



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Kvalifikasjonskrav.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse i forbindelse med anskaffelsen av en generalentreprise for oppføring av nytt helsesenter i Bjerkreim kommune. Klagenemnda kom til at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om erfaring fra oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang, og at de dermed skulle vært avvist fra konkurransen. Klagers øvrige anførsel ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 23. januar 2024 i sak 2023/0784

Klager: Veidekke Entreprenør AS

Innklaget: Bjerkreim kommune

Klagenemndas medlemmer: Sverre Nyhus, Hanne Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Bjerkreim kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 30. mars 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelsen av en generalentreprise for oppføring av nytt helsesenter i Bjerkreim kommune. Anskaffelsens verdi ble estimert til 227 millioner kroner. Tilbudsfristen ble satt til 22. mai 2023.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det stilt følgende krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

Krav	Dokumentasjonskrav	Sendes inn med tilbudet?
Referanseprosjekter <i>Leverandøren skal ha erfaring fra oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang, jf. beskrivelse av oppdraget i konkurransegrunnlaget del 2</i>	<i>Beskrivelse av de tre mest relevante oppdrag i løpet av de siste 7 årene. Minst 1 av referanseprosjektene må være massivtrebygg. Minst 1 referanseprosjektene må være omsorgsbygg.</i> <i>Referanseprosjektene skal beskrives i oppdragsgivers skjema, vedlegg 1.4.</i> <i>Det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen av referanseprosjektene.</i>	Ja

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

	<i>Leverandøren kan dokumentere erfaring ved å vise til kompetanse til personell han råder over og kan benytte til dette oppdraget, selv om erfaringen/referanseprosjekter er utført i tidligere arbeidsforhold.</i>	
--	--	--

- (3) Av oppdragsgivers skjema for beskrivelse av referanseprosjektene fremgikk det blant annet:

Prosjektnavn:	
Periode for prosjektgjennomføring:	
Prosjektets størrelse i kvadratmeter	
Prosjektets entreprisekost	
Prosjektets gjennomføringsmodell	
Prosjektets tiltaksklasser:	
Beskrivelse av prosjektet	
Angivelse av prosjektets relevans for det prosjektet konkurransen gjelder:	

- (4) Av konkurransegrunnlaget del 2 fremgikk følgende om kontraktarbeidets omfang:

«A.2. KORT OM KONTRAKTSARBEIDETS OMFANG

Prosjektet omfatter etablering av ca 5200 kvm BTA helsesenter med omkringliggende uteområder. Det skal inneholde 38 sykehjemsplasser/institusjonsplasser og 8 omsorgsboliger med heldøgns bemanning. Det nye omsorgssenteret skal videre inneholde funksjoner som dagsenter/kafe, aktivitetslokaler, trenings- og rehabiliteringsfasiliteter, produksjonskjøkken og vaskeri.

Uteområdet skal opparbeides med tanke på aktuelle brukergrupper med sansehage og muligheter for ulike utendørsaktiviteter. Bygget skal ha en inviterende utforming med rasjonell og driftseffektiv utnytting.»

- (5) Av konkurransegrunnlaget del 2 fremgikk det at generalentreprisen fulgte NS 8405 med enkelte presiseringer. Det fremgikk videre at innklagede hadde ansvaret for

prosjekteringen, og at entreprenøren ville ha ansvar for byggingen av helsesenteret (utførelsen).

- (6) Innklagede mottok tilbud fra tre leverandører innen tilbudsfristens utløp, herunder SR-Entreprenør AS, Faber Bygg AS (heretter *valgte leverandør*) og Veidekke Entreprenør AS (heretter *klager*).
- (7) Vedlagt valgte leverandørs tilbud var referanseprosjektene «Nye SUS – Helse Stavanger», «Finansparken AS», «Husene i Skogen», «SiS Gosenmyrå – 160 studenthybler» og «Trollongane Barnehage».
- (8) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør ved tildelingsbrev 7. juni 2023. Klager ble innstilt som nummer to. Av tildelingsbrevet fremgikk det at klager fikk best uttelling på tildelingskriteriet «*Oppgaveforståelse*», etterfulgt av valgte leverandør med 8 poeng. Valgte leverandørs tilbud ble vurdert som best under tildelingskriteriet «*Nøkkelpersonell*», på bakgrunn av nøkkelpersonellets referanseprosjekter. Totalt ble valgte leverandør og klager tildelt henholdsvis 9,77 og 9,51 poeng.
- (9) Klager begjærte innsyn i de øvrige leverandørenes tilbud 12. juni 2023, og mottok sladdet tilbud fra SR-Entreprenør og valgte leverandør henholdsvis 14. og 15. juni 2023. Klager ble senere gitt merinnsyn i valgte leverandørs tilbud.
- (10) Klager klaget på tildelingen 20. juni 2023. Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede.
- (11) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 7. juni 2023.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. september 2023.
- (13) Vedlagt innklagedes tilsvaer 28. september 2023 var en mindre sladdet versjon av valgte leverandørs referanseprosjekter, i tillegg til anskaffelsesprotokollen.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. januar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, som følge av at de ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om erfaring fra oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang. Ingen av referanseprosjektene vedlagt valgte leverandørs tilbud er omsorgsbygg, slik dokumentasjonskravet krever.
- (16) Innklagede har brutt regelverket, som følge av at tilbudene er evaluert i strid med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4. Valgte leverandør har ikke forholdt seg til begrensningene på antall sider og referanseprosjekter under tildelingskriteriene «*Oppgaveforståelse*» og «*Nøkkelpersoner*», og innklagede har ikke godtgjort at overskridelsene er håndtert i tråd med regelverket på en etterprøvbar måte.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har ikke brutt regelverket, som følge av at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet om erfaring fra oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang. Kravet kan ikke forstås slik at det kreves spesifikk erfaring med omsorgsbygg, som følge

av at dette vil være en snevrere forståelse av kvalifikasjonskravet enn hva konkurransegrunnlaget samlet sett tilsier.

- (18) Innklagede har ikke brutt regelverket ved tilbudsevalueringen, som følge av at tildelingskriteriene er bedømt på lovlig måte, og at poengene som er utmålt gjenspeiler de relevante forskjellene mellom tilbudene. Det var ikke oppstilt noen sidetallsbegrensning for besvarelsen av oppgaveforståelse. Tildelingskriteriet nøkkelpersonell er bedømt på bakgrunn av en helhetsvurdering av CV-er, og referanseoppdrag er bare en del av denne vurderingen.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en generalentreprise for oppføring av et helsesenter, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 227 millioner kroner. 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.

Avvisning av leverandør

- (20) Klagenemnda skal ta stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang.
- (21) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (22) Ved tolkingen av kvalifikasjonskrav må det tas utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden. For å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene, kan det være nødvendig å tolke kvalifikasjonskravet i lys av det tilhørende dokumentasjonskravet og hva kontrakten går ut på, herunder kravspesifikasjonen og øvrige kontraktsdokumenter lest i sammenheng, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2022/1696 avsnitt 20, og Eidsivating lagmannsretts kjennelse LE-2021-130025. Det kan ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget gir grunnlag for, og det kan ikke innfortolkes krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, jf. HR-2022-1964-A avsnitt 51, og EU-domstolens avgjørelse C-27/15 (Pippo Pizzo) avsnitt 35 flg.
- (23) Det aktuelle kvalifikasjonskravet stilte krav om at leverandørene skulle ha «*erfaring fra oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang*». I den forbindelse ble det vist til beskrivelsene av prosjektet i konkurransegrunnlagets del 2.
- (24) Det er naturlig å tolke ordlyden «*oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang*» som at det er tale om kumulative og ikke alternative vilkår, da det er brukt «og» i stedet for «eller», jf. LE 2021-130025. Ordlyden oppstiller således en konkret terskel for hva slags «*erfaring*» leverandøren må ha for at kvalifikasjonskravet skal være oppfylt. Kravet gir anvisning på en konkret vurdering av hvorvidt leverandørens tre referanseprosjekter er lik den aktuelle anskaffelsen med hensyn til «*art, kompleksitet og omfang*». Kvalifikasjonskravets formulering setter derfor klare grenser for innklagedes handlingsrom i vurderingen av om kravet er oppfylt, jf. LE-2021-130025. Innklagede kan

dermed ikke høres med at kommunen står fritt til å foreta en bred og samlet vurdering av om leverandørens erfaring er tilstrekkelig.

- (25) Kvalifikasjonskravet må videre tolkes i lys av dokumentasjonskravet, jf. LE-2021-130025. Leverandørene skulle dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet ved inngi en beskrivelse av virksomhetens tre mest relevante oppdrag fra de syv siste årene. Det var presisert at minst ett av referanseprosjektene måtte være henholdsvis massivtrebygg og ett omsorgsbygg. Referanseprosjektene skulle beskrives ved å bruke et skjema fra oppdragsgiver, og det var leverandørenes ansvar å dokumentere at erfaringen var relevant. Leverandørene kunne dokumentere erfaring ved å vise til kompetanse til personell selskapet rådet over og kunne benytte til oppdraget, selv om erfaringen var tilknyttet et tidligere arbeidsforhold.
- (26) Kravet om at ett av referanseprosjektene måtte være henholdsvis omsorgsbygg og massivtrebygg er innenfor ordlyden «*oppdrag av samme art*», som følge av at anskaffelsen omhandler et helsesenter planlagt bygget i massiv tre. Dokumentasjonskravet oppstiller dermed en nedre terskel for hva slags prosjekter leverandøren må dokumentere, samtidig som innklagede står noe friere i vurderingen av om de øvrige referanseprosjektene er av samme art, kompleksitet og omfang.
- (27) Hva som ligger i «*samme art, kompleksitet og omfang*» må særlig forstås på bakgrunn av beskrivelsene i konkurransegrunnlaget del 2. Her fremgår det at generalentreprisen omfatter etableringen av et helsesenter med omkringliggende uteområder på cirka 5200 kvadratmeter. Helsesenteret skal inneholde 38 sykehjemsplasser og 8 omsorgsboliger med heldøgns bemanning. Bygget skal også inneholde funksjoner som dagsenter/kafé, aktivitetslokaler, trenings- og rehabiliteringssenter, produksjonskjøkken og vaskeri. Det fremgår også at bygget er prosjektert med bærekonstruksjon i massivt tre.
- (28) Hva som inngår i «*samme art, kompleksitet og omfang*» må også tolkes i lys av oppdragsgivers skjema for beskrivelse av referanseprosjektene. Av skjemaet fremgår det at leverandørene skulle beskrive referanseprosjektene ved blant annet å oppgi det aktuelle prosjektets størrelse i kvadratmeter, entreprisekostnad, gjennomføringsmodell og tiltaksklasser. Leverandørene skulle også oppgi en mer generell beskrivelse av prosjektet, og redegjøre for relevans i anledning prosjektet konkurransen gjelder.
- (29) I lys av kvalifikasjonskravets ordlyd, det tilhørende dokumentasjonskravet og konkurransegrunnlaget for øvrig, må en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør legge til grunn at referanseprosjektene må være utførelsesentrepriser i tilsvarende tiltaksklasse hvor entreprenøren har ansvar for alle fag. Prosjektene må også være i lignende størrelsesorden som det aktuelle prosjektet hva gjelder areal og entreprisekostnad. På bakgrunn av ordlyden og sammenhengen for øvrig, må dokumentasjonskravet om omsorgsbygg og massivtrebygg som referanseprosjekter forstås som to separate minimumskrav.
- (30) Partene er enige om at valgte leverandør har levert flere referanseprosjekter enn de tre dokumentasjonskravet la opp til. I et slikt tilfelle tilsier hensynet til forutberegnelighet og likebehandling at oppdragsgiver kun skal vurdere tre av prosjektene i kvalifikasjonsvurderingen. Innklagede har redegjort for at de i kvalifikasjonsvurderingen har vurdert prosjektene «Husene i skogen», «Nye SUS – Helse Stavanger», og «Finansparken». Klagenemnda ser ingen grunn til å gå nærmere inn på innklagedes utvelging.

- (31) «Husene i skogen» er et nybyggingsprosjekt hvor valgte leverandør var totalentreprenør, og det ble bygget 6 blokker med 98 leiligheter med konstruksjon i massiv tre. «Finansparken» er et næringsbygg i massiv tre og limtre der valgte leverandør foresto montasje av alt i limtre og massiv tre-konstruksjoner. «Nye SUS-Helse Stavanger» er et nybygg-sykehus hvor valgte leverandør foresto arbeidet på ytter- og innerfasader. Klagenemnda kan etter dette ikke se at valgte leverandør har levert et referanseprosjekt som er et omsorgsbygg, som etter kvalifikasjonskravet er et minimumskrav. Selv om prosjektene «Finansparken» og «Nye SUS-Helse Stavanger» er omfattende, er valgte leverandørs ansvarsområder likevel begrenset. Prosjektene skiller seg følgelig fra den aktuelle anskaffelsen, hvor valgte leverandør skal være generalentreprenør og dermed være ansvarlig utførende for alle fag. På denne bakgrunn kan ikke nemnda se at referanseprosjektene viser at valgte leverandør har erfaring med *«oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang»* som den aktuelle anskaffelsen. Kvalifikasjonskravet er dermed ikke oppfylt.
- (32) Som følge av at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om erfaring fra oppdrag av samme art, kompleksitet og omfang, hadde innklagede dermed plikt til å avvise dem fra konkurransen, jf. § 24-2 (1) bokstav a.
- (33) Sett hen til resultatet klagenemnda har kommet til, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsel.
- (34) Bruddet som klagenemnda har konstatert, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Bjerkreim kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur