



## KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

---

Mottaker  
Advokatfirmaet Bjørlo  
Postboks 89  
6771 NORDFJORDEID  
Norge

Deres ref.: Vår ref.: 2019/0023-7 Saksbehandler: Maja Summerfield Myhre Dato: 09.07.2019

### Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 8. januar 2019 på Sogn og Fjordane fylkeskommunes konkurranse om kontrakt for ombyggingsarbeid ved Måløy videregående skole. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

#### Bakgrunn:

- (1) Sogn og Fjordane fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 20. mars 2018 en åpen anbudskonkurranse om kontrakt for ombyggingsarbeid ved Måløy videregående skole. Kontrakten skulle ha en varighet på 18 måneder, jf. kunngjøringen punkt II.2.7. Tilbudsfrist ble satt til 23. april 2018.
- (2) Oppdraget var organisert som en bygningsmessig hovedentreprise med sidestilte tekniske fag. I konkurransegrunnlaget punkt 1.1.1 var arbeidene beskrevet som følgende:  
*«Prosjektet omfatter i hovedsak innvendige ombyggingsarbeider på Fløy B og Fløy C ved Måløy videregående skole. Graden av ombygging varierer fra lite/ ingenting, i enkelte deler av arealene, til mer omfattende arbeid med ny bærestruktur i andre deler. [...]»*
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.02 («*Entreprenørens viktigst utførte tjenester innen fagområdet*») ble det stilt følgende krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner: «*Entreprenøren skal i løpet av de fem siste årene ha gjennomført minst ett prosjekt av tilsvarende størrelse og kompleksitet som dette oppdraget.*»
- (4) Under det tilhørende dokumentasjonskravet i 3.02.01 fremgikk følgende: «*En oversikt over arbeider som er utført i løpet av de siste fem år. Dokumentasjonen skal angi*

**Postadresse:**

Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**

Olav Kyrres gate 8, Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no

*arbeidenes verdi samt tid og sted for arbeidsutførelsen, og oppgi hvorvidt arbeidene er blitt fagmessig utført og behørig fullført.»*

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører, deriblant fra Stårheim Bygg AS (heretter klager) og Veidekke Entreprenør AS.
- (6) Klager hadde i sitt tilbud oppgitt en samlet tilbudssum på 35 703 011 kroner inkl. mva. hvor hovedentreprisen var prissatt til 22 055 447 kroner inkl. mva, og samlede opsjoner var prissatt til 13 647 564 kroner inkl. mva.
- (7) Klager oppga syv referanseprosjekt i sitt tilbud. Seks av referanseprosjektene hadde en verdi på mellom 1 million og 6,8 millioner kroner. Ett av referanseprosjektene, «LA-bygg Langeland», utført i 2015, hadde en angitt verdi på 14,2 millioner kroner.
- (8) Innklagede meddelte i brev av 28. april 2018, at klager ble tildelt kontrakten. Det var i brevet opplyst at «*Alle entreprenørane tilfredstilte kvalifikasjonskrava*».
- (9) Den 8. mai 2018 sendte klager en oppdatert liste over referanseprosjekt til innklagede. Om LA-bygg Langeland var det gitt følgende opplysninger:

*«Sted: Nordfjordeid, Oppdragsgiver: Eid Industrihus, Referanseperson: Svein Otto Melheim, Tid for utførelse: 2015, Storleik oppdrag: 14,2 mill., Beskrivelse av oppdraget: Nybygg tre/betong/stål»*

- (10) Veidekke Entreprenør AS påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 9. mai 2018.
- (11) Innklagede etterspurte i ettertid supplerende opplysninger om klagers referanseliste. I epost av 24. mai 2018 oversendte klager deriblant en utfyllende skildring av referanseprosjektet LA-bygg Langeland. Vedlagt var et notat fra prosjektets oppdragsgiver hvor det fremgikk følgende:

*«Eid Industrihus KF (Byggherre) var i år 2014 -15 oppdragsgivar for Stårheim Bygg AS.*

- *Byggningsmessige entreprise LA-Bygget, tilbygg og ombygging*
- *Kontrakt NS 8405*
- *Kontraktsum kr 13.921.000,- + ca 1 mill i tillegg. ( inkl.mva)*
- *Areal påbygg 800m2 over 2 plan, areal ombygging 200 m2*
- *Romprogram:Klasserom,grupperom,møterom,kontor,kantine,toalett og garderobar.[...]*»

- (12) I brev av 31. mai 2018 fremgikk det at innklagede hadde foretatt en ny vurdering av kvalifikasjonskravene, og funnet at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om minst ett referanseprosjekt av tilsvarende størrelse og kompleksitet som det aktuelle oppdraget. Klager ble av denne grunn avvist:

*«[...] Stårheim Bygg AS sitt største referanseprosjekt er «LA-bygg Langeland» på 14,2 mill. kr, som blei utført i 2015. For Måløy-kontrakten anslo fylkeskommunen på førehand verdien (inkludert opsjonar) til ca. 30,3 mill. kr ekskl. mva. Tilbudsprisen frå Stårheim Bygg på Måløy-kontrakten er cirka kr. 29 mill. kr. inkl. opsjonar og faktorisert timepris. Til samanlikning hadde oppdraget for LA-bygget en kontraktsverdi på noko under 15 mill. kr. i 2015. Kontraktssummen for Måløy vgs. er altså ca. dobbelt så stor som kontraktssummen for LA-bygget. Denne kostnadsforskjellen syner at Stårheim Bygg AS sitt største referanserposjekt og Måløy-kontrakten har svært ulikt arbeidsomfang. KOFA har tidlegare kome til at ein leverandør ikkje oppfylte kravet om «tilsvarande oppdrag» i*

*ei sak der leverandøren sitt største referanseoppdrag var på ca. halvparten av den aktuelle kontrakten sin verdi, sjå sak 2008/54.*

*I tillegg gjeld Måløy-kontrakten ca. tre gangar så mykje areal som det vi har fått opplyst at Stårheim Bygg oppgraderte/oppførte på LA-bygget. Kor stort areal som vert påverka av arbeida er naturlegvis ikkje einsbetydande med omfanget av arbeidet, men dette er ein klar indikasjon på at oppdraget på Måløy vgs. er betydeleg større enn oppdraget som Stårheim Bygg AS hadde på LA-bygget. [...]*»

- (13) Samme dag sendte innklagede ut brev til de andre leverandørene om tildeling av kontrakt til Veidekke Entreprenør AS (heretter valgte leverandør).
- (14) Klager påklagde omgjøringen av tildelingsbeslutningen i brev datert 14. juni 2018. Innklagede meddelte i brev datert 19. juni 2018 at klagen ikke ble tatt til følge. Innklagede viste blant annet til at:

*«[...] Både Måløy VGS og LA-bygget gjelder oppgraderingen av undervisningsbygg, og de to oppdragene byr på flere likeartede arbeider. All den tid kvalifikasjonskravet uttrykkelig angir at tilbyderne må ha ett referanseprosjekt av «tilsvarende størrelse» er det imidlertid ikke tilstrekkelig å ha utført et prosjekt med lignende tekniske utfordringer, dersom referanseprosjektet ikke også er av samme størrelse/omfang som kontrakten for Måløy VGS. [...]*»

- (15) Klager begjærte 21. juni 2018 midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelsen. I kjennelse av 18. juli 2018, konkluderte Sogn og Fjordane tingrett med at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt. Etter en gjennomgang av klagers anførsler, fant tingretten at innklagede ikke hadde handlet i strid med anskaffelsesregelverket da de kom til at klager måtte avvises fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (16) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelse 8. januar 2019. Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 6. august 2018.

### **Sekretariatets vurdering:**

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndforskriften § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder ombyggingsarbeid 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (18) Sekretariatet finner innledningsvis grunn til å påpeke at saken tidligere har vært gjenstand for behandling i tingretten, i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. Det at saken har vært gjenstand for en forutgående behandling i domstolen som ledd i prøvingen av en begjæring om midlertidig forføyning, innebærer ikke uten videre at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndforskriften § 9.
- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen, og avvise klager fra konkurransen.

- (20) Det følger av forskriften § 25-1 (4) at en meddelt tildelingsbeslutning kan omgjøres før kontraktsinngåelsen dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen er i strid med forskriften. En lovlig tildelingsbeslutning kan altså ikke annulleres ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/109 premiss 20.
- (21) Spørsmålet for sekretariatet er hvorvidt den opprinnelige vurderingen av at klager oppfylte kvalifikasjonskravet om minst ett referanseprosjekt av *«tilsvarende størrelse og kompleksitet»*, var lovlig.
- (22) Av forskriften § 24-2 (1) a) fremgår det at oppdragsgiver plikter å avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Ved kvalifikasjonsvurderingen utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn innenfor de rammer som konkurransegrunnlaget setter.
- (23) Kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.02 var formulert som et krav om at leverandørene skulle ha *«gjennomført minst ett prosjekt av tilsvarende størrelse og kompleksitet som dette oppdraget»*. Kravet skulle dokumenteres med *«En oversikt over arbeider som er utført i løpet av de siste fem år. Dokumentasjonen skal angi arbeidenes verdi samt tid og sted for arbeidsutførelsen [...]»*.
- (24) Slik kvalifikasjonskravet er formulert, må kravet til *«tilsvarende størrelse»* innebære at tilbyderne har gjennomført et referanseprosjekt med noenlunde lik verdi som de arbeidene kontrakten gjelder. Sekretariatet viser i denne sammenheng til at dokumentasjonskravet uttrykkelig etterspør opplysninger om referanseprosjektets verdi. Klagenemnda har tidligere uttalt at den naturlige forståelsen av et krav til *«tilsvarende leveranse i størrelse og kompleksitet»* er at referanseprosjektene må være av samme omfang som den kunngjorte anskaffelsen, og at prosjekter med mindre areal og lavere verdi derfor ikke uten videre er tilstrekkelig, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/294 premiss 29.
- (25) Av referanselisten som var vedlagt klagers tilbud fremgår at det beløpsmessige største oppdraget klager har gjennomført var på 14,2 millioner kroner. På forespørsel fra innklagede, fremla klager supplerende opplysninger om referanseprosjektet, hvor det fremgår at referanseprosjektet hadde en samlet kontraktsverdi på ca. 14-15 millioner kroner, og omfattet byggearbeider på 1000 kvadratmeter. Dette utgjør kun ca. halvparten av det utlyste oppdragets kontraktsverdi, som etter den fremlagte dokumentasjonen må antas å være ca. 30 millioner kroner, og utgjør omtrent en tredjedel av det aktuelle oppdragets berørte areal. Dette viser etter sekretariatets syn at klager ikke har dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt.
- (26) Klager hevder at differansen i byggetid må tas i betraktning ved tolkningen av *«størrelse»*. Klager viser i denne sammenheng til at referanseprosjektet viser en produsert verdi per måned som er sammenlignbar med det utlyste oppdraget.
- (27) I tingretten fikk klager ikke medhold i denne anførselen. Tingretten viste i den forbindelse til at kvalifikasjonskravet var formulert som et krav om et referanseprosjekt av tilsvarende *«størrelse»*, og at leveringskapasitet per måned ikke fullt ut dekker samme hensyn som en vurdering av *referanseprosjektets* verdi. Sekretariatet er enig i dette.
- (28) Sekretariatet kan heller ikke se at klagenemndas avgjørelse i sak 2013/18, som klager viser til, har overføringsverdi til vår sak. Saken gjaldt en rammeavtale for kjøp og leie av kaffemaskiner mm. Kvalifikasjonskravet var *«god erfaring fra tilsvarende oppdrag»*.

Verdien av anskaffelsen var beregnet til 8 millioner kroner, mens valgte leverandørs referanseoppdrag hadde estimert verdi på mellom 300 000 og 800 000 kroner. Klagenemnda uttalte i denne forbindelse:

*«Anskaffelsen er altså en god del større enn valgte leverandørs referanseoppdrag både med hensyn til geografisk utstrekning, og i antall enheter som det skal leveres til. Ettersom den enkelte virksomhet hos innklagede foretar avrop etter behov, er imidlertid ikke rammeavtalen nødvendigvis av et så stort omfang, og hele volumet vil ikke veltes over på valgte leverandør fra kontraktsoppstart. Sett i sammenheng med både antallet og varigheten av oppdragene i valgte leverandørs referanseliste, var det ikke usaklig å vurdere omfanget av valgte leverandørs referanseoppdrag som relevante ved vurderingen av erfaring.»*

- (29) I vår sak er kvalifikasjonskravet formulert som et krav om at leverandørene skal ha *«gjennomført minst ett prosjekt av tilsvarende størrelse og kompleksitet som dette oppdraget»*. Anskaffelsen gjelder videre en bygningsmessig hovedentreprise med sidestilte tekniske fag. Den aktuelle anskaffelsen er ikke organisert på samme måte som en rammeavtale for kjøp av varer, hvor innklagede foretar avrop etter behov, og hvor omfanget av anskaffelsen ikke nødvendigvis er så stort som anskaffelsens samlede verdi skulle tilsi.
- (30) Basert på det ovenstående kan sekretariatet altså ikke se at klager har oppfylt kravet om minst ett gjennomført prosjekt av tilsvarende størrelse som det utlyste oppdraget. Klager ble derfor med rette avvist fra konkurransen. Innklagede har etter dette ikke brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen etter forskriften § 25-1 (4). Sekretariatets oppfatning er etter dette at klagers anførsel klart ikke kan føre frem.
- (31) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

### **Klageadgang:**

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Line Rakner  
Seniorrådgiver

Maja Summerfield Myhre  
førstekonsulent

*Dokumentet er godkjent elektronisk*

*Mottaker*  
Advokatfirmaet Bjørlo

*Postadresse*  
Postboks 89

*Poststed*  
6771  
NORDFJORDEID  
Norge

*Kontakt/e-post*  
post@bjorloadvokat.no

*Kopi til:*

Kluge Advokatfirma AS Stavanger

Postboks 277

4066 STAVANGER  
Norge

Gro Amdal  
Gro.Amdal@kluge.no