



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør og kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

Innklagede har gjennomført en åpen tilbudskonkurranse for rehabilitering av Bodø kirkegård. Klager anførte at valgte leverandør ikke oppfyller kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner og derfor skulle vært avvist. Dette ble begrunnet med at dokumentasjonen fra valgte leverandør var utilstrekkelig, at senere innsendt dokumentasjon ikke kunne hensyntas og at innklagede hadde gjort feil i skjønnsutøvelsen ved fastleggelsen av terskelen for hva som skal til for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. august 2019 i sak 2019/342

Klager: Roald Madsen AS

Innklaget: Bodø Kirkelige Fellestråd

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Karin Fløistad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Bodø Kirkelige Fellestråd (heretter innklagede) kunngjorde 8. mars 2019 en åpen tilbudskonkurranse for rehabilitering av Bodø kirkegård. Tilbudsfristen var 29. mars 2019.

(2) Anskaffelsen ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.1 beskrevet på denne måten:

«Kontraksarbeidet omfatter rehabilitering av eksisterende gravplass på Bodø kirkegård, med nytt dreosanlegg, lys, tinstromsanlegg og nye vannposter. Eksisterende terreng skal arronderes og delvis tilsåes og beplantes på ny. Gravplassen grenser til Bodø flyplass sør. Det gjøres oppmerksom på at gravplassen vil være i bruk i anleggsfasen. [...]»

(3) Ett av kvalifikasjonskravene fulgte av punkt 5.2 i konkurransegrunnlaget og var som følger:

«Leverandøren skal ha den nødvendige kompetansen og erfaringen til å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte.»

(4) Dokumentasjonskravet lød slik:

«Beskrivelse av leverandørens 3 mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene. Beskrivelsen må inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og epost). Det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen. Leverandøren kan dokumentere erfaringen ved å vise til kompetanse til personell han råder over og kan benytte til dette oppdraget, selv om erfaringen er opparbeidet mens personellet har utført tjeneste for en annen leverandør.»

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

- (5) Avslutningsvis i punkt 5.2 ble det presisert at oppdragsgiver forbeholdt seg retten til å vektlegge egne erfaringer med tilbyderen.
- (6) Videre fulgte det av konkurransegrunnlaget at leverandørene skulle bekrefte at kvalifikasjonskravene var oppfylt i tilbudsbrevet, men ikke levere dokumentasjon på dette. Det ble opplyst at oppdragsgiver ville etterspørre dokumentasjon fra valgte leverandør «*senest før kontrakt signeres*».
- (7) Tildelingskriteriet var pris, og tilbudene skulle inneholde et detaljert, utfylt prisskjema.
- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fem leverandører, herunder Roald Madsen AS (heretter *klager*) og Pedersen & Hansen Bodø AS (heretter valgte leverandør).
- (9) Valgte leverandør ble anmodet om å sende inn dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene 4. april 2019. Det ble ikke satt noen frist for innsendelsen. Den 8. april 2019 sendte innklagede meddelelse til leverandørene om at kontrakt ble tildelt valgte leverandør, uten at innklagede hadde mottatt valgte leverandørs dokumentasjon. Karensperioden ble satt til åtte dager, det vil si frem til 16. april 2019. Innklagede mottok dokumentasjon fra valgte leverandør 11. april 2019.
- (10) I valgte leverandørs referanseliste var det oppgitt arbeider for Nordlandssykehuset HF i 2014, 2015 og 2017. Videre ble det oppgitt arbeider for BE Energimontasje, Nordland fylkeskommune og Nilsson AS uten angitte tidsperioder.
- (11) Klager begjærte innsyn i valgte leverandørs tilbud 10. april 2019 og ba samtidig om at karensperioden ble utsatt til 26. april. Karensperioden ble i denne forbindelse utvidet til 24. april og klager mottok de etterspurte dokumentene 12. april 2019.
- (12) Klager påklaget kontraktstildelingen 12. april 2019 og anmodet om at karensperioden ble forlenget til fem dager etter at innklagede hadde behandlet klagen. Innklagede forlenget karensperioden til 3. mai 2019. I denne forbindelse innhentet innklagede også ytterligere dokumentasjon på oppfyllelse av det aktuelle kvalifikasjonskravet fra valgte leverandør. Ved brev av 26. april 2019 informerte Asplan Viak om at klagen ikke ble tatt til følge. Vedlagt brevet fulgte en oppdatert referanseliste fra valgte leverandør.
- (13) Av referanselisten fra valgte leverandør datert 25. april 2019 fremgikk det at arbeider for BE Energimontasje AS skjedde i 2016 og arbeider for Nordland fylkeskommune skjedde i 2018. Arbeider for Nilsson AS ble gjennomført i 2017 og 2018. En rekke øvrige oppdrag for fire ytterligere oppdragsgivere ble oppgitt.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. mai 2019. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. august 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør. Den første innsendte dokumentasjonen fra valgte leverandør gir ikke grunnlag for å fastslå at valgte leverandør oppfyller kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Ettersom kontrakt var tildelt, hadde innklagede ikke mulighet til å innhente supplerende dokumentasjon.
- (17) Valgte leverandør oppfyller under enhver omstendighet ikke det aktuelle kvalifikasjonskravet. Det er ikke adgang til å vektlegge valgte leverandørs underleverandørers kompetanse og erfaring, ettersom det ikke ble oppgitt i tilbudet at valgte leverandør ville støtte seg på underleverandør for å oppfylle kvalifikasjonskravene.
- (18) Innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling ved å legge til grunn en forståelse av kvalifikasjonskravene som i realiteten innebærer at det ikke foreligger noen nedre terskel for hva som skal til for å oppfylle, og som gir innklagede fullstendig skjønnsfrihet. Dette er ikke i tråd med en objektiv tolkning av kravet. Evalueringen av om kravet er oppfylt er vilkårlig og uforsvarlig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Ordlyden legger opp til at det er en nokså lav terskel for å oppfylle kvalifikasjonskravet, ettersom anskaffelsen anses som lite kompleks og med lav vanskelighetsgrad. Oppdragsgiver har videre et bredt innkjøpsfaglig skjønn ved vurderingen av om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (20) Valgte leverandørs første innsendte dokumentasjon viser at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravet alene. Valgte leverandør har vist til referanseprosjekter for Nordlandssykehuset HF og BE Energimontasje fra de siste tre årene. Det ble også dokumentert at leverandøren hadde sentral godkjenning for både vei- og grunnarbeider (tiltaksklasse 2), vannforsyning- og avløpsanlegg (tiltaksklasse 1) og riving og miljøsanering (tiltaksklasse 2). Oppdragsgiver hadde selv også erfaring med valgte leverandør fra de siste tre årene knyttet til oppdrag om drenering, graving av overvannsløp, gjenlegging og opparbeidelse for grøntanlegg og trafikkareal, samt opplasting og destruering av gravsteiner. Dette var det anledning til å vektlegge.
- (21) Under enhver omstendighet innebar ikke kvalifikasjonskravet at alle referanseoppdragene måtte være fra de siste tre årene.
- (22) Innklagede har lagt til grunn korrekt faktum i vurderingen og skjønnsutøvelsen er verken grovt urimelig, uforsvarlig eller for øvrig i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4.
- (23) Det anmodes om at klagenemnda uttaler seg om det eventuelt foreligger andre brudd på anskaffelsesregelverket som kan gi grunnlag for erstatning.

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

rehabilitering av kirkegård, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke estimert, men laveste tilbudspris var i underkant av kroner ti millioner. 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.

- (25) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til kompetanse og erfaring. Klager har i denne sammenheng vist til at innklagede ikke innhentet dokumentasjon på oppfyllelse av kravet fra valgte leverandør før tildeling av kontrakt, slik forskriften gir anvisning på. Klager bestrider likevel ikke at det var adgang til å innhente dokumentasjonen etter tildeling, men fremholder at det ikke var anledning til å supplere denne dokumentasjonen.
- (26) I konkurransegrunnlaget ble det ikke lagt opp til at leverandørene skulle inngi dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene i sitt tilbud. Det fremgikk at innklagede la opp til å innhente dokumentasjon «*senest før kontrakt signeres*».
- (27) Det følger imidlertid av forskriften § 8-10 (2) at oppdragsgiver «*[f]ør tildeling av kontrakten*» skal «*kreve at den valgte leverandøren straks leverer oppdaterte dokumentasjonsbevis*». Bakgrunnen for regelen er at leverandørene skal ha mulighet til å gjøre kvalifikasjonsvurderingene til klagegrunn i karensperioden, jf. NOU 2014:4 s. 185-186. Når konkurransegrunnlaget la opp til at dette kunne skje senere, «*senest før kontrakt signeres*», er dette ikke i tråd med reguleringen i forskriften.
- (28) Innklagede etterspurte dokumentasjon fra valgte leverandør 4. april 2019. Kontrakt ble tildelt 8. april 2019, før dokumentasjonen var mottatt. Den 11. april mottok innklagede dokumentasjon fra valgte leverandør. Innklagede har følgelig tildelt kontrakt uten å ha tilstrekkelig dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene var oppfylt, noe som innebærer et brudd forskriften § 8-10 (2).
- (29) Det er ingen uenighet om at innklagede både hadde rett og plikt til å reparere denne feilen ved å etterspørre dokumentasjon fra valgte leverandør, slik at man kunne vurdere om det aktuelle kvalifikasjonskravet var oppfylt. Etter klagers syn åpner imidlertid ikke anskaffelsesregelverket for at oppdragsgiver på dette tidspunkt kan gjenåpne dialogen eller be om avklaringer og suppleringer.
- (30) Nemnda er ikke enig i dette. Det er riktignok slik at anskaffelsesregelverket forutsetter konkurransefasen skal være fullført før kontrakt tildeles. Dette besvarer imidlertid ikke spørsmålet om hvilket handlingsrom en oppdragsgiver har i en situasjon hvor kontrakt er tildelt uten at leverandørens kvalifikasjoner er vurdert. Nemnda kan heller ikke se at de uttalelser klager har vist til i NOU 2014:4 relaterer seg til denne situasjonen. I denne forbindelse nevnes at det også i nemndspraksis knyttet til det tidligere regelverket ble lagt til grunn at det ikke var noe prinsipielt til hinder for at supplering av dokumentasjon kunne skje etter tildeling, se eksempelvis sak 2015/83 premiss 24 med videre henvisninger. Nemnda kan ikke se at det er grunnlag for å hevde at 2016-forskriften må forstås slik at oppdragsgivers handlingsrom i denne situasjonen er snevret inn. Ettersom supplering av kvalifikasjonsdokumentasjon i forskriften del II er forutsatt å skulle skje innenfor de videre rammene for dialog i tilbudskonkurranser, er det heller ikke grunnlag for å hevde at supplering må være begrenset til en utdypning av de referansene som allerede var oppgitt.

- (31) Innklagede hadde på denne bakgrunn adgang til å ta hensyn til også de opplysningene som fremgår av referanselisten fra valgte leverandør datert 25. april 2019.
- (32) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (33) Det aktuelle kvalifikasjonskravet lød slik: *«Leverandøren skal ha den nødvendige kompetansen og erfaringen til å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte.»*
- (34) Kvalifikasjonskravets utforming gir anvisning på at innklagede vil foreta en skjønnsmessig vurdering av om leverandøren samlet sett har den nødvendige erfaring og kompetanse. Denne skjønnsutøvelsen kan i begrenset grad overprøves rettslig. Hvorvidt innklagedes skjønnsutøvelse er utøvd innenfor de rammer konkurransegrunnlaget angir, kan imidlertid prøves, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2018/23 premiss 26 og 2016/146 premiss 25.
- (35) Innklagede har opplyst at terskelen for oppfyllelse av kravet ble satt lavt fordi kontrakten anses for å ha lav vanskelighetsgrad og for å være lite kompleks, med liten grad av koordineringsansvar. Dette er ifølge innklagede grunnen til at kvalifikasjonskravet ikke ble formulert slik at det krevdes tidligere prosjekter av samme art og omfang, noe som i praksis er vanlig. Innklagede har i denne forbindelse dokumentert at tiltaket ikke er søknadspliktig til kommunen, og at kommunen har gitt uttrykk for at det ikke har høy vanskelighetsgrad. Opplysningene i det detaljerte prisskjemaet i konkurransegrunnlaget og valgte leverandørs fremdriftsplan illustrerer at koordineringsansvaret er begrenset. Det er først i slutfasen av prosjektet at koordinering med underleverandører fremstår nødvendig. Under disse omstendighetene legger nemnda til grunn at rammene for innklagedes skjønn er relativt vide.
- (36) Kvalifikasjonskravets innhold belyses også av det tilhørende dokumentasjonskravet. Som dokumentasjon skulle leverandørene gi en beskrivelse av *«leverandørens 3 mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene. Beskrivelsen må inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og epost). Det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen. Leverandøren kan dokumentere erfaringen ved å vise til kompetanse til personell han råder over og kan benytte til dette oppdraget, selv om erfaringen er opparbeidet mens personellet har utført tjeneste for en annen leverandør.» [...]*
- (37) Ut fra dokumentasjonskravet er det nærliggende å forvente at innklagede ville vurdere om tre av leverandørens referanseprosjekter fra de siste tre årene var relevante. I denne sammenheng må referanseprosjektene vurderes opp mot den aktuelle anskaffelsens art og omfang. Den aktuelle kontrakten gjelder rehabilitering av gravplass, herunder nytt drensanlegg, lys, tinstromsanlegg, nye vannposter, arrondering og beplantning. Anskaffelsens anslåtte verdi ble ikke opplyst om i forkant, men laveste tilbudspris var i underkant av kroner ti millioner kroner. At oppdragene skulle være relevante utelukker imidlertid ikke at lignende oppdrag av mindre omfang eller verdi kan få betydning i vurderingen. At dokumentasjonskravet her gir innklagede et relativt vidt skjønn illustreres også av at leverandørene kunne dokumentere erfaringen ved å vise til kompetansen som leverandørens personell hadde opparbeidet seg hos andre arbeidsgivere. Personellets bakgrunn vil gjerne kun vise erfaring for gjennomføring av en del av et oppdrag, men er likevel en erfaring konkurransegrunnlaget legger opp til at innklagede vil kunne ta hensyn til ved vurderingen av om leverandøren har *«den*

nødvendige kompetansen og erfaringen til å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte».

- (38) Valgte leverandørs referanseliste av 11. april 2019 inneholdt seks referanseprosjekter. For bare tre av disse, som var ulike oppdrag for Nordlandssykehuset HF, var det angitt årstall for gjennomføring. To av prosjektene var fra henholdsvis 2014 og 2015 og var dermed ikke innenfor de tre siste årene. Oppdraget for Nordlandssykehuset HF fra 2017 gjaldt utskifting av drenering ved en skole. Dette oppdraget er dermed relevant og innenfor de siste tre årene. Verdien på oppdraget var kr 1 334 921.
- (39) Innklagede har opplyst at valgte leverandør i tillegg har gjennomført oppdrag for innklagede i 2016 og 2017. Ett av oppdragene gjaldt utskifting av drenering, graving av overvannsløp, gjenlegging og opparbeidelse for grøntanlegg og trafikkareal. Det andre gjaldt opplasting og destruering av gravsteiner. Ifølge valgte leverandørs referanseliste datert 25. april 2019, var verdien på disse oppdragene henholdsvis kr 28 265 og kr 457 858. Innklagede har vurdert det slik at de to oppdragene, sammenholdt med øvrige referanseprosjekter fra referanselisten av 11. april 2019 og dokumenterte sentrale godkjenninger, er tilstrekkelig til at valgte leverandør oppfyller det aktuelle kvalifikasjonskravet. Slik kvalifikasjonskravet er utformet, og på bakgrunn av sakens opplysning og dokumentasjon, finner nemnda ikke grunnlag for å underkjenne denne vurderingen. Under enhver omstendighet har nemnda, som vist ovenfor, kommet til at den mer omfattende referanselisten datert 25. april 2019 kan inngå i vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt i foreliggende situasjon.
- (40) Den oppdaterte referanselisten inneholder en lang rekke oppdrag fra de siste tre årene. Eksempelvis har valgte leverandør gjennomført utskifting av VA-anlegg, parkanlegg, grøfing, vintervedlikehold mv. for Bodø kommune hvert år de siste fire årene. Arbeidets pris er angitt til rundt kroner 3 millioner per år. Et annet referanseprosjekt inntatt i den oppdaterte referanselisten er utskifting av pumpestasjon for varme/kjøling, inkludert asfaltering. Flere andre gravearbeider fra nyere tid er oppgitt. På denne bakgrunn, sammenholdt med de øvrige nevnte referanseprosjektene som er dokumentert, finner nemnda ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet.
- (41) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist fører dermed ikke frem. Heller ikke klagers anførsel om at tolkingen og anvendelsen av kvalifikasjonskravet er vilkårlig og uforsvarlig fører frem.
- (42) Klager anmoder om at klagenemnda uttaler seg om det eventuelt foreligger andre brudd på anskaffelsesregelverket som kan gi grunnlag for erstatning. Nemndas behandling av klager tar utgangspunkt i partenes anførsler og påstander, jf. klagenemndeforskriften § 12 tredje ledd. Uten mer konkrete og begrunnede anførsler, kan ikke nemnda etterkomme anmodningen. Det vises i denne sammenheng også til klagenemndeforskriften § 9.

Konklusjon:

Bodø Kirkelige Fellestråd har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk