



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Kvalifikasjonskrav, avvisning, ettersending av dokumentasjon.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygging av fylkesvei 169 Fjellsrud – Stensrud. Klager anførte at innklagede hadde brutt avklaringsadgangen ved å be om ettersending av dokumentasjon. Klager anførte også at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å ikke avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Anførslene førte ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 17. september 2019 i sak 2018/219

**Klager:** Anlegg Øst Entreprenør AS

**Innklaget:** Akershus fylkeskommune v/ Statens vegvesen Region øst

#### Klagenemndas

**medlemmer:** Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Sverre Nyhus

#### Bakgrunn:

(1) På vegne av Akershus fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde Statens vegvesen Region øst 6. april 2018 en åpen anbudskonkurranse om en utførelsesentreprise for bygging av fylkesvei 169 Fjellsrud – Stensrud. Tilbudsfrist ble angitt til 28. mai 2018.

(2) Anskaffelsen ble i kunngjøringen del II punkt 2.4 beskrevet på følgende måte:

*«Dagens fylkesveg, Hølandsveien, har lav standard og mange avkjørsler mellom Fjellsrud og Stensrud. Vegen legges derfor om lenger sør for dagens trasé. Ny veglinje vil gå over noe dyrka mark, men i hovedsak i skog og randsoner. I vestenden bygges det et nytt vegkryss med rv. 22 som en rundkjøring. I østenden skal det bygges et nytt vegkryss mellom dagens fv. 169 og den nye vegen, samt lokalveger.»*

(3) Konkurransesgrunnlaget punkt 2.5.4 stilte følgende kvalifikasjonskrav om kvalitetsstyring:

*«Leverandøren skal ha et velfungerende kvalitetsstyringssystem for leveransen, basert på ISO 9001:2015 eller tilsvarende, med relevans for tilsvarende samferdselsprosjekter. Systemet skal være gjenstand for jevnlig revisjon.»*

(4) Som dokumentasjon ble det stilt krav om:

*«1. Attest som viser at leverandøren oppfyller kravene i ISO 9001:2015 eller tilsvarende sertifisering basert på relevante europeiske standardserier som er sertifisert av akkrediterte organer eller tilsvarende attester utstedt av organer i andre EØS-stater.*

*2. Annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak aksepteres dersom leverandøren ikke har mulighet til å få slike attester innen fristen, og dette ikke skyldes*

*leverandøren selv. Dette forutsetter at leverandøren dokumenterer at disse tiltakene tilsvarende de etterspurte kvalitetssikringsstandardene. Leverandøren skal begrunne hvorfor han ikke hadde mulighet til å få slike attester innen fristen, og hva dette skyldes.*

*3. Dokumentasjon på revisjon de siste år med bekreftelse fra den/de som har foretatt revisjon.»*

(5) Innklagede mottok innen tilbudsfristen syv tilbud, herunder fra Anlegg Øst Entreprenør AS (heretter *klager*) og Huser Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*).

(6) I valgte leverandørs tilbud under «*Orientering om KSMEF*» var det skrevet: «*benytter system for kvalitetssikring og HMS levert av Maskinentreprenørenes Forbund (MEF). Systemet heter KSMEF. Vi har tilpasset systemet til vår bedrift og innarbeidet rutiner som sikrer at systemet jevnlig gjennomgås, oppdateres og etterleves.*». Videre at:

*«Huser Entreprenør AS er ikke sertifisert for noen av standardene under men:*

*– Systemet med tilhørende dokumenter i KSMEF er i tråd med ISO 9001:2015*

*– Systemet med tilhørende dokumenter i KSMEF er i tråd med ISO 14001:2015»*

(7) Tilbudet inneholdt også «*Revisjonsplan*» for «*Overordnet KS HMS System*» med plan for 2018.

(8) Vedlagt tilbudet var også «*Redegjørelse for styringssystemer og forholdet til ISO 9001 og 14001*». Her fremgikk det:

*«Huser Entreprenør har altså ikke to separate systemer, men integrerer dokumenter som stammer fra begge standarder i samme styringssystemet. Huser Entreprenør har ingen sertifiseringer i noen av disse standardene, da det krever full implementering.»*

(9) For «*KS/HMS Systembeskrivelse*» under «*1. Hensikt og omfang*» ble følgende forklaring gitt:

*«Dette dokumentet er utarbeidet for å gi en overordnet beskrivelse av Huser Entreprenør AS' ledelsessystem for kvalitet og HMS. Styringssystemet er utarbeidet for å oppfylle gjeldende krav i NS-EN ISO 9001 og NS-EN ISO14001.*

*HMS/KS-ansvarlig har det overordnede ansvar for å etablere, implementere og vedlikeholde dokumentertinformasjon i styringssystemet.»*

(10) Innklagede ba 7. juni 2018 valgte leverandør om å levere supplerende dokumentasjon. For kvalifikasjonskravet knyttet til kvalitetssikringssystem ble det etterspurt:

*Vedrørende krav til kvalitetsstyringssystem for Huser:*

*«1) Se «Dokumentasjonskrav». Dette kan enten dokumenteres ved attest på ISO sertifisering, eller ved å legge fram dokumentasjon som viser at leverandøren har et system av tilsvarende kvalitet som ISO 9001:2015 eller tilsvarende systemer. Dere skriver at: «Styringssystemet er utarbeidet for å oppfylle gjeldende krav i NS-EN ISO 9001 og NS-EN ISO14001.» Vi etterspør en nærmere redegjørelse.*

*2) For KS-systemet er det også et krav om revisjon. Systemet bør være revidert minst 1 gang de siste 3 årene. Så vidt vi kan se står det i tilbudsdokumentene at systemet er gjenstand for internrevisjon, og at resultater av revisjonen registreres. Vi kan imidlertid ikke se at det er lagt frem dokumentasjon på at revisjon er foretatt de siste årene. Vi etterspør dokumentasjon på dette.»*

- (11) Frist for ettersendelse ble opprinnelig satt til samme dag (7. juni) klokken 11.50. Da dette ikke var mulig for leverandøren ble frist utsatt til 11. juni klokken 11.00.
- (12) Valgte leverandør sendte inn supplerende opplysninger den 10. juni. Som svar på etterspørselen knyttet til kvalitetsstyringssystem og revisjon av dette ble det sendt en bekreftelse fra personen som gjennomførte revisjonen av kvalitetsstyringssystemet hos valgte leverandør i 2017, og rapport fra nevnte revisjon. KSMEF biblioteklogg med dateringer for endringer var også vedlagt. Det var og inntatt en redegjørelse for forholdet mellom KSMEF og ISO 9001, og 14001 (som også var vedlagt original tilbudet, nevnt i premiss 9 ovenfor).
- (13) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør 15. juni 2018. Klager ble rangert som nummer 2.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 5. juli 2018.
- (15) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 13. august 2018.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. september 2019.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (17) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til kvalitetsstyring. Lest i sammenheng med dokumentasjonskravet må kvalifikasjonskravet forstås som et sertifiseringskrav. Valgte leverandør har ikke ISO 9001:2015-sertifisering, eller til hensikt å bli sertifisert.
- (18) Subsidiært har valgte leverandør ikke dokumentert et system som er innholdsmessig likeverdig. Ved alternativ oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav som etter konkurransegrunnlaget er forutsatt dokumentert gjennom sertifisering, må det stilles strenge krav. Egenerklæringer om oppfyllelse får lett preg av å være uforpliktende påstander som ikke lar seg etterprøve, verken ved konkurransegjennomføringen eller i kontraksperioden. Valgte leverandørs tilbud inneholder bare enkle og overordnede beskrivelser, og valgte leverandør har selv erkjent at man ikke har full implementering av KSMEF. Det er heller ikke dokumentert jevnlig revisjon.
- (19) Innklagede har også brutt avklaringsadgangen i anskaffelsesforskriften § 23-5 (1) da det ble etterspurt ettersendelse av dokumentasjon som bringer inn nye temaer og aspekter ved kvalitetsstyringssystemet som ikke fulgte det opprinnelige tilbudet, jf. anskaffelsesloven § 4. Det ble heller ikke satt en kort tilleggsfrist for ettersendelse.

### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (20) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket. Kravet er at *«Leverandøren skal ha et velfungerende kvalitetsstyringssystem for leveransen, basert på ISO 9001:2015 eller tilsvarende»*. Valgte leverandør er ikke sertifisert for ISO 9001:2015. Det kreves imidlertid ikke sertifisering slik kvalifikasjonskravet er formulert. Kravet til attest eller til annen dokumentasjon med begrunnelse for manglende attest er et dokumentasjonskrav som ikke gir avvisningsgrunnlag. Selv om dokumentasjonskravet kunne vært bedre tilpasset det kvalifikasjonskravet som er stilt i konkurransen, kan ikke det endre innholdet i kvalifikasjonskravet.
- (21) Gjennom dokumentasjon i tilbudet og supplerende dokumentasjon har valgte leverandør levert tilstrekkelig dokumentasjon på implementering av et system som er innholdsmessig likeverdig. Dette er innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn å vurdere. Jevnlig revisjon forutsetter ikke sertifisering, og valgte leverandør har dokumentert at leverandørens system revideres jevnlig.
- (22) Det bestrides at ettersendingen av dokumentasjonen er i strid med avklaringsadgangen. Det ble bedt om en nærmere redegjørelse for opplysninger som allerede fantes i tilbudet. Det bestrides også at det ikke ble satt en tilstrekkelig kort tilleggsfrist for ettersending. Behovet for ytterligere dokumentasjon ble meddelt valgte leverandør 7. juni 2018 og fristen for innsending ble satt til 11. juni 2018 klokken 11.00.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av fylkesvei 169 mellom Fjellsrud og Stensrud med tilhørende arbeider. Kontrakten er en bygge- og anleggskontrakt med CPV-kode 45000000. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 3 estimert til 112 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

### ***Brudd på avklaringsadgangen***

- (24) Klagenemnda tar først stilling til anførselene angående ettersending av dokumentasjon.
- (25) Klager anfører at ettersendingen av dokumentasjonen vedrørende kvalitetsstyringssystem er i strid med avklaringsadgangen i anskaffelsesforskriften § 23-5 (1) da den bringer inn nye sider ved kvalitetsstyringssystemet som ikke fulgte av det opprinnelige tilbudet.
- (26) Det følger av anskaffelsesforskriften § 23-5 (1) at en oppdragsgiver kan *«skriftlig be leverandørene ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler,»*, samtidig som det presiseres i bestemmelsen andre ledd at dette ikke skal *«medføre at tilbudet forbedres»*.
- (27) Etter klagenemndas syn ligger den ettersendte dokumentasjonen i kjernen av anvendelsesområdet til forskriften § 23-5. Det er snakk om utfyllende informasjon knyttet til et kvalifikasjonskrav. Avklaringer som bidrar til at en leverandør som faktisk oppfyller

kvalifikasjonskravene i en konkurranse, også får adgang til å delta i konkurransen, er i tråd med anskaffelsesregelverkets formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser og prinsippet om konkurranse, jf. anskaffelsesloven §§ 1 og 4. Slike avklaringer påvirker normalt ikke konkurranseforholdet til andre leverandører, og så er heller ikke tilfellet i herværende sak. Ettersendingen av dokumentasjonen medførte ikke at tilbudet ble forbedret.

- (28) Klagers anførsel fører med dette ikke frem.
- (29) Klager anfører videre at det ikke satt en kort tilleggsfrist for ettersendelse.
- (30) Frist for ettersendelse av etterspurt dokumentasjon ble først satt til samme dag, 7. juni 2018 klokken 11.50. Da valgte leverandør svarte at det ikke var mulig for å overholde denne fristen, ble ny frist satt til 11. juni klokken 11.00. Behovet for utsatt frist skyldtes at de to personene hos valgte leverandør som kunne svare på spørsmålene fra innklagede, ikke hadde tilgang til den nødvendige dokumentasjonen der de da befant seg. Nemnda kan ikke se at det er noe i veien for at den opprinnelige fristen ble utvidet i dette tilfellet. Den reviderte fristen ble satt til andre virkedag etter forespørselen. Dette må etter nemndas syn klart regnes som en «*kort tilleggsfrist*» for ettersending av dokumentasjon, jf. forskriften § 23-5 (1). Formålet med avklaringsadgangen vil ikke bli oppnådd dersom kravene til tilleggsfrist fortolkes så strengt at det blir uforholdsmessig vanskelig for en leverandør å finne frem den etterspurte dokumentasjonen.

- (31) Klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Avvisning av leverandør*

- (32) Klager anfører at innklagede skulle ha avvist valgte leverandør etter anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a) da valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om kvalitetsstyringssystem.
- (33) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a) at «*oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».
- (34) Klagenemnda har ved flere anledninger uttalt seg om forholdet mellom plikten til å avvise ved manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav, og den skjønsmessige adgangen som nå følger av forskriften § 24-2 (3) bokstav g) til å avvise i tilfeller hvor en leverandør har unnlatt å gi de opplysninger som oppdragsgiver har etterspurt som dokumentasjon for at kvalifikasjonskravet er oppfylt, jf. bl.a. sak 2016/135 (avsnitt 20), med videre henvisning til sak 2009/219 (avsnitt 35-36). Begge disse sakene gjaldt § 20-12 i den tidligere forskriften av 2006, men rettsstilstanden er videreført i § 24-2 i dagens forskrift. Utgangspunktet er at manglende oppfyllelse av et dokumentasjonskrav ikke utløser plikt til å avvise en leverandør dersom leverandøren på annet vis likevel har sannsynliggjort at det aktuelle kvalifikasjonskravet er oppfylt. Samtidig vil det kunne være en slik sammenheng mellom kvalifikasjonskravet og det tilhørende dokumentasjonskravet, at dokumentasjonskravet må forstås slik at det presiserer innholdet i kvalifikasjonskravet. Slik nemnda forstår klagen, er det nettopp et slikt synspunkt som ligger bak klagers anførsel om at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet til kvalitetsstyringssystem.

(35) Konkurransesgrunnlaget punkt 2.5.4 krevde at «*[l]everandøren skal ha et velfungerende kvalitetsstyringssystem for leveransen, basert på ISO 9001:2015 eller tilsvarende, med relevans for tilsvarende samferdselsprosjekter. Systemet skal være gjenstand for jevnlig revisjon.*»

(36) Som dokumentasjon ble det stilt krav om:

*«1. Attest som viser at leverandøren oppfyller kravene i ISO 9001:2015 eller tilsvarende sertifisering basert på relevante europeiske standardserier som er sertifisert av akkrediterte organer eller tilsvarende attester utstedt av organer i andre EØS-stater.*

*2. Annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak aksepteres dersom leverandøren ikke har mulighet til å få slike attester innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv. Dette forutsetter at leverandøren dokumenterer at disse tiltakene tilsvarende de etterspurte kvalitetssikringsstandardene. Leverandøren skal begrunne hvorfor han ikke hadde mulighet til å få slike attester innen fristen, og hva dette skyldes.*

*3. Dokumentasjon på revisjon de siste år med bekreftelse fra den/de som har foretatt revisjon.»*

(37) Klagers prinsipale anførsel er at kvalifikasjonskravet «velfungerende kvalitetsstyringssystem for leveransen, basert på ISO 9001:2015 eller tilsvarende» må fortolkes i lys av dokumentasjonskravene, og av denne grunn forstås som et sertifiseringskrav.

(38) I forbindelse med nemndsbehandlingen av saken har innklagede medgitt at «*dokumentasjonskravet kunne vært bedre tilpasset det kvalifikasjonskravet som er stilt i konkurransen*», men fastholdt at dokumentasjonskravet likevel ikke kan få avgjørende betydning for fortolkningen av kvalifikasjonskravet.

(39) Klagenemnda er enig i dette. Kvalifikasjonskravets ordlyd gir ikke grunnlag for å kreve at leverandøren skal være sertifisert, og det bør etter nemndas syn utvises varsomhet med å innskjerpe et kvalifikasjonskrav under henvisning til de tilknyttede dokumentasjonskravene. En tolkning av kvalifikasjonskravet som innebærer at det bare er leverandører som er sertifisert i henhold til ISO 9001:2015 eller en tilsvarende standard som oppfyller kravet til «et velfungerende kvalitetsstyringssystem for leveransen», vil være en ikke ubetydelig innskjerping. Ordlyden åpner for kvalitetssikringssystemer «*basert på*» ISO 9001:2015 eller tilsvarende, og det er nettopp et slikt system valgte leverandør hevdet å ha på plass da man i tilbudet viste til at man benyttet et system for kvalitetssikring og HMS levert av Maskinentreprenørenes Forbund som «*er i tråd med ISO 9001:2015*».

(40) Klagenemnda tilføyer at dokumentasjonskravet utvilsomt burde vært bedre tilpasset det kvalifikasjonskravet som er stilt i konkurransen, slik innklagede også selv har medgitt, men nemnda er altså enig med innklagede i at dette ikke gir grunnlag for å tolke kvalifikasjonskravet som et sertifiseringskrav.

(41) Klager anfører subsidiært at valgte leverandør ikke har dokumentert at man oppfyller kravet til «*et velfungerende kvalitetsstyringssystem for leveransen*».

(42) Det er på det rene at valgte leverandør ikke har oppfylt dokumentasjonskravene oppstilt i konkurransegrunnlaget. For klagenemnda er spørsmålet følgelig om valgte leverandør

på annet vis har sannsynliggjort et faktum som gjør at innklagede med rette kunne legge til grunn at kvalifikasjonskravet var oppfylt.

- (43) Klagers hovedinnvending er knyttet til mangelen på en ekstern vurdering av valgte leverandørs kvalitetsstyringssystem, tilsvarende den man får gjennom sertifisering.
- (44) Klagenemnda kan ikke se at formuleringen av kvalifikasjonskravet gir grunnlag for å kreve en form for ekstern kvalitetskontroll for å kunne vurdere et kvalitetsstyringssystem som «*velfungerende ... for leveransen*». Kravet til at systemet skulle være «*basert på ISO 9001:2015 eller tilsvarende*», kan ikke forstås slik at et ikke-sertifisert system ikke kan oppfylle kvalifikasjonskravet.
- (45) Klagenemnda er for øvrig enig med klager i at det ved alternativ oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav som etter konkurransegrunnlaget er forutsatt dokumentert gjennom sertifisering, må stilles relativt strenge krav til dokumentasjonen. Når valgte leverandørs tilbud omtalt i premiss (6) -(9) suppleres med den ettersendte dokumentasjonen omtalt i premiss (12), har imidlertid valgte leverandør i herværende sak dokumentert at man har et kvalitetsstyringssystem, KSMEF, med et innhold som gav innklagede grunnlag for å mene at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om et «*velfungerende kvalitetsstyringssystem for leveransen, basert på ISO 9001:2015 eller tilsvarende*».
- (46) Klager har også anført at valgte leverandør ikke har dokumentert jevnlig revisjon av kvalitetsstyringssystemet. Valgte leverandør har gjennom sitt tilbud, og ettersendt dokumentasjon, dokumentert revisjon, både i 2017 og 2018. Det er også dokumentert hvilke ansatte som er ansvarlig for revisjon, og en revisjonsplan er lagt ved tilbudet. Klagenemnda er derfor av den oppfatning om at valgte leverandør har dokumentert jevnlig revisjon. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (47) Klagers anførsler gir etter dette ikke grunnlag for å konstatere rettslige mangler ved innklagedes vurdering av at valgte leverandør var kvalifisert.

### **Konklusjon:**

Akershus fylkeskommune v/ Statens vegvesen Region øst har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*