



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for oppføring av fem bygg for vann, avløp og renovasjon. Klager anførte at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Anførselen førte ikke frem. Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av vesentlige avvik, førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. september 2019 i sak 2019/388

Klager: Peab AS

Innklaget: Fredrikstad kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

- (1) Fredrikstad kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. februar 2019 en åpen anbudskonkurranse for oppføring av fem selvstendige bygg for vann, avløp og renovasjon. Anskaffelsens verdi var ikke oppgitt. Tilbudsfrist var opprinnelig 14. mars 2019, men ble i ettertid endret til 28. mars 2019. Kontrakt skulle tildeles tilbudet med den laveste tilbudsprisen.
- (2) Det første bygget («*BYGG V01*») skulle være et bygg for teknisk drift av vann og avløp, og skulle bestå av lager, verksteder, garasjer og et teknisk rom. Det andre bygget («*BYGG R01*») skulle være et renovasjonsbygg, bestående av vaskehall, varm garasje og åpne carporter for renovasjonsbiler. Det tredje bygget («*BYGG R02*») skulle også være et bygg for renovasjon, bestående av kaldt og varmt lager og et teknisk rom.
- (3) Det fjerde bygget («*VARMESENTRAL*») skulle være et rent teknisk bygg bestående av to rom for henholdsvis varme og EL-kraft. Det femte og siste bygget skulle være en kombinasjon av åpne carporter og overdekte bringer.
- (4) Det fremgikk at alle byggene skulle utformes med bærekonstruksjon i betong eller stål.
- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 5 bokstav A («*Egnet*») fremgikk følgende kvalifikasjonskrav:

«Leverandør er registrert i et faglig register i medlemsstaten som leverandøren er etablert i».

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) Et annet kvalifikasjonskrav, som gjaldt økonomisk og finansiell kapasitet, var angitt slik i punkt 5 bokstav B:

«Leverandøren skal ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne oppfylle kontrakten. Kredittverdighet uten krav til sikkerhetsstillelse vil være tilstrekkelig til å oppfylle kravet [...]».

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 5 bokstav C ble det stilt følgende krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Leverandøren skal ha erfaring fra sammenlignbare oppdrag. Dokumenteres med beskrivelse av leverandørens inntil 3 mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene. Beskrivelsen må inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og e-post.) 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».

- (8) I prisskjemaet som var vedlagt konkurransegrunnlaget, ble leverandørene bedt om å prise følgende åtte «hovedposter»: «Felleskostnader», «Bygning», «VVS-installasjoner», «Elkraftinstallasjoner», «Tele og automatisering», «Andre installasjoner», «Utendørs» og «Generelle kostnader».

- (9) I kravs- og ytelsesspesifikasjonen, under hovedposten om «VVS-installasjoner», fremgikk det at «Prosjektet gjennomføres som en totalentreprise etter NS 8407 hvor totalentreprenøren har ansvaret for all utførelse på byggeplassen, samt all videre prosjektering utover det nivå som tiltakshaver har levert i forbindelse med tilbudsgrunnlaget».

- (10) Videre var det gitt følgende presisering:

«Det er ikke utarbeidet egne tegninger for VVS-anlegg, men tegninger av utvendig VA-anlegg og fjernvarme med tilknytningspunkter skal finnes.

Arkitektens tegninger skal være utfyllende om romtyper, arealer, tekniske rom og utsyr.

Biogassanlegget er en egen sak, ikke medtatt i dette kap. og nødvendige installasjoner er ivaretatt i entreprisens utvendig VA-anlegg».

- (11) Hovedposten «Utendørs» var inndelt i åtte delposter. Under delposten «Utendørs, generelt» var det fremhevet at «Denne tekniske beskrivelse med spesifikasjoner skisserer minimumskrav som stilles og gjelder for hele biogassanlegget. Beskrivelse gjelder sammen med tegning – LA 1-1 Landskapsplan og regnes som utfyllende til den. (...)».

- (12) I landskapsplanen var det gitt følgende merknad: «Eksakt plassering av biogassanlegget og alle dets komponenter må detaljeres i detaljfasen».

- (13) En annen delpost under hovedposten «Utendørs», var «Bearbeidet terreng». I kravs- og ytelsesspesifikasjonen fremgikk det blant annet følgende informasjon om denne delposten:

«Posten skal inkludere borttransportering og tilkjøring av masser ved behov og planering av tomte iht. Landskapsplan. Entreprenør står ansvarlig for både masser transportert til depot, samt tilkjørsel av masser ved behov. I begge nevnte tilfeller avklares dette med byggherre eller byggherrens representant.

Alle masser som er egnet skal brukes på stedet for minst mulig transport til og fra byggeplassen. Lokasjon for mellomlagring avtales med byggherre eller byggherrens representant».

(14) Det kom inn tre tilbud innen fristen, herunder fra Peab AS (heretter *klager*) og Prokon Entreprenør AS. Leverandørens tilbud var på henholdsvis kr 67 028 968 og kr 61 760 170.

(15) I tilbudsskjemaet fra Prokon Entreprenør AS var det krysset av for at tilbudet ikke inneholdt forbehold eller avvik. Følgende forhold ble imidlertid presisert slik:

«1. Fjerning av eks. betongkonstruksjoner på tomten er ikke medtatt.

2. Fjerning av forurenset masse er ikke medtatt

3. Betongplate/belegningsstein med fall til Acudrain er ikke medtatt

4. Stedlige masser kan fjernes ved behov

5. Fasadeelementene er utført med liggende profiler

6. Innenfor Biogass-entreprisene er kun asfaltering medtatt».

(16) Leverandørene mottok tildelingsbeslutningen 26. april 2019. Der fremgikk det at Prokon Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*) hadde tilbudt den laveste tilbudssummen, og dermed ville bli tildelt kontrakten.

(17) Klagen ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 20. juni 2019.

(18) Innklagede har valgt å avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.

(19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. september 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(20) Valgte leverandør oppfyller ikke kvalifikasjonskravet om å være registrert i faglig register, og heller ikke kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Valgte leverandør er ikke registrert i et faglig relevant register. Når det gjelder de faglige kvalifikasjonene så har ikke valgte leverandør dokumentert erfaring fra sammenlignbare oppdrag. Følgelig skulle valgte leverandør ha vært avvist, jf. forskriften § 24-2(1) bokstav a.

(21) Valgte leverandør har tatt forbehold slik at flere elementer i kontraktsarbeidet ikke har blitt inkludert i kontraktssummen. Forbeholdene innebærer et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, da valgte leverandørs tilbud som følge av disse ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 24-8(1) bokstav b. Under enhver

omstendighet burde innklagede ha benyttet seg av sin avvisningsrett, da tilbudet inneholder avvik eller uklarheter som ikke kan anses ubetydelige, jf. forskriften § 24-8(2) bokstav a.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Kvalifikasjonskravet om at selskapet skal være registrert i et faglig register kan ikke gjelde for norske selskaper, da vi har fått opplyst fra Utdanningsdirektoratet at det ikke finnes slike registre her. Dermed bortfaller dette kvalifikasjonskravet, siden alle leverandørene er etablert i Norge. Valgte leverandør har dokumentert tilstrekkelige tekniske og faglige kvalifikasjoner, og oppfyller dermed dette kvalifikasjonskravet.
- (23) Innklagede har vurdert presiseringene som valgte leverandør gjorde i tilbudet sitt som ubetydelige. Dermed kan ikke innklagedes anses for å ha handlet i strid med forskriftens bestemmelser, jf. §§ 24-8(1) bokstav b og 24-8(2) bokstav a.

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 anskaffelse av fem selvstendige bygg for vann, avløp og renovasjon, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke oppgitt i anskaffelsesdokumentene. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (26) Det følger av forskriften § 24-2(1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».

Kravet til registrering i faglig register

- (27) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene skulle være «registrert i et faglig register i medlemsstaten som leverandøren er etablert i».
- (28) Kravet var av valgte leverandør besvart med «Ja».
- (29) Innklagede har forklart at man feilaktig antok at valgte leverandør hadde medlemskap i bransjeforeningen RIF (Rådgivende Ingeniørers Forening), og at dette medlemskapet ble ansett tilstrekkelig for å oppfylle kravet. Etter nærmere undersøkelser har innklagede avklart at det ikke finnes et slikt faglig register for norske selskaper. Kravet gjelder altså ikke for norske selskaper.
- (30) Sett hen til det ovennevnte, kan ikke nemnda se at innklagede har brutt regelverket ved å legge til grunn at kravet til registrering i et faglig register ikke gjaldt for tilbyderne (som alle var norske foretak) i denne konkurransen.

Kravet til erfaring fra sammenlignbare oppdrag

- (31) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene måtte ha «*erfaring fra sammenlignbare oppdrag*».
- (32) Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres med beskrivelser av de inntil tre mest relevante oppdragene fra de siste tre årene. Leverandørene var bedt om å oppgi oppdragenes verdi, tidspunkt og mottakere. Det var påpekt at det var leverandørenes ansvar å dokumentere at referanseprosjektene var relevante.
- (33) Slik kvalifikasjons-/dokumentasjonskravet var utformet, la det opp til at innklagede ville gjøre en skjønnsmessig vurdering av om de referanseprosjektene som leverandørene fremla, utgjorde «*sammenlignbare*» oppdrag. Denne skjønnsutøvelsen kan klagenemnda i begrenset grad overprøve rettslig, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/257, avsnitt 26 med videre henvisninger.
- (34) For sine referanseprosjekter har valgte leverandør oppgitt kontraktens verdi, start- og sluttdato, navn på mottakerne, byggenes størrelse og hva slags type bygg som ble oppført.
- (35) Valgte leverandør oppgav fire prosjekter. Disse omfattet bygg fra 400 m² til 1250 m² og med verdier fra 8 millioner kr. til 35 millioner kr. De fire prosjektene gjaldt henholdsvis bygging av forretningsbygg, internatbygg og tilbygg (henholdsvis tilbygg i tredje etasje og utvidelse av kontor og lager). Utover dette har ikke valgte leverandør gitt utdypende beskrivelser av prosjektene.
- (36) Klager har fremholdt at innklagede må se bort ifra ett av referanseprosjektene, da dette oppdraget i hovedsak ble gjennomført for mer enn tre år tilbake. Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres oppfylt ved å vise til «*relevante oppdrag i løpet av*» de siste tre årene. Klagenemnda kan ikke se at dokumentasjonskravet stenger for at innklagede kunne legge vekt på referanseprosjekter, hvor deler av arbeidet ble gjennomført for mer enn tre år tilbake.
- (37) Slik klagenemnda forstår klager, er det ikke innvendinger mot den forståelse av kvalifikasjonskravet som innklagede har lagt til grunn. Det er innklagedes skjønnsutøvelse – herunder terskelen for oppfyllelse – klager angriper. Etter klagenemndas oppfatning, kan verken kvalifikasjonskravet selv eller kravet sett i sammenheng med det tilhørende dokumentasjonskravet, tas til inntekt for at det gjaldt særskilte krav med hensyn til hva som skulle til for at erfaringen kunne karakteriseres som sammenlignbar med foreliggende anskaffelse.
- (38) Klagers anførsler gir derfor ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har gått utenfor de rettslige rammene for skjønnsutøvelsen.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (39) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (40) Det følger av forskriften § 24-8(1) bokstav b at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*». Bestemmelsens andre ledd bokstav a gir oppdragsgiver rett til å avvise tilbud som inneholder avvik som «*ikke må anses ubetydelige*». Klager har gjort gjeldende at innklagede i det minste burde bruke denne retten i vår sak.

- (41) Hvorvidt tilbudet inneholder avvik beror på en objektiv tolkning av tilbudet, og er et spørsmål som nemnda i utgangspunktet kan prøve fullt ut. Avviket vil normalt være vesentlig dersom leverandøren har tatt forbehold mot krav i konkurransegrunnlaget, og dette kan gi leverandøren en konkurransefordel. Tilsvarende vil forbehold i tilbudet som medfører en forrykning i kontraktsforholdet representere et vesentlig avvik, jf. eksempelvis LA-2011-100800. Avviket vil også måtte anses vesentlig dersom det kan ha innvirkning på rangeringen av leverandørene. Ved vurderingen vil lovens krav til likebehandling av leverandørene være tungtveiende, jf. loven § 4.
- (42) Spørsmålet i vår sak er hvorvidt valgte leverandørs tilbud inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene som kan ha påvirket rangeringsforholdet til klager, som ble rangert som nummer to.
- (43) I denne konkurransen ble det konkurrert utelukkende på lavest totalpris. Prisdifferansen mellom valgte leverandørs tilbud og klagers tilbud var kr 5 268 798 ekskl. mva.
- (44) Valgte leverandør gjorde seks presiseringer i tilbudsskjemaet sitt. Klager anfører at fire av disse gir grunnlag for avvisning av valgte leverandør:
- «1. Fjerning av eks. betongkonstruksjoner på tomten er ikke medtatt.*
- (...)*
- 3. Betongplate/belegningsstein med fall til Acudrain er ikke medtatt*
- 4. Stedlige masser kan fjernes ved behov*
- (...)*
- 6. Innenfor Biogass-entreprisene er kun asfaltering medtatt».*
- (45) Innklagede har påpekt at presiseringen i punkt 4 ikke utgjør et avvik fordi dette er priset under posten om «*Bearbeidet terreng*». Det fremgikk av kravs- og ytelsesspesifikasjonens omtale av denne posten at masser skulle kjøres bort ved behov, men at «*alle masser som er egnet skal brukes på stedet for minst mulig transport til og fra byggeplassen*». Klagenemnda kan ikke se at punkt 4 er annet enn en presisering fra leverandørens side, nemlig at stedlige masser kan fjernes ved behov. Det er følgelig ikke tale om et avvik på dette punktet.
- (46) For punkt 1 og 3 har innklagede priset disse til henholdsvis kr 900 000 og kr 800 000. Innklagede har opplyst at disse summene er basert på erfaringstall og prisbok. Innklagede har følgelig hensyntatt de avvik som fremgår av presiseringene i punkt 1 og 3 ved å prise disse. Klagenemnda har ikke holdepunkter for å anta at innklagede har foretatt en uforsvarlig prising av de to aktuelle avvikene. Det er klart at dette tillegget, på til sammen 1,7 millioner kroner, ikke alene kan ha innvirkning på rangeringen av tilbudene.
- (47) Igjen står da punkt 6. For dette punktet har innklagede lagt til grunn at presiseringen ikke medfører noen priskonsekvens.
- (48) Klager påpeker at det var opplyst at man innenfor de såkalte biogassentreprisene skulle ta med pris for finavretting, og at presiseringen i punkt 6 må forstås slik at dette ikke er inkludert i tilbudet. På spørsmål fra klager om dette var inkludert i tilbudet, bekreftet

innklagede ved sitt klagesvar av 28. mai 2019 at valgte leverandør har inkludert dette i tilbudet.

- (49) Det er noe uklart for klagenemnda hva valgte leverandør sikter til i presiseringen inntatt i punkt 6. Nemnda klarer ikke ut ifra valgte leverandørs tilbud å se hvorvidt finavretting er inkludert eller ikke. Betydningen av presiseringen i punkt 6 er derfor ikke helt klar.

Selv dersom det skulle være riktig at presisering i punkt 6 innebærer at finavretting ikke var medregnet i valgte leverandørs tilbud, er det imidlertid vanskelig å se at prisen for finavretting – også sammen med avvikene nevnt i punkt 1 og 3 – vil kunne endre rangeringen av tilbudene. Prisdifferansen mellom valgte leverandør og klagers tilbud var som nevnt på kr 5 268 798 ekskl. mva.

- (50) Klagers anførsel har etter dette ikke ført frem.

- (51) Klagers anførsel om at innklagede i det minste burde ha avvist tilbudet i medhold av forskriften § 24-8(2) bokstav a, kan klart ikke føre frem. Forskriften § 24-8 skiller uttrykkelig mellom tilfeller der oppdragsgiver har en plikt og der han har en rett til å avvise tilbud. I vår sak hadde ikke innklagede en plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. vurderingen over.

Konklusjon:

Fredrikstad kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk