Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning, Klassifisering av anskaffelse, Uklart konkurransegrunnlag, Ulovlig kvalifikasjonskrav, Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring for anskaffelse av samspillsentreprenør i forbindelse med etablering av ny vannledning. Klager anførte at avvisning som følge av manglende oppfyllelse av tekniske og faglige kvalifikasjonskrav, var ulovlig. Klager anførte også at konkurransen skulle vært avlyst som følge av innklagedes valg av regelverk og fordi kvalifikasjonskravet var konkurransebegrensende. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. februar 2025 i sak 2024/1792

Klager: Isachsen Anlegg AS

Innklaget: Nedre Romerike Vann- og Avløpsselskap IKS

Klagenemndas medlemmer: Hanne S. Torkelsen, Bjørn Berg og Tarjei Bekkedal

Bakgrunn:

(1) Nedre Romerike vann- og avløpsselskap IKS (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. mai 2024 en konkurranse for anskaffelse av samspillsentreprenør i forbindelse med etablering av ny vannledning. Konkurransen skulle gjennomføres som konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Anskaffelsens verdi var ikke angitt. Tilbudsfrist var 28. august 2024.

(2) I konkurransegrunnlagets bilag A2 – Prosjektbeskrivelse punkt 1.1 var det angitt at formålet med anskaffelsen var å fullføre etableringen av en indre ring i innklagedes distribusjonsnett, slik at man blant annet sikret nødvendig sikkerhet i vannforsyningen. I punkt 2.1.1 var det beskrevet at arbeidet omfattet boring og inntrekning av ny vannledning gjennom to lengre borehull i fjell. Det var angitt i punkt 2.1.2 at teknikken «*styrt boring*» skulle benyttes i utførelsen av arbeidet. Denne teknikken var valgt av hensyn til kostnadsbildet og for å minimere belastningen for omgivelsene. Innspill fra samspillsentreprenøren ble opplyst å være av vesentlig vekt for planlegging av arbeidet med styrt boring.

(3) Konkurransen skulle gjennomføres i to trinn, der minimum tre leverandører ville bli invitert til å levere tilbud etter en prekvalifisering. I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 var det informert om at både enkeltstående selskaper og grupperinger av flere aktører kunne levere forespørsel om deltakelse. I den forbindelse stod det at

«*[d]et gjøres særlig oppmerksom på kravet til at bestemte arbeider skal utføres av leverandøren selv (eller en deltaker i et fellesskap).*»

Postadresse: Postboks 511 Sentrum 5805 Bergen
Besøksadresse: Zander Kaaes gate 7 5015 Bergen
Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

(4) I konkurransegrunnlaget punkt 4.3 var det stilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

Krav	**Dokumentasjon**
Leverandøren skal selv ha tilstrekkelig relevant erfaring fra prosjekter av relevant art, omfang og vanskelighetsgrad til å gjennomføre kontrakten. Referansene må samlet sett vise at leverandøren selv har erfaring med å **styre (kontraktsansvar)** relevante arbeider, samt erfaring med utførelse av styrt boring i fjell, og erfaring med utførelse av grunn- og ledningsarbeider av relevant art. *Denne erfaringen kan ikke dokumenteres ved bruk av underleverandører, jf. anskaffelsesforskriften § 16-10, 6. ledd.*	Leverandøren skal oppgi de mest relevante referanseprosjektene Leverandøren har utført de siste 10 årene med en kort beskrivelse av prosjektet, leverandørens rolle i prosjektet, oppdragsgiver, år og kontraktsverdi. Dokumentasjonen for relevante bygge- og anleggsarbeider som leverandøren har utført for mer enn 10 år siden, vil bli tatt i betraktning dersom leverandøren ikke har nyere, relevante referanser. Det er viktig at det fremgår klart av referansen hvilken erfaring den er ment å dekke, jf. presiseringene i punkt a, b og c nedenfor. Oppdragsgiver forbeholder seg rett, men ikke plikt, til å sjekke/kontakte oppgitte referanser. Referansene må samlet sett vise erfaring med a) **Styring** av relevant referanseprosjekt (kontraktsansvar) b) Utførelse av styrt boring i fjell c) Utførelse av grunn- og ledningsarbeider

(5) Konkurransegrunnlaget punkt 4.4 Krav til samarbeidende leverandører, inneholdt et punkt 4.4.2 hvor det stod at

«*[d]ersom leverandøren er avhengig av å støtte seg på andre virksomheters kvalifikasjoner for å oppfylle et eller flere tekniske/faglige kvalifikasjonskrav, eller for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet, må virksomheten/underleverandøren fylle ut ESPD-skjema i KGV.*»

(6) I «Bilag B1 Bestemmelser om vederlag og insentiver» punkt 1 var det gitt følgende informasjon om bruk av underleverandører:

«*Det er et krav at alt det vesentlige av grunn- og ledningsarbeider og styrt boring i fjell utføres av Totalentreprenøren, i samsvar med de krav som er satt i tilbudsinvitasjonen. Dersom Totalentreprenør i strid med tilbudsinnbydelsen skulle organisere seg med underentreprenør(er) på utførelse av disse arbeidene, har Totalentreprenøren ikke rett på påslag på underentreprenørens leveranser*.»

(7) Før resultatet av prekvalifiseringen ble kunngjort, fikk innklagede et spørsmål om hvordan det tekniske og faglige kvalifikasjonskravet skulle forstås. Leverandøren pekte på at det var uklart om leverandørene selv kun trengte å ha erfaring med styring av relevante arbeider, eller om det krevdes erfaring fra samtlige arbeidsmåter som ble nevnt i kvalifikasjonskravet. Leverandøren gjorde også gjeldende at den sistnevnte forståelsen

virket å være en ulovlig begrensning i adgangen til å bruke underleverandører etter anskaffelsesforskriften § 16-10 (6).

(8) Innklagede svarte at kontraktsarbeidene på Haneborgåsen var av en spesiell karakter, og at det var avgjørende for resultatet at leverandøren selv hadde erfaring med å styre og utføre tilsvarende kontraktsarbeider. Leverandørene måtte kunne vise at de selv hadde erfaring med alle de tre oppgavene som ble nevnt i kvalifikasjonskravet, som alle ble ansett som «*kritiske oppgaver*» i henhold til forskriften § 16-10 (6):

«*Når det gjelder bruk av underleverandører under utførelsen av arbeidsoppgaver, er dette regulert i samspillsavtalen med bilag. Det er ikke et forbud mot å benytte underleverandører, men for å sikre at leverandøren selv har nødvendig kompetanse og erfaring, er det stilt som kvalifikasjonskrav at leverandøren både skal kunne styre og utføre denne type kontraktsarbeider.*»

(9) Fire leverandører leverte søknad om deltakelse i konkurransen. Etter prekvalifiseringen ble tre leverandører invitert til å levere tilbud, herunder Entreprenørservice AS og Skanska AS i fellesskap og Isachsen Anlegg AS (heretter *klager*).

(10) Klager hadde lagt ved ni referanseprosjekter for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner. Alle ni oppdrag ble oppgitt å innebære arbeider med styrt boring. Under hvert referanseprosjekt var det informert om hvilke arbeider som var utført av klager, og hvilke arbeider som var utført av underentreprenør. For syv av referanseprosjektene var det angitt at arbeid med styrt boring var utført av underentreprenør. I ett referanseprosjekt hadde klager oppgitt å ha utført alt arbeid selv, og i det siste var ikke styrt boring nevnt i ansvarsfordelingen.

(11) Ved tildelingsbrev 10. oktober 2024 meddelte innklagede at kontrakten skulle tildeles klager.

(12) Tildelingsbeslutningen ble påklaget av en annen leverandør. Leverandøren påpekte at klagers dokumentasjon ikke viste erfaring med styrt boring, men at slike arbeider var utført av underleverandører. Den 21. oktober 2024 ble klager avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner.

(13) Klager påklaget avvisningen 25. oktober 2024. Avvisningen ble opprettholdt 1. november 2024. Klager opprettholdt klagen 6. november 2024. Innklagede ga tilsvar til klagen og opprettholdt avvisningen 8. november 2024.

(14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. november 2024.

(15) Innklagede inngikk kontrakt med Skanska AS og Entreprenørservice AS i arbeidsfellesskap (heretter *valgte leverandør*) 21. november 2024.

(16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. februar 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(17) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner. Avvisningen

bygger på en uriktig forståelse av kvalifikasjonskravet. Riktig forstått stilles det kun krav om at leverandørene selv må ha erfaring med styring (kontraktsansvar) av relevante arbeider. Denne forståelsen fremgår tydelig av at «*Styre (Kontraktsansvar)*» er skrevet i fet skrift. Konkurransegrunnlaget punkt 4.4.2 åpner for støtte fra andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene, noe som bekrefter at det kun var prosjektstyringen leverandørene måtte ha erfaring med selv. Det har vært tydelig gjennom hele tilbudsprosessen at klager skulle benytte underentreprenør for styrt boring. At klager ikke ble avvist tidligere, viser at kvalifikasjonskravet ikke er tilstrekkelig klart angitt i konkurransegrunnlaget.

(18) Om innklagedes forståelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner må legges til grunn, er kravet i strid med anskaffelsesforskriften § 16-10 (6). Bestemmelsen tillater at oppdragsgiver bestemmer at «*bestemte kritiske oppgaver*» skal utføres av leverandørene selv. Det aktuelle kvalifikasjonskravet omfatter alt arbeid som i hovedsak skal utføres under kontrakten, og innklagede synes ikke å ha foretatt en nærmere avgrensning slik § 16-10 (6) krever. Innklagede har dessuten anvendt bestemmelsen i relasjon til tidligere utførte prosjekter, og ikke arbeidet som skal utføres under kontrakten. Dette fremstår som feil bruk av bestemmelsen.

(19) Den ulovlige begrensningen i adgangen til å støtte seg på underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskravet, er en feil som har påvirket konkurranseutfallet og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen.

(20) Konkurransen skulle dessuten vært gjennomført etter forsyningsforskriften, jf. forskriften § 1-5.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(21) Kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner er klart angitt, herunder fremgår det klart hvilke oppgaver leverandørene selv skal ha erfaring med. Det er klart angitt i kvalifikasjonskravets første avsnitt at leverandørene må ha erfaring med prosjekter av relevant art, omfang og vanskelighetsgrad. Andre avsnitt må forstås som en presisering av hva disse prosjektene må gå ut på, for at kvalifikasjonskravet skal være oppfylt. At kvalifikasjonskravet kun stilte krav til erfaring med å styre relevante arbeider, er ingen naturlig tolkning.

(22) Kvalifikasjonskravet som begrenser leverandørenes adgang til å støtte seg på underleverandører, er lovlig. Det følger av anskaffelsesforskriften § 16-10 (6) at oppdragsgiver kan kreve at «*bestemte kritiske oppgaver*» skal utføres av leverandøren selv. Styring av relevant referanseprosjekt er en kritisk oppgave fordi prosjektet skal gjennomføres som en samspillskontrakt og forutsetter bruk av svært krevende boreteknikk. Utførelse av styrt boring i fjell anses som en kritisk oppgave fordi det er kjernevirksomheten i oppdraget, og det er en utfordrende øvelse som krever at det velges riktig metode og utstyr. God kommunikasjon mellom utførende entreprenør og totalentreprenør er viktig, og teknikken er sentral for det resultatet som ønskes oppnådd. Utførelse av grunn- og ledningsarbeider er en kritisk oppgave av hensyn til risikoen forbundet med å utføre sprengninger i nærheten av et eldre høydebasseng og kommunalt ledningsanlegg – disse er skjøre konstruksjoner av stor betydning for vannforsyningen i kommunen.

(23) At innklagede først ikke avdekket at klager ikke var kvalifisert, utgjør ikke noe argument for at kvalifikasjonskravet er uklart. Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget og

spørsmål og svar av 6. juni 2024 at det ikke kunne brukes underleverandører for å oppfylle det tekniske og faglige kvalifikasjonskravet. Siden det ikke var forbudt å bruke underleverandører, ga det ikke umiddelbar grunn til å avvise klager at klager i tilbudet hadde oppgitt nøkkelpersoner som ikke var ansatt i virksomheten. Klager leverte to referanseprosjekter hvor det ikke var oppgitt at styrt boring var utført ved hjelp av underleverandør, selv om dette var tilfelle. Det er denne uklarheten i klagers tilbud som er årsaken til at avvisningen ble foretatt sent.

(24) Det foreligger ikke avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

(25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

(26) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder samspillsentreprise for etablering av ny vannledning, som er en bygge- og anleggsanskaffelse knyttet til produksjon og distribusjon av drikkevann til offentligheten. Anskaffelsens verdi er ikke angitt i konkurransegrunnlaget, men den er for klagenemnda estimert til 130 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, skal denne anskaffelsen i utgangspunktet følge forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) 12. august 2016 nr. 975 del II, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.

Valg av regelverk

(27) Klager har påpekt at innklagede vil få mulighet til å gjennomføre konkurransen etter rett regelverk dersom konkurransen avlyses. Klagenemnda forstår dette som en anførsel om at konkurransen skulle vært avlyst som følge av at den ble gjennomført etter feil regelverk.

(28) Som redegjort for i avsnitt 26 ovenfor, følger anskaffelsen i utgangspunktet reglene i forsyningsforskriften del II. Innklagede har imidlertid kunngjort konkurransen etter alminnelig forskrift del III. Forsyningsforskriften gjennomfører forsyningsdirektivet 2014/25/EU, og det er forutsatt at bestemmelsene i dette direktivet gir oppdragsgivere større fleksibilitet og handlingsrom enn reglene for klassisk sektor, se Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat 3 av 17. mars 2015 «*Forslag til ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene*» punkt 1.

(29) I sak C-87/94 (Wallonske busser) slo EU-domstolen fast at en oppdragsgiver som har kunngjort en konkurranse etter et bestemt regelverk, er forpliktet til å følge dette regelverket ved gjennomføringen av konkurransen. Under henvisning til denne avgjørelsen har klagenemnda i tidligere praksis lagt til grunn at så lenge reglene om kunngjøring av konkurransen er overholdt, så står oppdragsgivere fritt til å forplikte seg til å følge et strengere regelverk enn det anskaffelsens verdi eller art isolert sett tilsier, se for eksempel sakene 2023/1017 avsnitt 37-38 og 2024/1511 avsnitt 37-38. Nemnda har lagt til grunn at det samme gjelder der en oppdragsgiver har kunngjort en konkurranse etter alminnelig forskrift, selv om anskaffelsen etter sin art omfattes av forsyningsforskriften, se sak 2022/924 avsnitt 34-35.

(30) På denne bakgrunn finner klagenemnda at valget om å følge reglene i anskaffelsesforskriften del III, ikke utgjør en feil ved konkurransegjennomføringen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Avvisning av leverandør

(31) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om avvisningen av klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner, var ulovlig.

(32) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a at en oppdragsgiver «*skal*» avvise en leverandør som «*ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».

(33) Partene er enige om at klager ikke oppfyller det aktuelle kvalifikasjonskravet dersom innklagedes forståelse av kravet må legges til grunn.

(34) Ved tolking av kvalifikasjonskrav skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. Ordlyden står sentralt, men det kan også være nødvendig å tolke kvalifikasjonskravet i lys av andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på, se Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 51 med henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-27/15 (Pippo Pizzo) avsnitt 35 flg.

(35) Det følger av prinsippet om forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4, at konkurransegrunnlaget må være tilstrekkelig klart og utvetydig til at enhver rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør kan forstå og tolke innholdet på samme måte, se blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC) avsnitt 42 og Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 48-50. Klarhetskravet er begrunnet i hensynet til at leverandørene skal ha de samme forutsetningene for utformingen av tilbud. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forsyningsforskriften § 10-1 (5).

(36) I konkurransegrunnlaget punkt 4.3 var det stilt følgende kvalifikasjonskrav om leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«*Leverandøren skal selv ha tilstrekkelig relevant erfaring fra prosjekter av relevant art, omfang og vanskelighetsgrad til å gjennomføre kontrakten.*

Referansene må samlet sett vise at leverandøren selv har erfaring med å ***styre (kontraktsansvar)*** *relevante arbeider, samt erfaring med utførelse av styrt boring i fjell, og erfaring med utførelse av grunn- og ledningsarbeider av relevant art.*

Denne erfaringen kan ikke dokumenteres ved bruk av underleverandører, jf. anskaffelsesforskriften § 16-10, 6. ledd.»

(37) Det tilhørende dokumentasjonskravet ba om en liste over leverandørenes mest relevante referanseprosjekter fra de siste 10 år. Det var angitt at

«*[r]eferansene må samlet sett vise erfaring med*

a) ***Styring*** *av relevant referanseprosjekt (kontraktsansvar)*

b) Utførelse av styrt boring i fjell

c) Utførelse av grunn- og ledningsarbeider»

(38) Kvalifikasjonskravets første ledd angir at leverandørene skal ha «*tilstrekkelig relevant erfaring*». I andre ledd er det listet opp at erfaringen må gjelde «*å styre (kontraktsansvar) relevante arbeider, samt erfaring med utførelse av styrt boring i fjell, og erfaring med utførelse av grunn- og ledningsarbeider av relevant art*.» Det er naturlig å lese opplistingen i andre ledd som en presisering av hva som menes med «*relevant erfaring*» i første ledd. I både første og andre ledd er det angitt at «*leverandøren selv*» må inneha den etterspurte erfaringen, noe som indikerer at det ikke er adgang til å støtte seg på underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskravet. At kravet må forstås slik, bekreftes i tredje ledd hvor det også er henvist til anskaffelsesforskriften § 16-10 (6).

(39) Klager har anført at når «*styre (kontraktsansvar)*» er angitt i fet skrift, så innebærer det at leverandørene selv kun trenger erfaring med styring av relevante arbeider. Etter klagenemndas syn er det imidlertid naturlig å lese ordene «*samt*» og «*og*» i opplistingen av de relevante arbeidsmåtene, slik at leverandørene selv må kunne dokumentere erfaring fra samtlige tre erfaringsområder. At kvalifikasjonskravet må forstås slik, kommer dessuten klart frem ved at dokumentasjonskravet gjennom en punktvis opplisting ber om referanseprosjekter som viser erfaring fra alle de tre områdene.

(40) Det fremgår av tolkningen ovenfor at den forståelsen som ligger til grunn for avvisningen av klager, at leverandørene må oppfylle hele kvalifikasjonskravet uten støtte fra underleverandører, samsvarer med kvalifikasjonskravets ordlyd. Klager har imidlertid anført at denne forståelsen ikke kommer tilstrekkelig klart og entydig frem når konkurransegrunnlaget leses i sammenheng.

(41) I konkurransegrunnlaget punkt 4.4.2 med overskriften «*Støtte fra andre virksomheter (underleverandører)*», var det i første avsnitt informert om at

«*[d]ersom leverandøren er avhengig av å støtte seg på andre virksomheters kvalifikasjoner for å oppfylle et eller flere tekniske/faglige kvalifikasjonskrav, eller for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet, må virksomheten/underleverandøren fylle ut ESPD-skjema i KGV.*»

(42) Det siterte avsnittet synes ifølge klager å bygge på en forutsetning om at det er adgang til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav. At tekniske og faglige kvalifikasjonskrav nevnes, kan derfor gi inntrykk av at det er tillatt med bruk av underleverandører for å oppfylle dette kravet. Etter klagenemndas syn fremgår det imidlertid klart av de generelle formuleringene i punkt 4.4.2, at det ikke har vært meningen å gi uttrykk for noe annet enn det som fremgår klart og tydelig av selve kvalifikasjonskravet. Det kan i den forbindelse også vises til at det allerede i punkt 1.5 i konkurransegrunnlaget, ble varslet om at det aktuelle kvalifikasjonskravet ikke kunne oppfylles gjennom støtte fra underleverandører. Klagers anførsel fører ikke frem.

(43) På denne bakgrunn mener klagenemnda at innklagedes forståelse av det tekniske og faglige kvalifikasjonskravet, kommer tilstrekkelig klart og entydig frem i konkurransegrunnlaget. Klager oppfylte dermed ikke kvalifikasjonskravet, og avvisningen var lovlig, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a.

Om kvalifikasjonskravet er ulovlig konkurransebegrensende

(44) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om kvalifikasjonskravet om leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner er ulovlig konkurransebegrensende, og om innklagede i så fall pliktet å avlyse konkurransen.

(45) En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått feil som kan ha påvirket deltakerinteressen eller konkurranseutfallet, og denne feilen ikke kan rettes på andre måter enn ved avlysning, se blant annet HR-2019-1801-A avsnitt 85 og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16 avsnitt 106.

(46) Utgangspunktet etter anskaffelsesforskriften § 16-10 (1) er at leverandører kan støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav. I § 16-10 (6) heter det imidlertid at oppdragsgiveren kan stille krav om at «*bestemte kritiske oppgaver*» skal utføres av leverandøren selv.

(47) Klagenemnda skal først ta stilling til om innklagede i denne saken har gjort unntak kun for «*bestemte*» oppgaver, herunder om ordlyden i § 16-10 (6) er til hinder for at en oppdragsgiver kan kreve at alle oppgaver som i hovedsak skal utføres under en kontrakt, skal utføres av leverandøren selv.

(48) Det følger av en naturlig språklig forståelse at ordet *«bestemte*» krever at oppgavene det gjøres unntak for må være tydelig spesifisert og definert i konkurransegrunnlaget. Prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet gjør at leverandørene skal ha lik mulighet til å lese ut av konkurransegrunnlaget om de er kvalifisert for å delta i konkurransen eller ikke. Derfor må det være tydelig angitt hvilke kvalifikasjoner leverandørene må ha selv.

(49) Ifølge bestemmelsen er det ikke nok at oppgavene er «*bestemte*», de må også være «*kritiske*». Den siste begrensningen er ikke kvantitativ, men knytter seg til oppgavenes art og betydning for gjennomføring av kontrakten. Sammenhengen i bestemmelsen viser derfor at adgangen til å begrense muligheten for å støtte seg på underleverandører beror på en rent kvalitativ vurdering. Det samme er lagt til grunn av EU-domstolen i sak C-642/20 avsnitt 42. Avgjørelsen gjaldt lovligheten av et nasjonalt krav om at hovedleverandøren i et arbeidsfellesskap måtte oppfylle samtlige kvalifikasjonskrav og stå for utførelsen av mesteparten av kontraktsarbeidene.

(50) På denne bakgrunn finner klagenemnda at ordet «*bestemte*» i anskaffelsesforskriften § 16-10 (6), kun oppstiller et krav om at oppgavene må være tydelig spesifisert og avgrenset. Spørsmålet er videre om dette kravet er oppfylt.

(51) I det tekniske og faglige kvalifikasjonskravet var det angitt at leverandørene selv skulle ha erfaring med «*å styre (kontraktsansvar) relevante arbeider, samt erfaring med utførelse av styrt boring i fjell, og erfaring med utførelse av grunn- og ledningsarbeider av relevant art*». De tre arbeidsoppgavene er tydelig avgrenset, både fra hverandre og fra annet arbeid som skal utføres under kontrakten. Etter klagenemndas syn er oppgavene konkretisert og spesifisert i tilstrekkelig grad til at leverandører som vurderer å delta, har mulighet til å forstå hvilke kvalifikasjoner som kreves. Vilkåret om at oppgavene det gjøres unntak for må være «*bestemte*», er oppfylt.

(52) Klagenemnda skal så ta stilling til om arbeidsoppgavene som var angitt i det tekniske og faglige kvalifikasjonskravet, er «*kritiske oppgaver*» under kontrakten, jf. § 16-10 (6). Nemnda vurderer de tre arbeidsoppgavene hver for seg.

(53) Ordlyden «*kritiske*» tilsier at oppgavene det gjøres unntak for må være viktige og sentrale for oppfyllelse av kontrakten. Dette må vurderes konkret, og det er antatt at oppdragsgiver har en viss skjønnsfrihet i vurderingen av hvilke oppgaver som er «*kritiske*». Nærings- og fiskeridepartementet skriver i sin veiledning til reglene om offentlige anskaffelser, at oppgavenes størrelse eller omfang ikke alene kan begrunne at de er «*kritiske*». Departementet angir at sentrale vurderingsmomenter vil være om oppgavene er nært knyttet til sentrale elementer ved leveransen, om de i vesentlig grad bidrar til å oppfylle kontrakten til avtalt pris og kvalitet, og om utførelsen av oppgavene krever en viss fortrolighet eller nær kontakt mellom leverandør og oppdragsgiver over en viss tid, se Veileder fra Nærings- og fiskeridepartementet (P-2017-933) pkt. 28.5.

(54) Innklagede har ansett styring av relevante referanseprosjekt (kontraktsansvar) som en kritisk oppgave. Dette er begrunnet med at prosjektet skal utføres som en samspillskontrakt og forutsetter bruk av en boreteknikk i ytterkanten av det dagens teknologi tilbyr. Av konkurransegrunnlaget fremgår det at leverandøren skal inkluderes både i utviklingen og gjennomføringen av prosjektet. I utviklingsfasen forutsettes leverandøren å bidra med erfaring og kompetanse for planlegging, prosjektering og vurdering av risiko.

(55) Klagenemnda legger til grunn at erfaring med styring av relevante referanseprosjekter vil gi leverandøren innsikt i priser, tidsplaner, risikoer og utfordringer. En slik helhetlig forståelse fremstår sentralt for gjennomføring av samspillsentreprisen og for at kontraktsarbeidene skal utføres til nødvendig og avtalt kvalitet. Nemnda har derfor ingen innvendinger mot innklagedes vurdering av at dette er «*kritiske oppgaver*» under kontrakten.

(56) Innklagede har videre forklart at det er ansett som kritisk i prosjektet at den utførende entreprenøren er en del av totalentreprenørens organisasjon. Det vises til at utførelse av styrt boring er kjernevirksomheten i oppdraget, og at det i hovedsak er denne boreteknikken som vil benyttes i kontraktsarbeidet. Innklagede har også pekt på konkrete utfordringer denne teknikken medfører, og som gjør det viktig å kunne ha direkte dialog med den utførende entreprenøren.

(57) Klagenemnda legger vekt på at arbeidet med styrt boring fremstår sentralt for at kontrakten skal kunne oppfylles til avtalt kvalitet. Innklagede har tillegg identifisert konkrete utfordringer som oppstår ved bruk av denne teknikken, og det er ikke godtgjort at disse utfordringene kan håndteres på tilsvarende god måte ved hjelp av underleverandører. På denne bakgrunn har nemnda ingen rettslige innvendinger mot at arbeid med styrt boring anses som «*kritiske oppgaver*».

(58) Innklagede har til sist ansett utførelsen av grunn- og ledningsarbeid som «*kritiske oppgaver*» fordi arbeidet medfører risiko knyttet til grunnforhold og lokale forhold på Haneborgåsen. Sprenging skal gjøres i nærheten av et høydebasseng og kommunalt ledningsanlegg. Disse konstruksjonene er skjøre og kritiske for vannforsyningen til Lørenskog kommune. Også her har innklagede begrunnet unntaket i oppgavens art og betydning for kontraktsgjennomføringen. Klagenemnda har derfor ingen innvendinger mot innklagedes vurdering.

(59) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at begrensningen i muligheten til å støtte seg på underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner, kun er gjort for «*bestemte kritiske oppgaver*», jf. anskaffelsesforskriften § 16-10 (6). Klagers anførsel om at kvalifikasjonskravet er ulovlig konkurransebegrensende, fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved avvisningen av klager. Innklagede har heller ikke oppstilt noe ulovlig kvalifikasjonskrav.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tarjei Bekkedal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur