedsjåfør er 33 år, og uførheten skyldes en skade som ligger 10 år tilbake i tid. Forholdet er også avklart med NAV, med tanke på hvor mye sjåføren lovlig kan tjene ved siden av uføretrygden. Den aktuelle roden er videre på bare 9 km. Sammenholdt med legeerklæringen tilsier dette at klager har den nødvendige gjennomføringsevnen. Det er likevel ingenting i den fremlagte dokumentasjon som tilsier at disse momentene er vurdert av innklagede. Argumentasjonen fra innklagede består tvert imot utelukkende av en kort henvisning til at hovedsjåføren, etter innklagedes syn, ikke er i stand til å brøyte den aktuelle roden.
- (27) Som begrunnelse for å avvise klager, har innklagede senere også vist til reservesjåførens manglende brøyteerfaring, og klagers manglende omsetning relatert til brøyting. Begge disse forholdene ble imidlertid akseptert av innklagede ved den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen, og er trukket inn i saken først etter at innklagede ble kjent med hovedsjåførens uførhet.
- (28) Klagenemnda finner etter dette, at innklagede ikke utøvde et forsvarlig skjønn ved avgjørelsen om å omgjøre kontraktstildelingen og avvise klager etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Innklagede hadde således ikke hjemmel til å gjøre dette.

Konklusjon:

Vennesla kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klager uten å ha hjemmel for dette i forskriften § 20-12 (1) bokstav a.

² Kravene fremstår som sammenfallende med tildelingskriteriet "*Utførelse/leveranse/kompetanse*", og underkriteriene her ("*Faglig kompetanse*" og "*Responstid/gjennomføringsevne*"), men dette er ikke anført av klager.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger