



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en totalentreprisekontrakt om prosjektering og oppføring av et bygg. Klagenemnda kom til at valgte leverandør skulle vært avvist som følger av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til miljøledelse.

Klagenemndas avgjørelse 16. januar 2024 i sak 2023/0978

Klager: Peab K. Nordang AS

Innklaget: Herøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Herøy kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. april 2023 en åpen tilbudskonkurranse om en totalentreprisekontrakt om prosjektering og oppføring av et bygg på cirka 500 m² i tilknytning til Herøy omsorgssenter. Bygget skulle romme storkjøkken og tilhørende funksjoner, og konkurransen omfattet også levering av kjøkken, opparbeiding av utearealer og endring av et parkering-/trafikkavviklingsareal. Estimert kontraktsverdi var 20 millioner kroner. Tilbudsfrist var 26. mai 2023.
- (2) Et av kvalifikasjonskravene i konkurransen var at «*Leverandøren skal ha tilfredsstillende rutinar for kvalitetssikring*». Det tilhørende dokumentasjonskravet var følgende:

«Ei skildring av leverandøren sine metodar for kvalitetssikring, med vekt på kvalitetssikring, ressursstyring, leiinga sitt ansvar, tilverkningsprosess og kontinuerleg analyse og forbetring, eller om leverandør er sertifisert etter ISO 9001:2015 eller tilsvarende 3. partsverifiserte system, er gyldig sertifikat tilstrekkeleg dokumentasjon.»
- (3) Det var videre et kvalifikasjonskrav at «*Leverandøren skal ha eit etablert miljøleiiingssystem*». Det tilhørende dokumentasjonskravet lød slik:

«Ei skildring av leverandøren sitt miljøleiiingssystem. Dersom leverandøren er sertifisert etter ISO 14001, Miljøfyrtårn eller liknande standard vil det vere tilstrekkeleg å leggje fram kopi av gyldig sertifikat.»
- (4) Tildelingskriteriene var «*Pris*» som skulle vektes 60 prosent, «*Kvalitet*» som skulle vektes 30 prosent, og «*Gjennomføringsplan*» som skulle vektes 10 prosent.
- (5) Innklagede mottok tilbud fra Peab K. Nordang AS (heretter *klager*), Prosjektbygg AS og en tredje leverandør som ble avvist fra konkurransen.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (6) Prosjektbygg AS leverte tilbud 25. mai 2023. Som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om kvalitetssikring, la Prosjektbygg AS ved en bekreftelse fra Holte AS:

«Prosjektbygg AS har lisens på styringssystemet HoltePortalen.

Leverandør av systemet er Holte AS.

Styringssystemet er utviklet for å håndtere kjerneoppgaver innenfor kvalitetssikring og HMS. Verktøy basert på digital kommunikasjon legger til rette for sikker versjonshåndtering, sporbarhet, dokumentasjon og effektiv gjennomføring av aktiviteter. Data er sikret ved at de lagres i skyløsning.

Prosjektbygg AS har tilgang til følgende hovedmoduler:

- Rutiner/styrende dokumenter: Tilrettelagt for sikker versjonskontroll og maksimal tilgjengelighet til gyldige styrende dokumenter/rutiner for bedriftens ansatte.*
- Dokumenter/arkiv: Øvrige dokumenter kan administreres i et dokumentsenter knyttet til bedriften eller knyttet opp mot prosjekter.*
- Sjekklistene: Digital utfylling av sjekklistene via apper for mobil og nettbrett eller web. Tilrettelagt for planlegging av kvalitetssikringen og tilpasning til prosjekter. Løsningen sikrer maksimal sporbarhet og dokumentasjon.*
- Vernerunder: Inspeksjonsverktøy for digital registrering av avvik.*
- Avvik: Registrering og administrativ håndtering av avvik. Enkel registrering av avvik via app. Registrerte avvik kan brukes i det kontinuerlige forbedringsarbeidet.*

Systemet tilrettelegger for å sikre etterlevelse av kvalitetsstandarder, myndighetskrav eller internt definerte krav. Systemet må tilpasses bedriftens organisasjon, fagområder og behov, og gjennomgås jevnlig.

Prosjektbygg har tilrettelagt systemet for etterlevelse av:

- Plan- og bygningsloven*
- Arbeidsmiljøloven*

Signert gjennomgangserklæring/HMS erklæring fra bedriften og dokumentasjon hentet ut fra systemet vil bekrefte at systemet er oppdatert og i bruk.»

- (7) Som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om miljøledelsessystem, leverte Prosjektbygg AS en erklæring fra selskapet Synfaring AS. Her fremkom det at Synfaring AS skulle bistå Prosjektbygg AS med å oppnå sertifisering som Miljøfyrtårn.
- (8) Innklagede sendte 1. juni 2023 en e-post til Prosjektbygg AS med overskriften «manglende dokumentasjon på kvalifikasjonskrav». Prosjektbygg AS ble her bedt om å

gi en beskrivelse av hvilket miljøledelsessystem/rutiner som var etablert på tilbudstidspunktet. Prosjektbygg AS svarte 2. juni 2023 følgende:

«Vi har ikkje på plass eit formelt etablert skildra system for dette. For å formalisere dette har vi nå som opplyst satt i gang eit løp der vi har som mål å bli sertifisert som Miljøfyrrårn. Til det arbeidet har vi da engasjert Synfaring AS som konsulent.

Sjølv om det formelle manglar så er vi i det daglige arbeidet opptatt av og jobbar til stadigheit med miljøspørsmål og miljøstyring i prosjektering og utførelse av tiltaka vi er engasjerte i eller gjennomfører

- I dei fleste prosjekta vi er engasjerte i utfører vi energianalyser for å optimalisere energitiltak og val av løysingar*
- I samband med utarbeiding av SHA og HMS planar ved gjennomføring av prosjekt er vi opptatt av å få til og legge til rette for sortering av avfall. Vi tilstrebar da meir enn lovpålagte krav.*
- Prosjektbygg AS har sentral godkjenning innanfor riving og sanering. Miljø er her eit klart dokumentasjons-/kvalifikasjonskrav*
- Vi har dedikerte medarbeidere som har blitt kursa innanfor faget»*

- (9) Innklagede gjennomførte 15. og 16. juni 2023 dialog/forhandlingsmøte med henholdsvis klager og Prosjektbygg AS.
- (10) Innklagede tildelte kontrakten til Prosjektbygg AS (heretter *valgte leverandør*) 22. september 2023.
- (11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 29. september 2023. Innklagede besvarte klagen 16. oktober 2023, og bestred at det heftet feil ved gjennomføringen av konkurransen.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. oktober 2023. Innklagede har utsatt kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse, og saken har derfor vært prioritert for nemnda.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. januar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt forskriften § 9-5 (1), ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen som følge av at to av kvalifikasjonskravene ikke var oppfylt.
- (15) Valgte leverandør har ikke dokumentert at kvalifikasjonskravet om å ha tilfredsstillende rutiner for kvalitetssikring, er oppfylt. Erklæringen fra Holte viser bare at valgte leverandør har tilgang til enkelte hovedmoduler. Systemet må tilpasses bedriftens organisasjon, fagområde og behov, og gjennomgås jevnlig. De eneste punktene hvor det bekreftes å foreligge et slikt tilpasset tilrettelagt system, er for etterlevelse av «Plan- og bygningslovgivningen» og «Arbeidsmiljøloven». Det er derfor ingen informasjon om at systemet også er tilrettelagt for det som er kjernen i kvalifikasjonskravet, nemlig

kvalitetssikring. Erklæringen fra Holte datert 27. januar 2020 gir dessuten ikke et oppdatert bilde av situasjonen i dag og er forbeholden, i og med at det vises til at signert gjennomgangserklæring/HMS-erklæring må vedlegges for å vise at systemet er i bruk.

- (16) Valgte leverandør har heller ikke dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om å ha et etablert miljøledelsessystem. De er ikke tredjepartssertifisert, og skulle derfor legge frem en skildring av sitt system. I tilbudet var det kun lagt ved en erklæring fra Synfaring AS om at de skulle bistå valgte leverandør med å oppnå sertifisering som Miljøfyrtårn, og senere dialog med innklagede viser at valgte leverandør ikke har et miljøledelsessystem på plass. For at et miljøledelsessystem skal være etablert, må virksomheten som minimum ha noen mål for miljøarbeidet og rutiner som sikrer dokumentasjon av måloppnåelsen. Punktene valgte leverandør lister opp i e-posten av 2. juni 2023, beskriver ikke systemarbeid eller etablering av rutiner og miljøsystem. Det vil ikke være noe reelt innhold igjen i kvalifikasjonskravet om en slik punktliste skal anses tilstrekkelig. Innklagede har videre brutt forskriften § 9-6 (1) bokstav b), ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som inneholder flere forbehold som både hver for seg og samlet er å anse som vesentlige. Det opprinnelige og det reviderte tilbudet til valgte leverandør er dessuten samlet sett så mangelfullt med hensyn til etterspurt dokumentasjon, at dette i seg selv skulle ført til at tilbudet skulle vært avvist.
- (17) Innklagede har også brutt forskriften § 9-4 (1) bokstav a), samt de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4, ved å la valgte leverandør endre type solcelleanlegg og pris på dette flere uker etter utløpet av tilbudsfristen for revidert tilbud.
- (18) Det anføres endelig at det hefter flere feil med innklagedes evaluering av tilbudene. Det Evalueringen fremstår som vilkårlig, det er begått en rekke feil ved prisevalueringen, og det er gjort feil under evalueringen av tildelingskriteriene «Kvalitet» og «Gjennomføringsplan».

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har ikke brutt forskriften § 9-5 (1), ved ikke å avvise valgte leverandør.
- (20) Valgte leverandør har dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om å ha tilfredsstillende rutiner for kvalitetssikring. De benytter et navngitt og etablert styringssystem, som er velkjent for innklagede. I erklæringen fra Holte fra 2020 er valgte leverandørs tilgang til ulike moduler i systemet spesifisert, og det er opplyst hvilke muligheter som ligger i de ulike modulene, herunder modul for rutiner og styrende dokumenter samt avvikshåndtering. Det er ingen holdepunkter for at valgte leverandør ikke har samme tilganger per tilbudstidspunkt. Holte styringssystem «*er utviklet for å håndtere kjerneoppgaver innenfor kvalitetssikring og HMS*» og «*tilrettelegger for å sikre etterlevelse av kvalitetsstandarder, myndighetskrav eller internt definerte krav*», jf. Holte AS' bekreftelse fra 2020. Etter innklagedes skjønn er det ikke tvilsomt at valgte leverandør har et tilfredsstillende kvalitetssikringssystem og oppfyller kvalifikasjonskravet.
- (21) Valgte leverandør oppfyller også kvalifikasjonskravet om å ha et etablert miljøledelsessystem. Når det ikke er et krav at leverandør er sertifisert, må oppdragsgiver vurdere leverandørens egne opplysninger. Det er ikke gitt retningslinjer for hvilke punkter dokumentasjonen skal inneholde, og det vil ikke være forutberegnelig for leverandørene dersom oppdragsgiver stiller strenge krav til beskrivelsen. Innklagede har

forstått valgte leverandørs opplysning om at de ikke har på plass et formelt etablert system, som at den formelle sertifiseringen ikke er på plass. Det at de har påbegynt en sertifisering som Miljøfyrtårn, kan tilsi at virksomheten har noen grunnleggende forutsetninger på plass. Sammenholdt med valgte leverandørs beskrivelse der det kommer frem at de utfører energianalyser, at de tilstreber mer enn lovpålagte krav knyttet til håndtering av avfall og at de har sentral godkjenning innen riving og sanering, har innklagede forstått det sånn at valgte leverandør har rutiner for å oppfylle og etterstrebe miljøkrav og redusert miljøbelastning.

- (22) Innklagede har ikke brutt forskriften § 9-6. Valgte leverandørs tilbud var ikke mangelfullt, og inneholdt ikke forbehold, og skulle derfor ikke vært avvist.
- (23) Når det gjelder at revidert pris på solcelleanlegg mottatt etter den fastsatte fristen ble lagt til grunn i evalueringen under priskriteriet, erkjenner innklagede at dette var feil. Feilen har likevel ikke fått betydning for utfallet av konkurransen.
- (24) Innklagede erkjenner at det er gjort noen feil i evalueringen under tildelingskriteriet «Pris», men dette har ikke fått betydning for utfallet av konkurransen. Evalueringen under tildelingskriteriene «Kvalitet» og «Gjennomføringsplan» har vært saklig og forsvarlig.

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 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en totalentreprise om prosjektering og oppføring av et bygg og tilhørende utearealer. Dette er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi ble estimert til 20 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (26) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av to av kvalifikasjonskravene.
- (27) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a) at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene». Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandør skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at «Leverandøren skal ha eit etablert miljøleingssystem». Oppfyllelse av kravet kunne dokumenteres gjennom «Ei skildring av leverandøren sitt miljøleingssystem. Dersom leverandøren er sertifisert etter ISO 14001, Miljøfyrtårn eller liknande standard vil det vere tilstrekkeleg å leggje fram kopi av gyldig sertifikat.» Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene må være oppfylt ved utløpet av tilbudsfristen, jf. LG-2016-13394. Det følger også direkte av en naturlig tolking av ordlyden at miljøledelsessystemet måtte være på plass på tilbudstidspunktet. Klagenemnda oppfatter ikke dette som omtvistet.
- (28) Hvordan et kvalifikasjonskrav skal forstås, nærmere bestemt hvilke rettslige rammer konkurransegrunnlaget setter for innklagedes skjønnsutøvelse, kan klagenemnda prøve fullt ut. Utgangspunktet for tolkingen må tas i en naturlig forståelse av ordlyden i kvalifikasjonskravet. For å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene, kan det likevel være nødvendig å tolke og utfylle

det generelle kvalifikasjonskravet med andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på, se HR-2022-1964-A avsnitt 51. I den sammenheng vil også ordlyden i dokumentasjonskravet være av betydning.

- (29) Selv om et kvalifikasjonskrav åpner for en viss grad av skjønn, må vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt likevel skje innenfor rammene som kvalifikasjonskravet angir, og være i samsvar med de grunnleggende prinsippene som følger av loven § 4, se HR-2022-1964-A avsnitt 54.
- (30) Et miljøledelsessystem regulerer hvordan en virksomhet arbeider med å begrense sin ytre miljøpåvirkning. ISO 14001 og Miljøfyrtårn er tredjepartssystemer som begge krever at det etableres miljømål for virksomheten som forankres i ledelsen, rutiner som bidrar til oppfyllelse av miljømålene og at det innarbeides en metodikk for kontinuerlig forbedring. Innklagedes kvalifikasjonskrav stiller ikke konkrete krav til hva et miljøledelsessystem skal inneholde, og et egenutviklet miljøledelsessystem må ikke nødvendigvis inneholde de samme elementene som ISO 14001 og Miljøfyrtårn. Kravet er likevel at leverandørene skal ha et «*system*» for miljøledelse. Det er naturlig å tolke dette som at det som et minimum stilles krav til at virksomheten arbeider systematisk med å redusere sin ytre miljøpåvirkning i alle ledd av virksomheten. For å være et system, mener nemnda videre at virksomheten må ha sikret notoritet ved at systemet kommer til uttrykk i et eller flere dokumenter der miljømål, rutiner og eventuelt metodikk for forbedring fremgår. For at virksomheten skal ha et «*etablert miljøleiingssystem*», må systemet videre være implementert i virksomheten på tilbudstidspunktet. Dette innebærer også at de ansatte må være kjent med systemet og hvordan det skal benyttes.
- (31) Dokumentasjonskravet var at det skulle gis en beskrivelse av miljøledelsessystemet, alternativt kunne oppfyllelse dokumenteres gjennom fremleggelse av sertifikat fra eksempelvis ISO 14001 eller Miljøfyrtårn. Det er ikke omtvistet at valgte leverandør ikke hadde slik gyldig tredjepartssertifisering på tilbudstidspunktet. Valgte leverandør informerte imidlertid i tilbudet om at selskapet har startet arbeidet med å bli sertifisert som Miljøfyrtårn. I senere dialog med kommunen opplyser valgte leverandør at selskapet ikke har på plass et formelt system for miljøledelse, men at de i det daglige er opptatt av og arbeider med miljøspørsmål og miljøstyring i prosjektene.
- (32) Etter klagenemndas vurdering er valgte leverandørs beskrivelse ikke tilstrekkelig til å sannsynliggjøre at valgte leverandør har et miljøledelsessystem slik det er naturlig å tolke dette kvalifikasjonskravet. Valgte leverandør har ikke synliggjort at virksomheten har systematisert sin miljøledelse gjennom for eksempel nedskrevne miljømål, rutiner eller en metodikk for kontinuerlig forbedring eller måling av resultatoppnåelse. Det forhold at valgte leverandør er i en prosess for å bli sertifisert som Miljøfyrtårn, er ikke egnet til å sannsynliggjøre at selskapet på tilbudstidspunktet arbeidet systematisk med å begrense sin ytre miljøpåvirkning. Den dokumentasjon valgte leverandør har lagt frem, er heller ikke egnet til å sannsynliggjøre at et eventuelt miljøledelsessystem er implementert. At miljø er tema i de enkelte arbeidsoppgavene som medarbeidere hos valgte leverandør utfører og i valgte leverandørs prosjekter, er ikke nok til å sannsynliggjøre at selskapet har på plass et miljøledelsessystem.
- (33) Klagenemnda konkluderer etter dette med at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om å ha et etablert miljøledelsessystem, og at de derfor skulle vært avvist jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav a).

- (34) Bruddet «*kan*» ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (35) Ettersom klagenemnda har kommet til at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til miljøledelsessystem, behandles ikke klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forordningen § 9-5 (1) bokstav a), ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om miljøledelsessystem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur