



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Dialog, avvisning av leverandør, kvalifikasjonskrav.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for støytiltak langs fylkesveg 169 Fjellsrud – Stensrud. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av at kvalifikasjonskravet om gjennomført kurs i støyisolering av bolig ikke var oppfylt. Klagers anførsler om at innklagede hadde brutt regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. november 2019 i sak 2018/510

Klager: RK Montasje AS

Innklaget: Statens vegvesen Region øst

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Finn Arnesen og Marianne Dragsten.

Bakgrunn:

(1) Statens vegvesen Region øst (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. april 2018 en åpen tilbudskonkurranse om en utførelsesentreprise for støytiltak på boliger og uteplasser langs fylkesveg 169 Fjellsrud – Stensrud. Tilbudsfrist ble satt til 2. juni 2018.

(2) I konkurransegrunnlaget ble det blant annet stilt kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet, gjennomføringsevne og SHA system. Det førstnevnte kravet ble beskrevet som følgende:

«Leverandøren skal ha god økonomisk og finansiell kapasitet for å gjennomføre kontrakten, og skal oppfylle følgende krav:

- *Leverandørens egenkapital skal være positiv»*

(3) Som dokumentasjon ble det blant annet stilt krav om:

«1. Leverandørens årsregnskap, årsberetning og revisjonsberetning for de siste tre år og nyere opplysninger (kvartalsregnskaper) som har betydning for leverandørens regnskapstall. Skjema i kapittel E2 punkt 4 skal fylles ut.»

(4) Kvalifikasjonskravet om gjennomføringsevne ble formulert slik:

«1. Det kreves at kontrakten er tilstrekkelig bemannet og at leverandøren har kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold i kontrakten.

2. Det kreves teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring hos nøkkelpersoner som disponeres for oppdraget.

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

3. Det kreves at anleggsleder og min. en person pr. lag har gjennomgått kurs for støyisolering av boliger.»

(5) Tilhørende dokumentasjonskrav var:

«1. En beskrivelse av leverandørens gjennomsnittlige årlige arbeidsstyrke og antallet medarbeidere i ledelsen i løpet av de siste tre årene.

2. En beskrivelse av bemanningen som leverandøren råder over til å utføre kontrakten.

3. Organisasjonsplan og beskrivelse av organisasjon for kontrakten.

4. CV og stillingsbeskrivelser for nøkkelpersonell, jf. kapittel C, herunder følgende ressurser:

- Prosjektleder
- Byggeleder
- Kvalitetsstyringsansvarlig
- HMS-ansvarlig»

(6) Kvalifikasjonskravet om SHA system lød som følger:

«Leverandøren skal ha et system som viser at han arbeider proaktivt for ivaretagelse av sikkerhet, helse og arbeidsmiljø (SHA), med relevans for tilsvarende arbeider som omfattet av herværende konkurranse. Systemet skal være gjenstand for jevnlig revisjon.»

(7) Som dokumentasjon ble det stilt krav om:

«Beskrivelse av leverandørens system for ivaretagelse av SHA.»

(8) I konkurransegrunnlaget kapittel B2 punkt 4.1 var det opplyst at leverandørene kan støtte seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Videre var det presisert at leverandøren i slike tilfeller skal fremlegge «Dokumentasjon som viser at leverandøren råder over de nødvendige ressursene til virksomhetene han støtter seg på, ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra disse virksomhetene. [...] Der leverandøren støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet, krever oppdragsgiveren at de er solidarisk ansvarlige for utførelsen av kontrakten.»

(9) Av konkurransegrunnlaget kapittel B3 punkt 6 («Dialog i tilbudskonkurransen, anskaffelsesforskriften § 9-3») fremgikk det at:

«Oppdragsgiver planlegger å gjennomføre dialog med leverandørene.

Oppdragsgiver vil etter tilbudsfristens utløp ta stilling til hvorvidt dialog skal gjennomføres eller ikke, jf. anskaffelsesforskriften § 9-2 (3).

Dialogen vil kunne finne sted i form av rettinger og avklaringer av tilbud og konkurransegrunnlaget.»

- (10) En av kontraktsbestemmelsene som var inntatt som en del av konkurransegrunnlaget var at «*Entreprenørens egne ansatte som inngår i oversiktslistene skal utføre minst 25 % av timeverkene i kontraktsarbeidet regnet totalt i utførelsestiden.*»
- (11) Kontrakt skulle ifølge konkurransegrunnlaget tildeles på grunnlag av laveste pris.
- (12) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, herunder fra RK Montasje AS (heretter *klager*) og Strand Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*).
- (13) Det gjengis følgende fra tilbudsbrevet til valgte leverandør datert 31. mai 2018:

«Strand Entreprenør AS er ett nyetablert søster selskap til Byggmester Strand AS som er registrert i Brønnøysundregistrene 30.01.2018. Det er bakgrunn for at vi i denne kontrakten og lignende kontrakter i nær fremtid må forplikte Byggmester Strand AS i forhold til kravene satt i forbindelse med kontrakten.

Min CV og beskrivelse av tidligere arbeidsforhold og oppgaver som daglig leder i Strand Entreprenør AS vedlegges som en del av dokumentasjon på gjennomførings evne av prosjektet. I tillegg til dette benyttes Byggmester Strand AS sine referanser og dokumentasjon på gjennomførings evne økonomisk, kvalitetsmessig og håndverksmessig.

Dette er ivaretatt med vedlagt forpliktelseserklæring, attest på innbetalt skatt og mva, firmaattest, dokumentasjon på medlem av StartBank, referanser på tilsvarende oppdrag og dokumentasjon på kunnskap fra Byggmester Strand AS til dette prosjektet.

Fordi vi er ett nyetablert selskap så er det egenkapital og dokumentasjon på forpliktende selskap Byggmester Strand AS som er ført inn i kapittel E2 punkt 4.»

- (14) Vedlagt tilbudet fulgte ESPD-skjema for valgte leverandør og Byggmester Strand AS. Valgte leverandør hadde her krysset av for at leverandøren støtter seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Videre hadde valgte leverandør i svardokumentet for kvalifikasjonsvurderingen under «*Leverandørens struktur*» krysset av for «*Konsortium*» og «*Annet*», hvor det var spesifisert at «*Kontrakt gjennomføres med forpliktelseserklæring fra Byggmester Strand AS*». Om oppfyllelse av økonomisk og finansiell kapasitet hadde valgte leverandør i svardokumentet presisert at «*Det er egenkapital og oversikt totale tilbyders totale omsetning til forpliktende selskap Byggmester Strand AS som er lagt til grunn i denne posten*».

- (15) Som dokumentasjon var forpliktelseserklæring fra Byggmester Strand AS vedlagt:

«Firma Byggmester Strand AS, org nr 917 378 045 stiller sin kompetanse og kapasitet til rådighet til firma for Strand Entreprenør AS, org nr 920 316 506 i [fv 169 Fjellsrud-Stensrud_ støytiltak boliger].»

- (16) Videre inneholdt tilbudet CV og beskrivelse av kompetanse og erfaring for Dag Wilberg (daglig leder hos valgte leverandør), CV for Tore Strand (daglig leder i Byggmester Strand AS), liste over referanseoppdrag, og egenkapital og omsetning fra Byggmester Strand AS.

- (17) I e-post av 6. juni 2018 etterspurte innklagede dokumentasjon for ivaretagelse av SHA system. Valgte leverandør besvarte forespørselen samme dag:

«Sender dokumentasjon på KS og HMS systemer fra Holte AS som viser at vi har ivaretatt disse kravene. Som du ser så skal hele vårt KS og HMS system revideres mandag 13.

august. Vi benytter oss av Holte sin hjelp til første gangs tilpassing av våre systemer for å sikre at alt bli i beholdt til gjeldende regler og krav. Frem til revisjon den 13 august bruker vi standard malene i Holte AS og tilpasser dem til hvert prosjekt og til interne rutiner hos oss. [...]»

(18) Vedlagt var en bekreftelse fra Holte AS:

«Strand Entreprenør AS har lisens på HoltePortalen. Leverandør av systemet er Holte AS.

Systemet inneholder maler som må tilpasses bedriftens behov for å ivareta krav i Plan- og Bygningslovgivningen og Arbeidsmiljølovgivningen. Vi anbefaler at styringssystemet gjennomgås jevnlig av bedriften for å sikre at målsettinger og myndighetskrav blir ivaretatt.

Styringssystemet tilbyr faginnhold i form av maler for rutiner, sjekklister, vernerunder og andre relevante dokumenter. Ivaretagelse av krav fordrer at systemet er i aktivt bruk.

Styringssystemet er utviklet for å håndtere kjerneoppgaver innenfor kvalitetssikring og internkontroll.

Det bekreftes at et er avtalt tidspunkt mandag 13. august for å sette opp KS og HMS systemet med tilhørende dokumenter for Strand Entreprenør».

(19) Valgte leverandør ble tildelt kontrakt 20. juni 2018.

(20) Et par dager etter tildelingen sendte valgte leverandør en beskrivelse av organisering av nøkkelpersonell til innklagede. Av dokumentasjonen gikk det frem at Dag Wildberg skulle fungere som prosjektleder (kvalitetsansvarlig og HMS ansvarlig) og Aurimas Liutkus som anleggsleder/formann. Det var også lagt ved CV og referanseliste for disse, samt opplyst at Byggmester Strand AS hadde ca. 27 ansatte.

(21) Tildelingen ble påklaget av klager 10. juli 2018. Innklagede tok klagen til følge, og annullerte tildelingsbeslutningen 9. august 2018. I den forbindelse rettet innklagede en henvendelse til valgte leverandør, og spurte om:

- Dokumentasjon på at ansvarlige på byggeplassen skal være ansatt hos tilbyder og utføre minste 25% av timeverkene.
- Dokumentasjon på bemanning og tilstrekkelig stor arbeidsstyrke for gjennomføring av kontrakten.
- Erklæring om solidaransvar fra Byggmester Strand AS.

(22) Valgte leverandør besvarte forespørselen 17. august 2018, og ettersendte følgende dokumentasjon:

«1. Dokumentasjon for ansvarlig på byggeplass: I dette prosjektet er det Aurimas Liutkus som skal ha ansvaret for byggeplassen. Det er tidligere innsendt dokumentasjon på hans kvalifikasjoner. Han er nå ansatt i Strand Entreprenør, som dokumentert i vedlagte ansettelsesavtale.

2. Dokumentasjon på bemanning og tilstrekkelig stor arbeidsstyrke til å gjennomføre oppdraget: Vi er i dag 8 ansatte i selskapet og ansetter fortløpende ved behov og tilgang på utførende. I tillegg til dette er det 27 ansatte i Byggmester Strand AS. Det er stilt personell til rådighet ved tidligere innsendt forpliktelseserklæring.

3. Erklæring på solidaransvar fra Byggmester Strand AS for de økonomiske kvalifikasjonskrav: Dette er tidligere dokumentert med innsendt forpliktelseserklæring. Denne omhandler både bemanning og økonomi. Vedlagt er også en egen erklæring om solidaransvar mellom selskapene.»

- (23) Den vedlagte arbeidsavtalen datert 1. juli 2018 viste at anleggsleder tiltrådte arbeidsforholdet hos valgte leverandør 1. juli 2018. I erklæringen om solidaransvar fra Byggmester Strand AS, som var datert 16. august 2018, stod det:

«BYGGMESTER STRAND AS bekrefter med dette å stille seg solidarisk ansvarlig økonomisk og på gjennomføring av utførelse av prosjekt 'Fv Fjellsrud-Stensrud-Støytak. Ref nr 18/59645'. Dette i henhold til tidligere innsendt Forpliktelseserklæring og krav beskrevet i konkurransegrunnlaget B2 punkt 4.1 'Støtte fra andre virksomheter for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.'»

- (24) Innklagede meddelte 21. august 2018 at valgte leverandør på ny ble tildelt kontrakt:

«Statens vegvesen har valgt tilbudet som har lavest pris i henhold til konkurransegrunnlaget.

Statens vegvesen har innhentet manglende dokumentasjon fra Strand Entreprenør. De anses kvalifisert med støtte av Byggmester Strand AS. Det foreligger både forpliktelseserklæring og erklæring om solidaransvar fra Byggmester Strand til Strand Entreprenør for gjennomføring av kontrakten. Dokumentasjonen har også sannsynliggjort at tilbyder tilfredsstiller kontraktskravet om at 25% av arbeidet skal utføres av tilbyders egne ansatte.»

- (25) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 6. september 2018. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. november 2018

- (26) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. november 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (27) Innklagede har brutt forutberegnelighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet ved å gå i dialog med valgte leverandør og tillate valgte leverandør å ettersende dokumentasjon som endrer tilbudet slik at valgte leverandør ble kvalifisert.
- (28) Videre har innklagede brutt likebehandlingsprinsippet i forskriften § 9-3 (2) ved å kun invitere én av to leverandører til å endre sitt tilbud. Klager har ikke fått samme mulighet til å levere et endret/forbedret tilbud.
- (29) Innklagede har også brutt prinsippet om forutberegnelighet ved å åpne for forhandlinger/dialog etter at tildelingen har funnet sted.

- (30) Innklagede har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør ved den første og den andre tildelingen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene om SHA system, gjennomføringsevne og økonomisk og finansiell kapasitet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å tillate valgte leverandør å supplere tilbudet. Valgte leverandør oppfylte alle kvalifikasjonskravene ved tilbudsfrist, selv om ikke alle var dokumentert i det opprinnelige tilbudet.
- (32) Det bestrides videre at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved ikke å inngå dialog med klager. I forskriften § 9-3 (2) fremgår det uttrykkelig at oppdragsgiver kan velge å ha dialog med en eller flere leverandører. Klager var alt kvalifisert, og det ville ikke gjøre klager mer kvalifisert om klager fikk tilby enda bedre kompetanse.
- (33) Det bestrides også at innklagede har brutt kravet om forutberegnelighet ved å inngå dialog etter tildelingen. En naturlig tolkning av forskriften § 9-7 (2) innebærer at skjæringstidspunktet for dialog må være ved kontraktsignering.
- (34) Innklagede bestrider ikke at den første kvalifikasjonsvurderingen var mangelfull. Det bestrides imidlertid at valgte leverandør skulle vært avvist, da valgte leverandør har fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene stilt i konkurransegrunnlaget er oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utførelsesentreprise for støytiltak som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Dialog

- (36) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å inngå dialog med valgte leverandør etter tildeling av kontrakt. I den forbindelse viser klager til at det er i strid med prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet å tillate valgte leverandør å ettersende dokumentasjon slik at valgte leverandør ble kvalifisert.
- (37) Det er ikke bestridt at det forelå feil ved den opprinnelige tildelingen, og at tildelingsbeslutningen av 20. juni 2018 var i strid med forskriften. Innklagede hadde dermed både en rett og en plikt til å rette opp i denne feilen, jf. § 10-1 (3) i forskriften.
- (38) Etter tildeling har oppdragsgiver adgang til å gjenåpne dialogen med én eller flere leverandører for å rette eventuelle feil, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2018/173 premiss 31.
- (39) Forskriften § 9-3 (1) fastslår at dialogen med leverandørene kan gjelde «*alle sider ved tilbudene*». Det ligger likevel en begrensning i at dialogen må gjennomføres i tråd med kravet til likebehandling i loven § 4. Når det som her er tale om å gå i dialog for å avklare

om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene, er det ingen grunn til å gå i en tilsvarende dialog med klager, som allerede var ansett kvalifisert.

- (40) Det eneste som etter nemndas syn kunne tenkes å aktualisere en problemstilling i relasjon til likebehandlingsprinsippet i foreliggende sak, er at den nøkkelpersonen som er valgte leverandørs anleggsleder/formann for prosjektet, ble ansatt etter tilbudsfristens utløp. I denne saken er imidlertid ikke dette problematisk, da denne nøkkelpersonen ved tilbudsinngivelsen var ansatt hos valgte leverandørs underleverandør - Byggmester Strand AS.
- (41) Etter nemndas syn er det derfor ingenting som tilsier at dialogen som ble gjennomført med valgte leverandør er i strid med kravet til likebehandling. Klagers anførsler om at innklagede har brutt regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør, kan dermed ikke føre frem.

Avvisning av valgte leverandør

- (42) Klager anfører at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravene om SHA system, gjennomføringsevne, og økonomisk og finansiell kapasitet, og derfor skulle ha vært avvist.
- (43) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (44) Konkurranses grunnlaget stilte krav om gjennomføringsevne, deriblant «at kontrakten er tilstrekkelig bemannet og at leverandøren har kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold i kontrakten» og at «anleggsleder og min. en person pr. lag har gjennomgått kurs for støyisolering av boliger». Som dokumentasjon ble leverandørene blant annet bedt om å gi en beskrivelse av gjennomsnittlig årlig arbeidsstyrke, bemanning til rådighet for å utføre kontrakten, organisasjon for kontrakten, samt levere CV og stillingsbeskrivelser for nøkkelpersonell.
- (45) Valgte leverandør har i sitt tilbud kun vist til at prosjektleder har gjennomgått kurs for støyisolering av boliger. Det er imidlertid stilt uttrykkelig krav om at også anleggsleder skal ha gjennomgått et slikt kurs, noe valgte leverandør ikke har dokumentert gjennom beskrivelser av nøkkelpersonell eller CV. Innklagede har ikke vist at dette er håndtert på en forsvarlig måte i kvalifikasjonsvurderingen. Innklagede har som følge av dette handlet i strid med forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør.
- (46) Innklagede har innvendt at heller ikke klager har dokumentert en eneste nøkkelperson med det etterspurte kurset i sitt tilbud. Hvorvidt dette medfører at også klager skulle vært avvist, er noe innklagede selv måtte tatt stilling til.
- (47) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda har kommet til, er det ikke nødvendig å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (48) Bruddet som klagenemnda har konstatert ovenfor, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region øst har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagers anførsler om at innklagede har brutt regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk