



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. De generelle kravene i § 4.
Ettersending/supplering. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør for to deloppdrag, herunder for prosjektering og bygging av skateanlegg og lekeområde. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen som følge av manglende erfaring med bygging/montering av skatepark eller lignende konstruksjoner. Klagenemnda fant imidlertid at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Nemnda var ikke enig i klagers anførsel om at det var oppstilt for strenge kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 8-7 (2).

Klagenemndas avgjørelse 1. februar 2019 i sak 2018/1

Klager: Anleggsgartner Svein Boasson AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter innklagede) kunngjorde 20. oktober 2017 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør for prosjektering og bygging på Montanamarken (deloppdrag A), samt montering av utstyr på åtte lekeplasser i Bergen (deloppdrag B). Anskaffelsens deloppdrag A, som denne saken gjelder, innebar nærmere bestemt prosjektering og bygging av lekeområde og skateanlegg på Montanamarken. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunlaget angitt til 13. november 2017.
- (2) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunlaget bli tildelt tilbudet med lavest totalpris. Tilbyderne ble nærmere bestemt bedt om å angi en fastpris (medregnet reisekostnader og opsjoner), og timepriser for prosjekterende/arkitekt/landskapsarkitekt, fagarbeider og hjelpearbeider.
- (3) Som kvalifikasjonskrav var det blant annet stilt krav om at «*Leverandøren skal ha erfaring fra sammenlignbare oppdrag*». Under det tilhørende dokumentasjonskravet fremgikk følgende:

«Beskrivelse av leverandørens inntil 3 mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene. Det skal vises til dokumentert erfaring med bygging/ montering av skatepark og lekeplasselementer, eller lignende konstruksjoner. [...] Det er leverandøren sin oppgave å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen».
- (4) I en mal som var vedlagt konkurransegrunlaget, stod det at man under kolonnen «*Beskrivelse*» skulle kort beskrive leveransen, og hvilken relevans leveransen hadde for denne anskaffelsen.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
Nettside: www.kofa.no

- (5) Et annet kvalifikasjonskrav var at «Tilbyder skal ha kompetanse innen prosjektering av skatepark og lekeplasser eller lignende», og «kompetanse innen tømrerarbeid og montering av trekonstruksjoner fra minimum yrkesskole, teknisk fagskole eller bachelornivå». Dette skulle dokumenteres ved å gi en oversikt over tilbudt personell, samt fremlegge CV for sentrale medarbeidere i prosjektet. Dersom leverandøren ville støtte seg på andre foretak for å oppfylle kravet, ble det presisert at man måtte legge frem tilsvarende dokumentasjon for disse. Det var videre presisert at leverandøren i så fall også måtte levere en forpliktelseserklæring.
- (6) Av et vedlegg til konkurransegrunnlaget, omtalt som «Skisseprosjekt», stod det generelt at tiltakene måtte være flyttbare, og at de derfor skulle ha ingen eller lite fundamentering. For skateparken spesifikt, var det fremhevet som et «kvalitetskrav» at skateanlegget skulle lages av «ramper og rails som er enkle å flytte ved en senere anledning».
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Anleggsgartner Svein Boasson AS (heretter klager) og Anleggsgartnermester Løvaas AS (tidligere Anleggsgartnermester Magne Løvaas AS, heretter valgte leverandør). I klagers tilbud var det blant annet dokumentert erfaring fra et prosjekt på Varden skole. Av beskrivelsen av dette prosjektet fremgikk det at klager hadde laget en plasstøpt skatepool på skoleområdet. Vedlagt klagers tilbud fulgte videre en utfylt forpliktelseserklæring fra Smedsvig Landskapsarkitekter AS, hvor denne leverandøren forpliktet seg til å stille sin kompetanse og kapasitet til rådighet for klager i anledning prosjektet.
- (8) Valgte leverandørs tilbud inneholdt referanselister for tre underleverandører, i tillegg til selskapets egen referanseliste. For to av underleverandørene var det vedlagt fullmakt til å innhente utvidet skatteattest, samt forpliktelseserklæring. Forpliktelseserklæring og fullmakt var ikke vedlagt for underleverandøren Rhino-Ramps / Uniqa AS (heretter bare Uniqa AS). Av Uniqa AS sin referanseliste fremgikk det fire prosjekter, herunder «Stord skatepark», «Tyssedal skule», og «Bogaffjellhallen» (Sandnes kommune). Sistnevnte prosjekt hadde ingen beskrivelse, mens de to andre var benevnt som «A1 park». I tilbudet var det videre vedlagt dokumenter utarbeidet av Rhino, deriblant tegning av «Mobile skate park A1», bilder av prefabrikkerte skateelementer og tekniske spesifikasjoner med hensyn til elementenes størrelser, samt hvordan disse skal plasseres i forhold til hverandre i henhold til skisse for «Mobile skate park A1».
- (9) Innklagede sendte e-post til valgte leverandør 14. november 2017, hvor det stod:
- «[...] Viser til telefonsamtale nå nettopp.*
- Ber om at dere som avtalt ettersender referanser for underleverandører som har erfaring med montering av skateparkutstyr.*
- Eventuelt forpliktelseserklæring for oppgitt leverandør av utstyret [...]».*
- (10) Valgte leverandør svarte samme dag følgende:
- «[...] Jeg ble lovet forpliktelseserklæring fra Uniqa i dag, men de har hatt problemer med nettverket i dag.*
- Jeg skulle få den i morgen tidlig. Håper dette går bra. [...]».*
- (11) Forpliktelseserklæringen fra Uniqa AS ble oversendt innklagede 15. november 2017.

- (12) Klager ble meddelt 21. november 2017 at deres tilbud hadde blitt avvist, grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Slik innklagede vurderte det, hadde klager verken dokumentert oppfyllelse av kravet til erfaring fra sammenlignbare oppdrag eller kravet til kompetanse innen prosjektering av skateanlegg eller lignende. Samme dag ble klager meddelt at innklagede hadde besluttet å inngå kontrakt med valgte leverandør. Av meddelelsen fremgikk det også at to øvrige tilbydere eller tilbud hadde blitt avvist fra konkurransen.
- (13) Klagenemnda har fått opplyst at kontrakt ble inngått med valgte leverandør 22. desember 2017.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. januar 2018.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. januar 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Klager skulle ikke ha vært avvist fra konkurransen. Innklagedes anvendelse av kvalifikasjonskravene er ikke i tråd med en naturlig og objektiv forståelse.
- (17) Innklagedes anvendelse av kvalifikasjonskravene er uforholdsmessig, jf. forskriften § 8-7 (2). Dette fordi at anskaffelsen gjaldt ni tiltak, og bare ett av disse omfattet skateparken. Det er derfor stilt for strenge krav til deltakelse i konkurransen, gitt at innklagedes forståelse legges til grunn.
- (18) Innklagede har brutt lovens grunnleggende krav til likebehandling og gjennomskiktighet ved ikke å avvise valgte leverandør, samt ved å unnlate å gi klager samme mulighet til å supplere dokumentasjon av betydning for kvalifikasjonskravene. Bare valgte leverandør fikk denne muligheten etter tilbudsfristens utløp.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Det var riktig å avvise klager fra konkurransen, siden kvalifikasjonskrav ikke var oppfylt. Det var ikke noe i klagers tilbud som tilsa at de omtvistede kvalifikasjonskravene var oppfylt. Etersom valgte leverandørs tilbud inneholdt opplysninger som tydet på at samtlige kvalifikasjonskrav var oppfylt, er ikke kravet til likebehandling brutt.
- (20) Valgte leverandør oppfylder kvalifikasjonskravene.
- (21) Anvendelsen av kvalifikasjonskravene var ikke uforholdsmessig, og er i tråd med regelverket. Forskriften § 8-7 (2) er ikke brutt.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av totalentreprenør for rehabilitering og bygging av uteområde og åtte lekeplasser, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til fire 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.

Avvisning av klager

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise dem fra konkurransen.
- (24) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (25) Innklagedes avvisning av klager er begrunnet i manglende oppfyllelse av to kvalifikasjonskrav.
- (26) Det første av disse var at leverandørene skulle ha *«erfaring fra sammenlignbare oppdrag»*.
- (27) Slik kvalifikasjonskravet var utformet, legger det opp til at innklagede ville gjøre en skjønnsmessig vurdering av om de referanseprosjektene leverandørene fremla, utgjorde *«sammenlignbare»* oppdrag. Denne skjønnsutøvelsen kan i begrenset grad prøves rettslig. Skjønnsutøvelsen vil likevel begrenses av de rammer som følger av beskrivelsen av kvalifikasjonskravet. Det nærmere innholdet i kvalifikasjonskravet kan også måtte fastlegges i lys av tilhørende dokumentasjonskrav, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2016/135 premiss 23.
- (28) I tilknytning til kravet om erfaring med *«sammenlignbare oppdrag»*, ble leverandørene nærmere bestemt bedt om å vise til erfaring med bygging/montering av *«skatepark og lekeplasselementer, eller lignende konstruksjoner»*. For å dokumentere oppfyllelse av dette kravet, ble leverandørene bedt om å levere en beskrivelse av inntil tre relevante oppdrag i løpet av de siste tre årene.
- (29) Det er på det rene at klager har erfaring med bygging/montering av lekeplasselementer. Slik kvalifikasjonskravet var formulert, var det imidlertid også påkrevd med erfaring fra bygging/montering av *«skatepark»* eller *«lignende konstruksjoner»*.
- (30) I klagers tilbud er det vist til tre referanseprosjekter, benevnt *«Sætreparken»*, *«Nordnes Oppveksttun»* og *«Varden skole»*. Innklagede har forklart at klager ikke oppfylte kravet, fordi ingen av referanseprosjektene gjaldt bygging av skatepark, eller prosjekter som kunne anses sammenlignbare med bygging av skatepark. Prosjektene i klagers referanseliste gjaldt nesten utelukkende bygging/montering av lekeplasselementer. Unntaket er oppdraget på Varden skole, hvor klager bygget en skatepool. Dette var imidlertid en plasstøpt skatepool, og ikke et flyttbart tiltak, slik konkurransegrunnlaget foreskrev. Innklagede vurderte det derfor slik at klager ikke hadde *«erfaring fra sammenlignbare oppdrag»*.
- (31) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at klagers anførsler gir holdepunkter for å tilsidesette innklagedes vurdering om at klager ikke hadde den nødvendige erfaringen fra sammenlignbare oppdrag, eller grunnlag for å konstatere at denne vurderingen var uforholdsmessig streng. Klager er derfor rettmessig avvist fra konkurransen, jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav a.
- (32) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt klager oppfylte kvalifikasjonskravet om *«kompetanse innen prosjektering av skatepark [eller] lignende»*.

Avvisning av valgte leverandør

- (33) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (34) Klager anfører nærmere bestemt at valgte leverandør ikke oppfylte kravene om «*erfaring fra sammenlignbare oppdrag*» og «*kompetanse innen prosjektering av skatepark [eller] lignende*».
- (35) Det er ikke bestridt at valgte leverandør ikke oppfylte disse kvalifikasjonskravene på egenhånd. Ifølge innklagede oppfylles kravene imidlertid av valgte leverandørs underleverandør, Uniqa AS.
- (36) Foranlediget av partenes argumentasjon, finner klagenemnda innledningsvis grunn til å bemerke at valgte leverandørs tilbud, opprinnelig ikke inneholdt en forpliktelseserklæring fra Uniqa AS. Uniqas referanseliste for sammenlignbare oppdrag, samt bilder og skisser over selskapets produkter, fremgikk imidlertid av tilbudet. Det er således ikke tvilsomt at tilbudet inneholdt opplysninger om at valgte leverandør ville støtte seg på kompetansen til Uniqa ved gjennomføringen av kontrakten. Det er da videre heller ikke tvilsomt at innklagede hadde anledning til å etterspørre forpliktelseserklæring fra Uniqa, jf. forskriften § 9-3. En slik adgang til å be leverandørene om å utfylle eller ettersende mottatte opplysninger, har innklagede også etter forskriften del III § 23-5.
- (37) Spørsmålet er om valgte leverandør, ved å bruke Uniqa AS som underleverandør, oppfylte kravene om erfaring fra sammenlignbare oppdrag og kompetanse innen prosjektering av skatepark eller lignende.
- (38) Når det gjelder kravet om erfaring fra sammenlignbare oppdrag, har innklagede blant annet vist til at det – av referanselisten til Uniqa AS – fremgikk to prosjekter som gjaldt bygging/montering av skatepark. Prosjektet i referanselisten kalt «*Bogafjellhallen*» var ikke nærmere beskrevet. Etter nærmere undersøkelser fant oppdragsgiver imidlertid ut at også dette prosjektet gjaldt bygging/montering av skatepark eller lignende konstruksjoner.
- (39) Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke holdepunkter for å underkjenne innklagedes vurdering om at valgte leverandør oppfylte kravet om erfaring fra sammenlignbare oppdrag.
- (40) Når det gjelder kravet om kompetanse innen «*prosjektering*» av skatepark eller lignende, fremgikk det av konkurransegrunnlaget at dette skulle dokumenteres oppfylt ved å fremlegge en oversikt over tilbudt nøkkelpersonell, samt CV for sentrale medarbeidere i prosjektet. Tilsvarende dokumentasjon skulle også fremlegges dersom tilbyderen støttet seg på andre leverandører.
- (41) Valgte leverandør har verken fremlagt oversikt over tilbudt nøkkelpersonell eller CV for disse. Innklagede har forklart at dette ikke var nødvendig, og at man heller ikke har bedt om ettersendelse av disse dokumentene. Grunnen til dette er at de tilbudte skateparkelementene er prefabrikkerte. I tillegg fremhever innklagede at valgte leverandør har tilbudt å levere en nærmest ferdig prosjektert skatepark.
- (42) Slik dokumentasjons- og kvalifikasjonskravet var lagt opp, var det imidlertid påkrevd å vise at det tilbudte personellet hadde kompetanse innen prosjektering av skatepark eller

lignende. Innklagede er da «*bound to ensure observance of the terms and conditions of the tender specifications, which they have freely chosen to make mandatory*», jf. Underrettens avgjørelse i T-40/01 (Scan Office Design), premiss 76.

- (43) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (44) Klager har anført at kvalifikasjonskravene er uforholdsmessige, jf. forskriften § 8-7 (2) og loven § 4. Anførselen gjelder nærmere bestemt de ovennevnte kravene om erfaring fra sammenlignbare oppdrag og kompetanse innen prosjektering, som begge var knyttet til «*skatepark*» eller lignende konstruksjoner. Klager viser i denne sammenheng til at kun ett av totalt ni tiltak for anskaffelsen gjaldt skatepark.
- (45) Av forskriften § 8-7 (2) følger det at kvalifikasjonskravene skal «*stå i forhold til leveransen*».
- (46) Dette innebærer at det ikke kan oppstilles kvalifikasjonskrav som representerer en uforholdsmessig begrensning av konkurransen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/84, premiss 39. Det er imidlertid opp til oppdragsgiver å oppstille de kravene som anses hensiktsmessig i konkurransen. Ved vurderingen av om et kvalifikasjonskrav er egnet til å sikre at leverandørene er i stand til å oppfylle kontrakten, og om kravet står i forhold til den ytelsen som skal leveres, utøver oppdragsgiver et betydelig innkjøpsfaglig skjønn, jf. samme avgjørelse i premiss 40 med videre henvisning. Klagenemndas kompetanse er begrenset til å prøve om skjønnsutøvelsen er usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig.
- (47) Innklagede har forklart at det var behov for å stille spesifikke krav til leveransen som gjaldt skateparken. Dette er begrunnet med at skatere er utilfredse med svært mange skateanlegg som allerede er oppført, fordi brukbarheten og holdbarheten ikke er god nok. Det er fremhevet at eksempelvis ujevnt underlag og feil valg av skruer kan medføre stor slitasje på anlegget, og gå ut over brukeropplevelsen. At skateparken bare er ett av totalt ni tiltak som skal oppføres under det aktuelle deloppdraget, kan derfor ikke være avgjørende. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurderinger på dette punkt.
- (48) Klagers anførsel om at kvalifikasjonskravet ikke står i forhold til leveransen, jf. forskriften § 8-7 (2), kan ikke føre frem.
- (49) Klagenemnda har ovenfor kommet til at innklagede brøt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Dette bruddet har dermed påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Bergen kommune har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør. Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk