



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Avvisning av leverandør. Dialog i en tilbudskonkurranse.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for arbeider med vegbelysning. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Dokumentasjon fra valgte leverandørs underleverandør var innhentet i overensstemmelse med forskriften § 9-3, men dokumentasjonen ga ikke grunnlag for å konstatere at underleverandøren hadde kunnskap som «lysplanlegger» eller erfaring fra elektroarbeider vedrørende «LED-teknologi» i denne sammenheng.

Klagenemndas avgjørelse 12. mai 2020 i sak 2019/408

Klager: Nord-Norsk Elektro AS

Innklaget: Kongsvinger kommune

Klagenemndas

medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Karin Fløistad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Kongsvinger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 7. februar 2019 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av arbeid i forbindelse med utskifting av veglysmarturer, kabler, tremaster og montering av strømskap. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.2) angitt til 21. mars 2019.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at «*[v]eglysløseleverandørens faglige nivå og erfaring med denne type anlegg må kunne dokumenteres*». Det ble presisert at «*[l]everandøren må kunne dokumentere kunnskap som lysplanlegger med spesiell erfaring med LED-teknologi og elektroarbeider i denne sammenheng*».
- (3) Det samme kravet fremgikk også av konkurransegrunnlaget punkt 2.8 («*Kvalifikasjonskrav*»).
- (4) Kontrakten ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 2.7 bli tildelt tilbudet med den laveste prisen.
- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.4 gikk det frem at leverandøren kunne benytte underentreprenører i den utstrekning det ble ansett som formålstjenlig eller nødvendig. Disse skulle i så fall oppgis i konkurransegrunnlaget punkt 2.9 («*Spesielle forhold*»):

«Elektroentreprenøren fyller ut og gir her nærmere opplysninger om:

- 1. Hvem som skal ha den daglige ledelse av arbeidet og vedkommendes tekniske kvalifikasjoner:*

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

[...]

2. *Typer og antall maskiner (f.eks. godkjente sertifiserte lifter) som er tenkt benyttet:*

[...]

3. *Andre underentreprenører/ leverandører:*

[...]».

- (6) Det fremgikk videre av punkt 9.1 at leverandøren skulle angi «for hvilke arbeider underentreprenøren skal benyttes samt navnet på underentreprenører- underleverandører».
- (7) Innenfor tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Østcom AS og Nord-Norsk Elektro AS (heretter *klager*).
- (8) Av Østcoms tilbud fremgikk det at daglig leder Oddgeir Frysjøenden ville ha den daglige ledelsen av arbeidet. Som underleverandør hadde Østcom – i punkt 2.9 og 9.1 – oppført Minel Glåmdal AS (heretter bare *Minel*). I punkt 9.1 («Anbudsskjema») var det angitt at Minel ville bli benyttet som underleverandør på «*Elektro*».
- (9) Vedlagt tilbudet fulgte også opplysninger om at DEFA AS ville bli benyttet som underleverandør av LED-belysning.
- (10) I klagers tilbud var det angitt at klager selv skulle stå for alt arbeid. Den daglige ledelsen av arbeidet ville bli utført av prosjektleder Sverre Hov og anleggsleder Christer Myrvang.
- (11) I tildelingsbeslutning av 26. mars 2019, ble kontrakten tildelt selskapet Østcom (heretter *valgte leverandør*). Tildelingen ble deretter annullert etter klage fra klager, fordi innklagede så at det ikke var gjort tilstrekkelige vurderinger knyttet til om leverandørene var kvalifiserte. I den forbindelse ble alle leverandørene bedt om å ettersende dokumentasjon.
- (12) I brev til valgte leverandør av 12. april 2019 ba innklagede om at tilbudet punkt 2.9 («*Spesielle forhold*») ble utfyllt av Minel. Det ble videre bedt om dokumentasjon på Minels oppfyllelse av kvalifikasjonskravet i punkt 2.8 nr. 5, om kunnskap som lysplanlegger og spesiell erfaring med elektroarbeider knyttet til LED-teknologi. Det ble også bedt om forpliktelseserklæringer fra Minel og DEFA.
- (13) Av den ettersendte dokumentasjonen gikk det frem at Erling Auestad og Magne Bjørnsen hos Minel ville stå for den daglige ledelsen av arbeidet. Dokumentasjon av deres faglige kvalifikasjoner, i form av kursbevis og fagbrev, ble vedlagt. Det ble videre levert en kvittering for Minels DSB-godkjenninger og inngitt forpliktelseserklæringer fra Minel og DEFA.
- (14) Også innklagedes forespørsel til klager gikk ut på ettersending av dokumentasjonen på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 2.8 nr. 5. I tillegg ble klager bedt om å oppgi informasjon om leverandøren av armaturene, samt en forpliktelseserklæring fra denne. Av dokumentasjonen som klager ettersendte, fremgikk det at klager skulle benytte Multilux AS som underleverandør, og at én av deres ansatte

– Rolf Steinsland – var godkjent som belyningsplanlegger i klasse 3 for utendørs belysning.

- (15) Den 13. mai 2019 ble kontrakten deretter på nytt tildelt valgte leverandør.
- (16) Kontrakten ble inngått 23. mai 2019.
- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. juni 2019.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. mai 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede pliktet å avvise valgte leverandør fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om kunnskap som lysplanlegger og erfaring med LED-teknologi og elektroarbeider i denne sammenheng. Den ettersendte dokumentasjonen fra underleverandøren Minel endrer på innholdet i det opprinnelige tilbudet. Dokumentasjonen kunne ikke legges til grunn av innklagede ved kvalifikasjonsvurderingen.
- (20) Også valgte leverandør måtte oppfylle det aktuelle kvalifikasjonskravet, idet tilbudet legger opp til at det er valgte leverandør som skulle ha ansvaret for deler av arbeidet som kvalifikasjonskravet knytter seg til.
- (21) Den ettersendte dokumentasjonen er ikke tilstrekkelig dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Den ettersendte dokumentasjonen endrer ikke på innholdet i det opprinnelige tilbudet. Dialogen har dreid seg om ettersending og presisering knyttet til underleverandører som var en del av tilbudet ved innleveringen.
- (23) Tilbudet må forstås som at den tilknyttede underentreprenøren skal ha ansvaret for elektroarbeidet som de er kvalifisert til, hverken mer eller mindre.
- (24) Kvalifikasjonskravet er tilstrekkelig dokumentert for underleverandørenes del. Vurderingen av dette hører til det innkjøpsfaglige skjønnet.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av veglysarbeid, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i anskaffelsesdokumentene. De innkomne tilbudene ligger imidlertid på mellom 1 og 2,3 millioner kroner inkl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (27) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *«ikke oppfyller kvalifikasjonskravene»*. Etter forskriften § 9-7 (2) kan oppdragsgiveren utsette avgjørelsen om avvisning til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren.
- (28) Det følger av forskriften del III § 16-10 første ledd at en leverandør kan *«støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til [...] tekniske og faglige kvalifikasjoner [...]»*. Dette gjelder uavhengig av den rettslige forbindelsen mellom dem.
- (29) En tilsvarende bestemmelse er ikke tatt inn i forskriften del II. Det følger imidlertid av langvarig praksis fra klagenemnda at leverandørene – også i anskaffelser som følger forskriften del II – har adgang til å støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene, se også Forenklingsutvalgets utredning i NOU 2014:4 på side 62.
- (30) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.4 fremgikk det i vår sak også uttrykkelig at leverandørene kunne benytte underentreprenører i den utstrekning det ble ansett som formålstjenlig eller nødvendig. Det var ikke stilt krav om at bestemte kritiske oppgaver skulle utføres av leverandøren selv, jf. forskriften del III § 16-10 (6).
- (31) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene måtte dokumentere sitt faglige nivå og erfaring med samme type anlegg som i denne anskaffelsen. Det var presisert at leverandørene måtte kunne dokumentere *«kunnskap som lysplanlegger med spesiell erfaring med LED-teknologi og elektroarbeider i denne sammenheng»*.
- (32) Slik kvalifikasjonskravet er utformet, må det for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør ha fremstått som klart at det var nødvendig med kunnskap og erfaring som *«lysplanlegger»* i sammenheng med elektroarbeider som omfatter *«LED-teknologi»*. Generell kompetanse som elektroarbeider/-installatør var ikke tilstrekkelig. Denne forståelsen av kvalifikasjonskravet fremstår også som nærliggende ut fra det oppdraget som skulle utføres: Store deler av oppdraget gikk ut på utskifting av veglysmarturer, der en spesifikk LED-belysning skulle settes inn. Planleggingen i denne forbindelse skulle foretas av leverandøren.
- (33) Innklagede var forpliktet til å håndheve kvalifikasjonskravet i tråd med den ovennevnte forståelsen av kravet, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/1, avsnitt 42, med videre henvisning til Underrettens avgjørelse i T-40/01 (Scan Office Design), premiss 76.
- (34) Det er enighet om at valgte leverandør ikke selv oppfyller dette kvalifikasjonskravet. Av tilbudet fremgikk det imidlertid flere steder at man ville støtte seg på kapasiteten til Minel. I tilbudsskjemaet punkt 9.1 var det presisert at dette gjaldt utførelsen av elektroarbeider. Klagers anførsel om at valgte leverandør ville utføre elektroarbeidene selv, kan ikke føre frem.
- (35) Slik klagenemnda leser tilbudet, var det altså objektive holdepunkter i tilbudet for at valgte leverandør ville benytte seg av Minel som underleverandør ved utførelsen av

elektroarbeidene. Saken skiller seg på dette punkt fra klagenemndas avgjørelse i sak 2017/75. Slik klagenemnda ser det, er det ikke tvilsomt at innklagede, under de nevnte omstendighetene, hadde adgang til å gå i dialog med valgte leverandør for å avklare Minels rolle og be om dokumentasjon på oppfyllelse av det aktuelle kvalifikasjonskravet, jf. forskriften § 9-3 (1), som bestemmer at dialogen kan gjelde «*alle sider ved tilbudene*». Klagers anførsel om at valgte leverandør med dette endret tilbudet, kan ikke føre frem.

- (36) Slik klagenemnda leser den ettersendte dokumentasjonen fra nøkkelpersonellet hos Minel, er det imidlertid ingen av disse som har kunnskap og erfaring som «*lysplanlegger*» i sammenheng med elektroarbeider som omfatter «*LED-teknologi*».
- (37) De ettersendte dokumentene inneholdt for det første et bevis på at Magne Bjørnsen hos Minel hadde bestått prøve som elektroinstallatør. For Erling Auestad fulgte bevis for gjennomført kurs for arbeid langs vei, fagbrev som elektriker og kursbevis for sikkerhetskurs ved arbeid i og ved drift av elektriske anlegg.
- (38) Ikke for noen av de to tilbudte nøkkelpersonene er det altså vist til kunnskap og erfaring som «*lysplanlegger*» i sammenheng med elektroarbeider som omfatter «*LED-teknologi*».
- (39) Innklagede har på denne bakgrunn brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav a.
- (40) Feilen som klagenemnda har konstatert, har påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal følgelig tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Kongsvinger kommune har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk