



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avklaring eller retting av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for fjerning av forurensede masser på et område. Klager anfører at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. Klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 18. oktober 2023 i sak 2023/0610

Klager: Miljøsanering Nord AS

Innklaget: Vefsn kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Sverre Nyhus og Wenche Sædal.

Bakgrunn:

- (1) Vefsn kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. november 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av leverandør for fjerning av forurensede masser på et område. Anskaffelsens verdi ble på kunngjøringstidspunktet estimert til 25 000 000 kroner. Tilbudsfrist var 2. juni 2023.
- (2) Anskaffelsen var delt i to trinn, og saken gjelder trinn 2.
- (3) Trinn 2 var beskrevet på følgende måte i konkurransegrunnlaget:

«Det er ut fra tiltaksplanen beregnet at ca. 40 000 m³ av massene i barkefyllingen er så forurenset at disse må deponeres på et godkjent deponi eller eventuell annen godkjent løsning (f.eks. forbrenning med avgassrensning eller andre løsninger). Ved kontraktsstart på trinn 2 vil disse massene (ca. 40 000 m³) ligge ferdig utsortert og klare til å transporteres bort fra området og til godkjent deponi/annen løsning.

Markedsundersøkelser viser at det er få deponier som per i dag er godkjent for å ta imot sterkt forurensede masser i TKL 4 og TKL 5 når massene inneholder mer enn 10% TOC. Oppdragsgiver har derfor satt en lang tilbudsfrist slik at tilbyder/tilbyders deponiløsning skal kunne søke om godkjenning fra statsforvalteren i deponifylket, motta statsforvalterens eventuelle godkjenning av løsningen og levere et komplett, ferdig godkjent løsningsforslag på transport og deponering/annen løsning.

Konkurransen gjelder lavest mulig pris på en løsning som må være godkjent av sentral forurensningsmyndighet. Statsforvalteren er forurensningsmyndighet for etablerte deponier i sitt fylke. Barkefyllingen inneholder som navnet indikerer gammel bark og annet avfall fra det gamle sagbruket som ble drevet på eiendommen. Som det fremgår av tiltaksplanen, er det også noe innslag av andre masser enn bark. Fyllingen er lagt på gammel fjæremark (kote 0) og ligger delvis under høyeste flovannstand. Massene er derfor fuktige og barken er delvis oppråtnet. Kommunens miljøkonsulent har antydnet at

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

tørking og forbrenning kan være en mulig løsning. Brennverdien av massene antas å være lav. Massene i TKL 4 og 5 kan ikke bli liggende på eiendommen. Kommunen vil derfor i denne konkurransen vurdere alle lovlige løsninger på deponering/prosessering av massene ut fra lavest mulig pris.».

- (4) Det ble stilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørens utdanning og faglige kvalifikasjoner i konkurransegrunnlagets punkt 3.2 C:

«Utdanning og faglige kvalifikasjoner

Følgende utdanning og faglige kvalifikasjoner besittes av leverandøren og/eller (avhengig av hvilke krav som er fastsatt i kunngjøringen eller i anskaffelsesdokumentene) av de ledende medarbeiderne:

Beskrivelse av krav/dokumentasjon:

Fagbrev for ledende personell.».

- (5) Tildeling av oppdraget skulle skje på grunnlag av den laveste prisen.
- (6) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen. Fire av tilbudene ble vurdert som kvalifisert i konkurransen, herunder Miljøsanering Nord AS (heretter *klager*) og Magne Opland AS (heretter *valgte leverandør*).
- (7) Ved tildelingsbeslutning 22. juni 2023 ble valgte leverandør tildelt kontrakten.
- (8) Den 23. juni 2023 ba klager om innsyn i valgte tilbyder sitt tilbud. Tilbudet ble oversendt 27. og 28. juni 2023.
- (9) Klager sendte klage på tildelingsbeslutningen til innklagede 30. juni 2023.
- (10) Den 3. juli avviste innklagede klagen og informerte om at de ville opprettholde sin tildelingsbeslutning.
- (11) I brev av 3. juli 2023 ba klager om at innklagede fremla dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene til valgte leverandør var oppfylt.
- (12) Innklagede svarte på henvendelsen 4. juli, og la ved bekreftelse på at valgte leverandør var tilknyttet en lærlingordning, samt fagbrevene til to ansatte hos valgte leverandør som ikke var oppgitt i tilbudet.
- (13) Den 4. juli 2023 ba klager om ytterligere avklaringer om de tilbudte ledende ansatte hos valgte leverandør hadde fagbrev og hvilken posisjon de to ansatte som ikke var oppgitt i tilbudet, hadde. Videre ba de om innsyn i den dialogen som hadde vært mellom innklagede og valgte leverandør i forbindelse med den ettersendte dokumentasjonen.
- (14) Innklagede svarte 6. juli 2023 og grunngav vurderingen av kvalifikasjonskravet på følgende måte:

«Magne Opland AS har vedlagt sentral godkjenning for tiltaksklasse 2 og 3 og har bekreftet at kvalifikasjonskravet som er stilt er oppfylt. At tilbyder har misforstått og vedlagt CV-er er irrelevant for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Vefsn kommune har i

etterkant av klagen fra Miljøsanering Nord AS fått ettersendt fagbrev fra tilbyder som viser at oppfyller kvalifikasjonskravet. De aktuelle ressursene har rollene som stedansvarlige.

Ettersendingen av fagbrev er hverken et brudd på forhandlingsforbudet, eller en forbedring av tilbudet, FOA §23-5, slik klager hevder. Derimot er dette informasjon som var objektiv konstaterbar på tilbudstidspunktet.

Angående anførslene om at fagbrevene ikke er tydelig angitt i tilbudet er vår vurdering at dette ikke er relevant i forbindelse med kvalifisering av en tilbyder. Formålet med kvalifiseringen er at leverandøren har de nødvendige organisatoriske, tekniske, faglige økonomiske evnene til å gjennomføre kontrakten. Det er altså minimumskrav knyttet til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen og ikke den tilbudte løsningen.».

- (15) Saken ble klaget inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 26. juli 2023.
- (16) Det er ikke inngått kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. oktober 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen da de ikke oppfyller kvalifikasjonskravet til utdanning og faglige kvalifikasjoner.
- (19) Innklagede hadde ikke adgang til å be om ettersendelse av fagbrev for helt nytt personell, og disse personene kan ikke vektlegges i kvalifikasjonsvurderingen.
- (20) I alle tilfeller dokumenterer den ettersendte dokumentasjonen uansett ikke at kvalifikasjonskravet til utdanning og faglige kvalifikasjoner er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet til utdanning og faglige kvalifikasjoner, og det forelå dermed ingen plikt til å avvise valgte leverandør.
- (22) Det var ikke krav om å dokumentere kvalifikasjonskravet til «fagbrev for ledende personell» i tilbudet.
- (23) Det var anledning for valgte leverandør til å ettersende fagbrev for to nye personer uten at dette innebar noen forbedring av tilbudet.
- (24) Kvalifikasjonskravet må uansett tolkes utvidende fordi kravet ellers er i strid med EU-direktiver og likestillings- og diskrimineringsloven.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av leverandør for fjerning av forurensede masser på et område, som er en

tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var på kunngjøringstidspunktet estimert til 25 000 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (26) Klagenemnda skal ta stilling til om valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til utdanning og faglige kvalifikasjoner.
- (27) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (28) Det relevante kvalifikasjonskravet var formulert som et kombinert krav om utdanning og faglige kvalifikasjoner, og dokumentasjon for dette:

«Utdanning og faglige kvalifikasjoner

Følgende utdanning og faglige kvalifikasjoner besittes av leverandøren og/eller (avhengig av hvilke krav som er fastsatt i kunngjøringen eller i anskaffelsesdokumentene) av de ledende medarbeiderne:

Beskrivelse av krav/dokumentasjon:

Fagbrev for ledende personell».

- (29) Klagenemnda bemerker innledningsvis at forskriften stiller krav til utformingen av kvalifikasjonskravene, herunder at disse skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen, jf. § 16-1 andre setning. Det ligger i dette at krav som er unødvendige, eller uforholdsmessig strenge, ikke kan benyttes. Det kan heller ikke stilles krav om tekniske eller faglige kvalifikasjoner som ikke er nødvendige for å gjennomføre kontrakten. Utformingen av kravet må for øvrig skje under overholdelse av de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Hvorvidt kvalifikasjonskravet i seg selv er lovlig utformet, ligger imidlertid utenfor det klagenemnda skal ta stilling til.
- (30) Utgangspunktet for tolkingen av kvalifikasjonskravene er hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. Det nærmere innholdet av kvalifikasjonskravet må fastlegges med utgangspunkt i en språklig forståelse av ordlyden, men det kan også være nødvendig å tolke og utfylle ordlyden med andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på, jf. blant annet HR-2022-1964-A avsnitt 51. En oppdragsgiver må forholde seg strengt til de kvalifikasjonskravene som er oppgitt jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse C-27/15 (*Pippo Pizzo*) avsnitt 39 der domstolen uttalte at «a contracting authority must comply strictly with the criteria which it has itself established».
- (31) En språklig forståelse av kvalifikasjonskravet taler for at det er personale hos leverandøren med overordnet ansvar og kontroll som skal ha fagbrev. Flertallsformen personell, viser videre at det var nødvendig at flere nøkkelpersoner i selskapet hadde fagbrev. Det følger ikke av ordlyden i kravet hvilket fagbrev personellet må ha. Det var heller ikke åpnet for å oppfylle kravet gjennom tilstrekkelig erfaring, eller gjennom tilsvarende eller høyere formell utdannelse.
- (32) I tilbudet til valgte leverandør, var det ikke fremlagt fagbrev. Som dokumentasjon for oppfyllelse av kravet var det isteden levert to CV-er, for henholdsvis daglig leder og

prosjektleder. Ingen av disse har fagbrev. Daglig leder har imidlertid langvarig relevant erfaring, mens prosjektleder har fagskole.

- (33) Innklagede har anført at kravet måtte kunne oppfylles gjennom tilstrekkelig erfaring eller formell utdanning som overstiger fagbrev. Det er forklart at kravet om fagbrev ble knyttet til ledende personell for å sikre at selskapet som sådan har ansatte med et minimum av teknisk kompetanse, for å utelukke useriøse aktører uten kompetanse. Hensikten var ikke å stille krav om at utførende personell hadde fagbrev. Det er i den forbindelse vist til at oppdraget er enkelt, og at det ikke er nødvendig med fagbrev for å utføre saneringen.
- (34) Slik innklagede har argumentert for klagenemnda, tyder det på at kravet er utformet strengere enn det innklagede mente, og potensielt strengere enn det som var nødvendig for å sikre gjennomføringen av kontrakten. Dette kan imidlertid ikke rettes ved å tolke kravet utvidende. Kvalifikasjonskravene er etter sin art ekskluderende. Når det aktuelle kvalifikasjonskravet spesifiserer at det kreves fagbrev hos ledende personell, kan dette føre til at selskaper uten slik formalkompetanse i ledende stillinger avstår fra å inngi tilbud.
- (35) Klagenemnda finner ikke grunn til å gjøre en nærmere vurdering av om høyere formalkompetanse ville vært tilstrekkelig, ettersom nemnda uansett ikke kan se at de to som innklagede mener har kompetanse som kan likestilles med fagbrev, har formell utdanning og/eller praksis som tilsvarer eller eventuelt overgår fagbrev. Innklagede har ikke sannsynliggjort at verken kompetanse gjennom yrkesbevis, gulbok eller fagskole tilsvarer fagbrev som i utgangspunktet er en flerårig teoretisk og praktisk utdanning med en avsluttende eksamen.
- (36) Valgte leverandør oppfylte dermed ikke kvalifikasjonskravet basert på dokumentasjonen som ble gitt på tilbudstidpunktet.
- (37) Etter tilbudsfristen har valgte leverandør ettersendt fagbrevene til to av sine øvrige ansatte. Ved oversendelsen ble det vist til at en av disse skulle være stedansvarlig for prosjektet, og at den andre var maskinfører.
- (38) Disse to ansatte var ikke identifisert som ledende personell i tilbudet, og deres kvalifikasjoner kan dermed ikke gjøre at kvalifikasjonskravet til fagbrev for ledende personell er oppfylt.
- (39) Klagenemnda kan heller ikke se at det er grunnlag for å tolke kvalifikasjonskravet utvidende slik at det ikke bare omfatter personer med fagbrev, men også personer med «tilsvarende» kompetanse. Det vises til at fagbrev er en yrkesfaglig utdanning med et nærmere teoretisk og praktisk innhold som gir innehaveren et konkret kompetansebevis. Dersom innklagede hadde ønsket å likestille annen utdanning og/eller praksis med fagbrev, måtte det vært angitt i konkurransegrunnlaget. Det er heller ikke grunnlag for en utvidende tolkning fordi kravet om fagbrev kan være diskriminerende overfor eldre eller arbeidstakere fra andre EØS-land, jf. det forhold at det ved innføring av fagbrev ble etablert overgangsordninger for de med allerede lang praksis og at det for utenlandske arbeidstakere kreves fagopplæring tilsvarende norsk fagbrev.
- (40) Innklagede har dermed brutt anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a, ved ikke å avvise valgte leverandør.

(41) Bruddet som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur