



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Avklaringsplikt.

Innklagede har gjennomført en åpen tilbudskonkurranse for fjerning av ringvei i Grøndalen. Klager anførte at de ikke skulle ha vært avvist fra konkurransen, og at konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav om relevant erfaring var tolket og anvendt feil. Videre anførte klager at innklagede var forpliktet til å avklare eventuelle uklarheter i klagers tilbud, og ba nemnda uttale seg om vilkårene for erstatning var oppfylt. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 15 august 2019 i sak 2018/209

Klager: Tronfjell Maskin AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Sverre Nyhus, og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. mars 2018 en åpen tilbudskonkurranse for fjerning av ringvei i Grøndalen i Dovre. Oppdraget er en del av Forsvarets plan om å tilbakeføre Hjerkinns skytefelt til naturlig tilstand. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen angitt til 20. april 2018.
- (2) Kontraktperiode var angitt fra 2. juli 2018 til 5. oktober 2018, og estimert verdi på oppdraget var 10 000 000 kroner.
- (3) I konkurransegrunnlaget var ett av kvalifikasjonskravene for tekniske og faglige kvalifikasjoner beskrevet slik:
«Leverandøren (som firma) skal ha god erfaring og kompetanse med utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet.»
- (4) I det tilhørende dokumentasjonskravet ble leverandøren bedt om å levere en *«liste over relevante referanseprosjekter utført i løpet av de fem siste årene, som gir en kort beskrivelse av prosjektene og deres størrelser»*.
- (5) I et annet kvalifikasjonskrav, ble det stilt krav om at *«leverandørens anleggsleder og prosjektleder skal ha kompetanse og erfaring i disse rollene fra entrepriser av tilsvarende størrelse og kompleksitet»*. I det tilhørende dokumentasjonskravet ble leverandøren bedt om å levere CV og referanseprosjekter for disse.

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

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Tronfjell Maskin AS (heretter *klager*) og Gjermundshaug Anlegg.
- (7) I CVen hos en av klagers ansatte var det oppgitt ett prosjekt fra august til oktober i 2016 hvor det var brukt maskin med fjernstyring:
*«Fjerning av grøfter og vei Hfk Sletta utført som Fjernstyrt arbeid
Samt rivning av Div bygg UE for Sanneringssservise as
Stilling: Maskinfører/fjernstyrt»*
- (8) Videre fremgikk det av klagers tilbud at selskapet disponerte over fjernstyrte maskiner.
- (9) I brev 4. mai 2018 informerte innklagede om at Gjermundshaug Anlegg (heretter *valgte leverandør*) hadde vunnet konkurransen. Samme dag ble klager avvist på grunnlag av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet *«leverandøren (som firma) skal ha god erfaring og kompetanse med utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet»*. Avvisningen ble begrunnet med manglende dokumentert erfaring med bruk av fjernstyrte maskiner, noe som innebar at kravet til god erfaring med utførelse av arbeider med tilsvarende kompleksitet ikke ble ansett for å være oppfylt.
- (10) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 25. mai 2018.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. juni 2018.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. august 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Klager var leverandøren med lavest pris og skulle derfor ha vært tildelt kontrakten.
- (14) Klager skulle ikke ha vært avvist fra konkurransen. Kvalifikasjonskravet stiller ikke krav om erfaring med førerløse maskiner. En slik fortolkning kan ikke utledes av en objektiv og naturlig forståelse av ordlyden i kvalifikasjonskravet, og heller ikke det tilhørende dokumentasjonskravet. Det er heller ingen holdepunkter i konkurransegrunnlaget for øvrig for at dette inngikk i kvalifikasjonskravet.
- (15) Under enhver omstendighet oppfyller klager kravet om erfaring med førerløse maskiner. CVen til en av de ansatte hos klager dokumenterer et referanseprosjekt med fjernstyrte maskiner gjennomført av klager. Selskapets liste over maskiner dokumenterer også at selskapet eier flere maskiner med fjernstyring.
- (16) Innklagede plikter å ta i betraktning erfaring de ansatte har hatt for tidligere arbeidsgivere ved vurderingen av om leverandøren tilfredsstillende oppfyller kravet til erfaring under kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det vil være en være usaklig og urimelig utøvelse av det innkjøpsfaglige skjønnnet ikke å ta denne erfaringen i betraktning.

- (17) Innklagede har også forsømt plikten til å avklare eventuelle uklarheter med klager. Uklarheten i kvalifikasjonskravet og innklagedes kjennskap til de tilbudte personers tidligere erfaring tilsier at innklagede hadde en slik avklaringsplikt.
- (18) Innklagede har begått vesentlige feil, og det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at klager skulle ha vært tildelt kontrakten, dersom feilen ikke var begått. Klagenemnda bes derfor om å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt. Subsidiært, om erstatning for den negative kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Kvalifikasjonskravet om erfaring med arbeider av tilsvarende kompleksitet omfatter erfaring med førerløse maskiner. Det sentrale elementet i arbeidet er at deler av arbeidet skal foregå med fjernstyrte maskiner. Kunngjøringen og konkurransegrunnlaget understreker dette flere steder.
- (20) Det bestrides at klager oppfyller kvalifikasjonskravet. Prosjektet i CVen til klagers ansatte ble ikke vurdert, men denne CVen er uansett levert som dokumentasjon for oppfyllelse av et annet kvalifikasjonskrav. Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 (2) fremgår det at klager som leverandør har risikoen for uklarheter i tilbudet, og det er klagers ansvar å sikre dokumentasjon for oppfyllelsen av hvert av kvalifikasjonskravene. Innklagede var ikke forpliktet til å ta denne informasjonen i betraktning ved bedømmelsen av det kvalifikasjonskravet som denne saken gjelder.
- (21) Det bestrides videre at klager kan oppfylle kvalifikasjonskravet som gjelder «leverandøren (som firma)» ved å vise til erfaring som de ansatte har tilegnet seg som ansatte i et annet selskap. Kravet er direkte rettet mot firmaene som deltar i konkurransen.
- (22) Det foreligger ikke avklaringsplikt. Tilbudsdokumentasjonen fra klager foranlediget ikke noen ytterligere mistanker fra innklagedes side om at den leverte referanselisten ikke var dekkende for deres erfaring.
- (23) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved avvisningen av klager.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder fjerning av vei som er en bygge- og anleggsanskaffelse med CPV-kode 45000000. Anskaffelsens verdi er estimert til 10 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

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.
- (26) Innklagede har avvist klager i medhold av forskriften § 9-5 (1) bokstav a som slår fast at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

- (27) Innklagede avviste klager fordi klager (som firma) ble ansett for ikke å ha dokumentert erfaring med bruk av fjernstyrte maskiner. Derfor mente innklagede at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet *«leverandøren (som firma) skal ha god erfaring og kompetanse med utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet»*.
- (28) Klager anfører for det første at kvalifikasjonskravet ikke stiller krav om erfaring med førerløse maskiner.
- (29) Verken kvalifikasjonskravet eller dokumentasjonskravet omtaler erfaring med førerløse maskiner. I en situasjon som denne, hvor verken kvalifikasjonskravet eller dokumentasjonskravet definerer hva som er «arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet», vil øvrige opplysninger om oppdraget være relevante for å klargjøre kvalifikasjonskravets innhold.
- (30) I kunngjøringens beskrivelse av anskaffelsen er det opplyst at: «Oppdraget betinger fjernstyrte gravemaskiner, mens deler av arbeidene kan utføres med bemannede maskiner».
- (31) Videre fremgår det av konkurransegrunnlaget at *«Arbeidene gjennomføres med en kombinasjon av fjernstyrt og ikke-fjernstyrt utstyr»*. I orienteringen om spesielle forhold står det:
- «I Hjerkinns skytefelt kan det ligge ueksploderte granater og sprenglegemer, eller deler av slike. Det er utviklet, og er under utvikling, metoder for å kunne kartlegge og fjerne farlige gjenstander før oppstart av anleggsentrepriser. Denne teknologien gjør at det er mulig å klarere delområder for eksplosiver, dvs at betjente maskiner kan benyttes. I andre områder er dette ikke mulig eller aktuelt, og her må fjernstyrte maskiner benyttes»*.
- (32) I konkurransegrunnlagets arbeidsbeskrivelse er krav til fjernstyrt utstyr tatt inn, og «*fjernstyrt gravemaskin*» er markert med fet rød skrift der dette skal brukes. Fjernstyrt gravemaskin er spesifisert brukt på 8/9 delstrekninger.
- (33) I prisskjemaet var det for øvrig spesifisert hvilke arbeider som var påkrevd utført med fjernstyrt utstyr, og hvilke som skulle utføres av ikke-fjernstyrt utstyr.
- (34) Når kvalifikasjonskravet leses i sammenheng med kunngjøringen og konkurransegrunnlaget er klagenemnda etter dette av den oppfatning at det fremgår klart at leverandørene måtte vise erfaring med førerløse maskiner for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om *«god erfaring og kompetanse med utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet»*. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.
- (35) For det andre anfører klager at bedriften ikke skulle ha vært avvist fra konkurransen da kvalifikasjonskravet er oppfylt.
- (36) I klagers tilbud er det oppgitt syv referanseoppdrag som dokumentasjon for oppfyllelsen av dette kvalifikasjonskravet. Ingen av disse gjelder bruk av fjernstyrte maskiner. Klager har vist til at kvalifikasjonskravet er oppfylt ved annen dokumentasjonen. Den dokumentasjonen det gjelder er et av prosjektene som det ble referert til under «*erfaring*» i CVen til en av de ansatte hos klager, og dokumentasjonen på at klager disponerer fjernstyrte maskiner.

- (37) Innklagede har forklart at det aktuelle prosjektet ikke ble vurdert under bedømmelsen av kvalifikasjonskravet, siden prosjekttalen var tatt inn under dokumentasjonen for at et annet kvalifikasjonskrav var oppfylt. Innklagede har i denne sammenheng vist til at det er leverandøren som har risikoen for uklarheter i tilbudet, og at innklagede ikke kan være forpliktet til å undersøke om opplysninger som er tatt inn i andre deler av tilbudet er relevante for bedømmelsen av kvalifikasjonskravet. Videre har innklagede vist til at dokumentasjonen klager har vist til uansett ikke er tilstrekkelig for å vise at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Det at klager disponerer førerløse maskiner, er ikke nødvendigvis det samme som at klager – som firma – har god kompetanse og erfaring med disse. Referanseprosjektet som den ansatte har oppgitt, ble for øvrig utført da han var ansatt i et annet selskap.
- (38) Klagenemnda kan ikke se at det er rettslige mangler ved innklagedes avvisning av klager. Det følger av forskriften § 9-1 (2) at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet. Referanselisten klager leverte for å dokumentere oppfyllelse av det aktuelle kvalifikasjonskravet, fremsto som fullstendig. Selv om en oppdragsgiver etter omstendighetene kan ha en rett til å supplere kvalifikasjonsdokumentasjon med informasjon fra andre deler av tilbudet, kan ikke innklagede være forpliktet til å legge vekt på opplysninger klager har inntatt i andre deler av tilbudet. Beskrivelsen av det aktuelle referanseprosjektet ser for øvrig heller ikke ut til å ha gitt all den informasjonen som var etterspurt for at innklagede kunne ta stilling til om «leverandøren (som firma)» oppfylte kvalifikasjonskravet.
- (39) Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Avklaringsplikt

- (40) Klager anfører at innklagede hadde en plikt til å avklare med klager om kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (41) I konkurransegrunnlaget hadde innklagede opplyst at det ikke var planlagt dialog med leverandørene. Det er likevel ikke til hinder for dialog i medhold av forskriften § 9-3. Forskriftens utgangspunkt er at oppdragsgiver har en rett, men ikke en plikt til å avklare uklarheter ved tilbudet. I praksis er det lagt til grunn at det etter omstendighetene kan foreligge en avklaringsplikt, se for eksempel lagmannsrettens dom i LB-2018-147988.
- (42) I foreliggende sak fremstår ikke det aktuelle kvalifikasjonskravet som uklart. Klagenemnda kan heller ikke se at klagers tilbud inneholdt opplysninger som ga særlig foranledning til avklaringer. Isolert sett fremsto den dokumentasjonen klager fremla for det aktuelle kvalifikasjonskravet som fullstendig og entydig. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.
- (43) Etter dette er det ikke nødvendig for klagenemnda å ta stilling til klagers anmodning om å uttale seg om vilkårene for erstatning.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk