



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig kvalifikasjonskrav. Forhandlinger. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om en totalentreprise for tilrettelegging av miniatyrskytebane, lager og ombygging av fellesareal ved Fjalerhallen. Klager fikk medhold i sin anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig kvalifikasjonskrav. Klagenemnda kom til at det aktuelle kvalifikasjonskravet var ulovlig fordi det vanskelig kunne forstås på annen måte enn at leverandørene måtte ha sentral godkjenning i tiltaksklasse 2. Klagenemnda har i en rekke saker har lagt til grunn at det ikke er adgang til å stille et ubetinget krav om sentral godkjenning som kvalifikasjonskrav. Klagenemnda fant også at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4, ved å gi motstridende opplysninger om konkurranseform i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 14. november 2019 i sak 2018/500

Klager: Harald Kapstad AS

Innklaget: Fjaler kommune

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kjersti Holum Karlstrøm og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

(1) Fjaler kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. september 2017 en åpen tilbudskonkurranse for totalentreprise for tilrettelegging av miniatyrskytebane, lager og ombygging av fellesareal ved Fjalerhallen. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 5 millioner kroner. Tilbudsfrist ble satt til 2. november 2017.

(2) Om anskaffelsen, stod det i konkurransegrunnlaget punkt 1.1 at:

«Fjaler kommune skal tilrettelegge miniatyrskytebane, lager og aktivitetsrom på ca. 730 m² i tilknytning til Fjalerhallen. I tillegg vurderer ein å knyte i hop fellesarealet med skyteanlegget. Dette vert eit tilbygg og ombygging av ca. 170 m². Tiltaket omhandlar også riving av eksisterande bygg og tilrettelegging av tilkomstveger og anna utomhusarbeide. [...]»

(3) Konkurransen ble kunngjort nasjonalt i Doffin. I kunngjøringen, under «Type konkurranse» stod det: «Åpen tilbudskonkurranse». Under «Informasjon om hvorvidt det er planlagt dialog eller ikke i tilbudskonkurransen», stod det imidlertid ikke noe om dette, men følgende:

«Tilbodssynfaring vil bli gjennomført 4. oktober 2017 kl. 13:00. Oppmøte ved Fjalerhallen.»

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

(4) I likhet med kunngjøringen, var konkurransen i konkurransegrunnlaget punkt 1, også omtalt som en tilbudskonkurranse: «Fjaler kommune innbyr til tilbudskonkurranse for totalentreprise, for tilrettelegging av miniatyrskyttebane, lager og ombygging av fellesareal ved Fjalerhallen. [...]».

(5) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 («Anskaffelsesprosedyre») ble det imidlertid opplyst at anskaffelsen fulgte det gamle regelverket (opphevet 1. januar 2017), og at konkurranseprosedyren skulle være konkurranse med forhandling:

«Anskaffelsen gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) av 7. april 2006 nr. 402. del I og del II. Kontraktstildeling vil bli foretatt etter prosedyren "Konkurranse med forhandling", jfr. FOA § 14-1.»

(6) I punkt 2.2 i konkurransegrunnlaget («Konkurranseregler») stod det blant annet: «Konkurransen er regulert av lov og forskrift om offentlige anskaffelser del III.» Det var også inntatt en lenke til Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69.

(7) Om kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget kapittel 5, ble det opplyst at:

«Det stilles krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Leverandørens kvalifikasjoner vil bli vurdert ut frå innlevert dokumentasjon. Det er kun leverandører som er funnet kvalifisert som vil få sine tilbud vurdert.

Leverandøren kan støtte seg på andre føretaks kapasitet, uavhengig av den juridiske karakteren mellom dei. I så fall skal leverandøren dokumentere at leverandøren har rådighet over de nødvendige ressursane.»

(8) Under punkt 5.4 («Tilbydars tekniske og faglige kapasitet») var enkelte av kvalifikasjonskravene, med tilhørende dokumentasjonskrav, fremstilt slik:

| Krav | Dokumentasjonskrav |
|---|--|
| [...] | [...] |
| <ul style="list-style-type: none">• Det kreves at firmaet har erfaring frå minst 2 tilsvarende oppdrag.• Godkjenning i forhold til myndighetenes krav i.h.t. plan- og bygningsloven. For dette tiltaket: Tiltaksklasse 2 | <ul style="list-style-type: none">• Oversikt over firmaets viktigaste relevante leveransane de siste 5 år, herunder opplysningar om type prosjekt, prosjektets verdi, tidspunkt, oppdragsgivar (namn, telefon, e-post) og entrepriseform.• Kopi av godkjenningar frå Direktoratet for byggkvalitet. |
| [...] | [...] |

(9) Tildelingskriteriene var «Priser og kostnader» som talte 80 prosent, og «Kvalitet og gjennomføringsevne» som talte 20 prosent.

(10) I konkurransegrunnlaget punkt 4.7 var det inntatt en fremdriftsplan, som så slik ut:

| Aktivitet | Tidspunkt |
|---------------------------------------|-----------------------|
| Kunngjøring Doffin | 15. september 2017 |
| Utsendelse av konkurransegrunnlag | 15. februar 2017 |
| Synfaring og informasjonsmøte | 4. oktober kl. 13:00 |
| Frist for spørsmål | 23. oktober 2017 |
| Frist for innlevering av tilbud | 2. november kl. 12:00 |
| Forhandling/avklaringsmøte | Veke 45 2017 |
| Kontraktsinngåing | Veke 48 |
| Ferdigstilling og overlevering anlegg | Veke 30 2018 |
| | |

Det gjerast oppmerksom på at tidspunkter etter tilbudsfrist er tentativ.»

- (11) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører, fra Harald Kapstad AS (heretter *klager*) og Vestbygg AS.
- (12) I brev datert 9. april 2018 ble leverandørene informert om at kontrakt ville tildeles Vestbygg AS (heretter *valgte leverandør*).
- (13) I valgte leverandørs tilbud stod det blant annet:

«Vestbygg as har godkjenning som dekkar ansvarsområder ifølge førespørsel. Der vi ikkje har slik godkjenning blir det leigd inn av UE, dette [vil] for eksempel vere Sæle as på grunnarbeid og Førde sementvare for betongarbeid (PRO). [...]»

Vi har samarbeid med firma frå Fjaler Kommune på dette prosjektet på dei fleste fagområder. Dette gjeld bl.a. grunnarbeid, betongarbeid, tømrararbeid og tekniske faga. Dei tekniske fag vil vi ha mulighet for å endre UE ved kontraktsgjennomgang. [...]

- *Sentral og lokal godkjenning*

Legg ved sentral godkjenning i tiltaksklasse 2.

- *Underentreprenører*

Ifølge anbudsdokument. Lokal godkjenning må søkes for enkelte firma.»

- (14) I tilbudet vedla valgte leverandør også tilbud fra underleverandører. Det var vedlagt tilbud på betongarbeider fra Hafs Betongbygg AS, tilbud på grunnarbeid fra MK Myklebust Entreprenør AS, tilbud på elektroarbeid fra Fristad Elektro AS og tilbud på ventilasjon fra Caverion.
- (15) Klager hadde i sitt tilbud, under beskrivelsen av selskapets tekniske og faglige kapasitet, lagt ved *«Sentral godkjenning av foretak for ansvarsrett etter plan- og bygningsloven»*, utstedt av Direktoratet for byggkvalitet. Dokumentasjonen viste at klager hadde sentral godkjenning for ansvarsrett for en rekke arbeider, i ulike tiltaksklasser.
- (16) Klager påklaget tildelingen i brev av 18. april 2018. Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede i brev av 16. mai 2018. I innklagedes svarbrev fremgikk det blant annet:

«[...] Når det gjeld klagen sitt innhald om manglande kompetanse, er det motteke forpliktingserklæringar mellom Vestbygg AS og samtlege underleverandørar. Det betyr at underleverandørane sin kompetanse blir brukt i prosjektet si prosjektering og utføring.

Den mottekne dokumentasjonen på dei ulike firmaene sine kvalifikasjonar, viser at dei fleste har sentral godkjenning i tiltaksklasse 2 enten som prosjekterande og/eller utførande. Firma som ikkje har sentral godkjenning må søkje om lokal godkjenning i samband med byggesøknaden. Det er såleis ikkje noko krav om at det skal føreligge sentral godkjenning. Med bakgrunn i oversendt dokumentasjon er det HAFS Betongbygg AS som ikkje har sentral godkjenning. Funksjonen deira i byggeprosjektet er utførande når det gjeld plasstøyt betong. Firmaet si referanseliste viser at dei har vore godkjende med lokal ansvarsrett på tilsvarende betongarbeid som det er snakk om i dette byggeprosjektet. Firmaet, kan om nødvendig, inngå samarbeid med sentralt godkjent firma.

Etter ei samla vurdering er konklusjonen at HAFS Betongbygg AS har tilstrekkelege kvalifikasjonar til å kunne utføre plasstøyt betongarbeid i tiltaksklasse 2 i det aktuelle byggeprosjektet.

Med bakgrunn i mottekne forpliktingserklæringar og dokumentasjon av kompetanse, både når det gjeld tildelt firma og deira underleverandørar, kan ein ikkje sjå at klagen endrar grunnlaget for å tildele oppdraget til Vestbygg AS. [...]»

- (17) Det er opplyst at kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør er inngått. Slik nemnda oppfatter det har dette skjedd i juni 2018.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. november 2018.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. november 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a, ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tilbyders tekniske og faglige kapasitet. På tidspunktet for tildeling hadde ikke valgte leverandør levert inn dokumentasjon som bekreftet at selskapet oppfylte kravet om «*Godkjenning i forhold til myndighetenes krav i.h.t. plan- og bygningsloven. For dette tiltaket: Tiltaksklasse 2*». Dokumentasjon for valgte leverandør og underentreprenørene sine tiltaksklasser ble innsendt først etter at tildeling hadde skjedd, og etter at klager hadde påklaget tildelingen.
- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å etterspørre og godta innsending av dokumentasjonskrav etter tilbudsfristens utløp.
- (22) Innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4 ved å la være å gjennomføre forhandlinger, slik som beskrevet og berammet i konkurransegrunnlaget. Fremdriftsplanen i konkurransegrunnlaget punkt 4.7, ga uttrykk for at det skulle gjennomføres «*Forhandling/avklaringsmøte*». Innklagede valgte også konkurranseformen «*Konkurranse med forhandling*», med henvisning til den gamle anskaffelsesforskriften § 14-1 (del III). En konkurranse med forhandling etter denne bestemmelsen forutsetter at forhandling skal finne sted. Uansett var det brudd på likebehandlingsprinsippet i loven § 4 at kun en leverandør fikk mulighet til å forhandle.
- (23) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt regelverket fordi kravet om «*Godkjenning i forhold til myndighetenes krav i.h.t. plan- og bygningsloven. For dette tiltaket:*

Tiltaksklasse 2», var ulovlig. Det følger av blant annet praksis fra klagenemnda at et kvalifikasjonskrav som forutsetter sentral godkjenning, er ulovlig. Dette gjelder også konkurranser som er under EØS-terskelverdiene, blant annet fordi et krav om sentral godkjenning er konkurransebegrensende for foretak som ikke innehar slik godkjenning. Som følge av dette var innklagede pliktig til å avlyse konkurransen.

- (24) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse, subsidiært negativ kontraktsinteresse, foreligger, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 annet ledd, siste punktum.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Det bestrides at innklagede har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a, ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tilbyders tekniske og faglige kapasitet.
- (26) Det bestrides at regelverket er brutt ved å etterspørre og godta innsending av dokumentasjonskrav etter tilbudsfristens utløp.
- (27) Det bestrides at regelverket er brutt fordi innklagede var pliktig til å forhandle med leverandørene. Det er åpenbart at det er det någjeldende regelverket for offentlige anskaffelser som regulerer konkurransen, det vil si någjeldende forskrift del II. Etter disse reglene er det opp til oppdragsgiveren å velge hvorvidt dialog skal finne sted. At det stod i konkurransegrunnlaget at det var det gamle regelverket, som gjaldt frem til 1. januar 2017, som skulle gjelde for konkurransen beror på en feiltakelse.
- (28) Det bestrides at kravet om «*Godkjenning i forhold til myndighetenes krav i.h.t. plan- og bygningsloven. For dette tiltaket: Tiltaksklasse 2*», var ulovlig. Det gjelder ikke lengre et krav til lokal godkjenning for ansvarsrett. Det var derfor åpenbart for leverandørene at det innklagede mente med kravet var at leverandørene skulle kunne dekke tiltaksklasse 2 for alle fag, enten alene eller sammen med underentreprenører, og at en erklæring om ansvarsrett var nok for å dokumentere dette. Leverandørene kunne derfor se bort fra formuleringer om «godkjenning». Dokumentering av ansvarsrett i en gitt tiltaksklasse kan gjøres enten ved at leverandøren skriftlig innestår for at kravet innfris, slik valgte leverandør gjorde, eller ved at tilbyder vedlegger tilbudet vitnemål og bevis for arbeidserfaring om relevante personer i selskapene. Innklagede vedgår at et kvalifikasjonskrav der sentral godkjenning er eneste måten å oppfylle kravet på, er ulovlig. Hvis det forelå en feil, var innklagede uansett ikke pliktig til å avlyse konkurransen.
- (29) Klager har verken krav på erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for tilrettelegging av miniatyrskytebane, lager og ombygging av fellesareal ved Fjalerhallen, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen ble estimert til 5 millioner kroner.

- (31) I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (32) Det følger av forskriften § 8-3 at tillatte anskaffelsesprosedyrer for konkurranser som gjennomføres etter forskriften del II, er åpen eller begrenset tilbudskonkurranse. Konkurransen ble kunngjort nasjonalt i Doffin som en åpen tilbudskonkurranse. Slik saken er opplyst ble konkurransen for alle praktiske formål også gjennomført som en åpen tilbudskonkurranse etter forskriften del II.
- (33) Konkurranses grunnlaget ga imidlertid enkelte andre opplysninger. Det stod at konkurransen ble regulert av gammel lov og forskrift om offentlige anskaffelser del III, som altså ble opphevet 1. januar 2017, og at den skulle gjennomføres som en konkurranse med forhandling. Det var også inntatt en lenke til den gamle anskaffelsesloven. Fremdriftsplanen i konkurransegrunnlaget ga i tillegg uttrykk for at det skulle gjennomføres «*Forhandling/avklaringsmøte*».
- (34) På grunnlag av at kontrakt er inngått finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt innklagede hadde plikt til å gjennomføre forhandlinger i tilbudskonkurransen. Det kan imidlertid konstateres at måten innklagede har utformet konkurransegrunnlaget på – ved blant annet å ha gitt informasjon om en fremdriftsplan som inkluderte forhandlinger/avklaringsmøte - kan ha skapt forventninger hos tilbyderne om at dette skulle gjennomføres. Klagenemnda finner det klart at måten innklagede har utformet konkurransegrunnlaget på ved å gi slik informasjon uten å gjennomføre det, representerer et brudd på kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4, ved at det kan skapes forventninger om forhandlinger som potensielt kan ha betydning for utforming av tilbudene.

Kvalifikasjonskravet om «Godkjenning i forhold til myndighetenes krav i.h.t. plan- og bygningsloven»

- (35) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 9-5 (1) bokstav a, ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet «*Godkjenning i forhold til myndighetenes krav i.h.t. plan- og bygningsloven. For dette tiltaket: Tiltaksklasse 2*». Klager har også anført at kvalifikasjonskravet er ulovlig.
- (36) For å ta stilling til klagers anførsel om valgte leverandør skulle vært avvist, må det først avklares hvordan kvalifikasjonskravet skal forstås.
- (37) Det aktuelle kvalifikasjonskravet var som nevnt «*Godkjenning i forhold til myndighetenes krav i.h.t. plan- og bygningsloven. For dette tiltaket: Tiltaksklasse 2*». Når kvalifikasjonskravet leses i sammenheng med at kravet skulle dokumenteres med «*Kopi av godkjenningar frå Direktoratet for byggkvalitet*», kan dette vanskelig forstås på annen måte enn at leverandørene måtte ha sentral godkjenning i tiltaksklasse 2, for å oppfylle kravet.
- (38) Partene er enige om at det ikke er adgang til å stille et ubetinget krav om sentral godkjenning som kvalifikasjonskrav, slik også klagenemnda i en rekke saker har lagt til grunn.

- (39) Innklagede har imidlertid fremholdt at leverandørene i dette markedet måtte forstå at det innklagede mente med kravet var at leverandørene skulle kunne dekke tiltaksklasse 2 for alle fag, enten alene eller sammen med underentreprenører, og at en erklæring om ansvarsrett var nok for å dokumentere dette. Grunnen til dette er at reglene om lokal godkjenning for ansvarsrett ble opphevet fra januar 2016.
- (40) I beste fall kan imidlertid denne argumentasjonen bare lede til en konklusjon om at kvalifikasjonskravet ikke er tilstrekkelig klart utformet. Nemnda går derfor ikke nærmere inn på dette.
- (41) Klagers anførsel om at kvalifikasjonskravet om «*Godkjenning i forhold til myndighetenes krav i.h.t. plan- og bygningsloven. For dette tiltaket: Tiltaksklasse 2*» var ulovlig, har etter dette ført frem. Nemnda finner dermed ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (42) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12. Det er imidlertid tale om et brudd som kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Klagegebyret skal dermed tilbakebetales, jf. klagenemndforskriften § 13.

Konklusjon:

Fjaler kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å gi motstridende opplysninger om konkurranseform i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget.

Fjaler kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å oppstille et ulovlig kvalifikasjonskrav.

Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk