



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

*Innklagede hadde gjennomført en konkurranse med forhandling om bygg- og anleggsarbeider på gang- og sykkelveg Skurva-Helsehuset på fv. 213/312 inkl. omlegging av kommunalt VA-anlegg. Klager hadde anført at bruk av referanseskjema som dokumentasjonskrav var ulovlig, noe som medførte at tilhørende kvalifikasjonskravet også var ulovlig. Ettersom klager oppfylte kvalifikasjonskravet, kunne det ikke foreligge brudd på forskriften § 16-6 (1) bokstav a). Det ble derfor vurdert om bruk av referanseskjema var tillatt etter forskriften § 16-12 som gjelder utvelgelsen av leverandører. Klagenemnda la til grunn at det var adgang til å bruke referanseskjema og kontakte oppgitte referanser ved utvelgelsen av leverandører etter forskriften § 16-12. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å gjennomføre nærmere undersøkelser basert på opplysningene som fremkom i klagers referanser, førte heller ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 6. oktober 2020 i sak 2020/361

**Klager:** Anlegg Øst Entreprenør AS

**Innklaget:** Statens Vegvesen Drift og vedlikehold

#### Klagenemndas

**medlemmer:** Bjørn Berg, Halvard Haukeland Fredriksen og Karin Fløistad

#### Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. januar 2020 en konkurranse med forhandling om bygging av gang- og sykkelveg fra Skurva til Lillehammer helsehus inkl. omlegging av kommunalt VA-anlegg. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 53 millioner kroner.
- (2) Konkurransen skulle gjennomføres med prekvalifisering, og frist for innlevering av forespørsel om deltakelse i konkurranse var 2. mars 2020.
- (3) I konkurransegrunnlaget B2 («*Krav til leverandørens kvalifikasjoner – anbudskonkurranse*») 10 («*Utvelgelse av leverandører*») var det angitt at tre leverandører ville bli invitert til å inngi tilbud og delta i forhandlingene. Ved overtallige kvalifiserte leverandører, ville utvelgelsen skje basert på hvilke leverandører som best oppfylte kvalifikasjonskravene knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (4) Krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgikk av konkurransegrunnlaget B2 pkt. 2.4, med følgende underpunkter: «*Relevant erfaring*», «*Bygherrers erfaringer*» og «*Gjennomføringsevne*».
- (5) Følgende fremgikk om kravet til «*Relevant erfaring*»:

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

#### **«2.4.1. Relevant erfaring**

##### **Kvalifikasjonskrav:**

*Leverandøren skal ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad fra følgende arbeider:*

*1: Hovedfagområdene oppdraget omfatter: Vegarbeider, trafikkavvikling, vann- og avløpsarbeider.»*

(6) Som dokumentasjonskrav skulle leverandørene gi en liste over inntil 5 og ikke mindre enn 3 kontrakter som leverandøren har gjennomført eller skulle gjennomføre i løpet av de siste fem årene regnet fra tilbudsfristen. Listen skulle, jf. skjema inntatt i kapittel E, inneholde følgende for hver av kontraktene:

- *«Navn på mottaker (oppdragsgiver)*
- *Beskrivelse av hva kontraktarbeidene gikk ut på, herunder relevansen i forhold til kvalifikasjonskravets punkt 1 og 2.*
- *Hvilke arbeider som ble utført av leverandøren selv, og hvilke arbeider som ble utført av underleverandører (kontraktsmedhjelpere).*
- *Tidspunkt for leveransen.*
- *Kontraktens verdi.*
- *Referanseperson/kontaktperson hos oppdragsgiver med kontaktdata (telefonnummer og e-postadresse), og angivelse av vedkommendes rolle hos oppdragsgiver under kontrakten. Leverandøren er ansvarlig for at referansepersonen er tilgjengelig og avgir referanse.»*

(7) Om kravet til «Byggherrers erfaringer» var det angitt følgende:

#### **«2.4.2. Byggherrers erfaringer**

##### **Kvalifikasjonskrav:**

*Statens vegvesens og andre byggherrers erfaringer med tilbyder vil bli vurdert.*

*Det kreves at tilbyder kan vise til referanser til relevante kontrakter som han selv har gjennomført på tilfredsstillende måte.*

*Forhold som vil bli vurdert er knyttet til bl. a.:*

- *dokumentasjon av utført kvalitet*
- *oppfyllelse av kontrakter*
- *etterlevelse av bestemmelser og rutiner for HMS*
- *etterlevelse av bestemmelser for lønns- og arbeidsvilkår*
- *overholdelse av frister*

- *oppfølging i reklamasjonstiden*
  - *bruk av lærlinger».*
- (8) Det tilhørende dokumentasjonskravet var angitt slik: «*Kvalifikasjonskravet dokumenteres gjennom listen beskrevet under punkt 2.4.1.*»
- (9) Om innklagedes vurdering av om leverandørene oppfylte kvalifikasjonskravene, fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget pkt. 6.2:
- «Oppdragsgivers vurdering av om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene vil som utgangspunkt kun bli gjennomført basert på innlevert dokumentasjon, herunder eventuelle oppgitte referanser.»*
- (10) Innklagede mottok syv forespørsler om deltakelse i konkurransen innen fristens utløp. Samtlige av leverandørene var kvalifisert til oppdraget, og innklagede gjennomførte derfor en evaluering av hvilke tre leverandører som best oppfylte kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (11) Meddelelse om prekvalifisering ble sendt til leverandørene 13. mars 2020. Brødrene Gudbrandsen AS, Dobloug Entreprenør AS og Gjøvik Graveservice AS ble invitert til videre forhandlinger om kontrakten. Det fremgikk av meddelelsen at Anlegg Øst Entreprenør AS (heretter *klager*) ble rangert lavere på grunnlag av negative tilbakemeldinger fra innhentede referanser på overholdelser av frister og delfrister, mangelfull levering av dokumentasjon og noe konfliktfylt samarbeid sammenlignet med de øvrige tilbyderne.
- (12) I klage av 19. mars 2020 påklaget klager prekvalifiseringen, ettersom et av underpunktene som skulle evalueres var utelatt i utvelgelsen av overtallig kvalifiserte leverandører. Det ble videre anført at innklagede hadde benyttet et ulovlig dokumentasjonskrav, ved å benytte utfyllingsskjemaet til tidligere oppdragsgivere som eneste dokumentasjonskrav i pkt. 2.4.2. I tillegg var innklagedes manglende undersøkelser og bruk av byggherres referanser i strid med interne retningslinjer.
- (13) Innklagede svarte på klagen 23. mars 2020. Som følge av den påpekte feilen gjennomførte innklagede en ny vurdering hvor underpunktet ble hensyntatt. Den nye vurderingen medførte en justering av klagers totale score, men endret ikke hvilke tre leverandører som var best rangert og dermed kvalifisert.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. mai 2020. Innklagede inngikk kontrakt med Dobloug Entreprenør AS 16. juni 2020.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. september 2020.

**Anførsler:**

***Klager har i det vesentlige anført:***

- (16) Innklagede har brutt forskriften § 16-6, jf. § 16-1 (2) ved å oppstille et ulovlig dokumentasjonskrav. Uten tilhørende lovlig dokumentasjonskrav er kvalifikasjonskravet også ulovlig.

- (17) Subsidiært har innklagede brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å gjennomføre nærmere undersøkelser basert på opplysningene som fremkom i referansene.
- (18) For begge tilfeller er feilene av en slik art at det er sannsynlig at de kan ha påvirket utfallet av konkurransen.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (19) Det bestrides at dokumentasjonskravet er i strid med regelverket. Bruk av referanser som dokumentasjonskrav for vurderingen av gjennomføringen av tidligere kontrakter, faller inn under en naturlig språklig forståelse av «attester» i forskriften § 16-6 (1), og dokumentasjonskravet er derfor i tråd med regelverket.
- (20) Innklagede har benyttet referanseopplysningene i tråd med konkurransegrunnlaget og forskriften. Innklagede hadde følgelig ikke plikt til å etterprøve opplysningene som fremkom i referansene til klager.

**Klagenemndas vurdering:**

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av gang- og sykkelveg fra Skurva til Lillehammer helsehus inkl. omlegging av kommunalt VA-anlegg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 53 millioner kroner. Anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (22) Klager har anført at kvalifikasjonskravene som gjelder leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner er ulovlige, fordi det ikke var adgang til å bruke referanser som dokumentasjonskrav. Klager begrunner dette med at bruk av referanser ikke faller inn under en naturlig språklig forståelse av «attester» i forskriften § 16-6 (1) bokstav a).
- (23) Forskriften § 16-6 gir en uttømmende liste over hvilken dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve for leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner. Etter første ledd bokstav a) kan oppdragsgiver kreve «attester» fremlagt «sammen med» en oversikt over bygge- og anleggsprosjekter leverandøren tidligere har utført. En attest er etter vanlig språkbruk en skriftlig erklæring hvor noe bevitnes og underskrives. Etterfølgende innhenting av muntlige referanser som dokumentasjon for oppfyllelse av leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner faller derfor utenfor det forskriften åpner for. Til bruk i kvalifikasjonsvurderingen ville dette vært i strid med § 16-6 første ledd bokstav a).
- (24) I foreliggende sak har imidlertid ikke klager blitt avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. Klager ble ikke med videre i konkurransen etter at innklagede gjorde en utvelgelse av leverandører i henhold til forskriften § 16-12. Det var først under denne utvelgelsen at innklagede gjorde bruk av referansene. Lest i sammenheng fremgikk en slik bruk av referansene tydelig nok, selv om konkurransegrunnlaget på dette punktet etter klagenemndas mening kunne vært klarere utformet. Problemstillingen for klagenemnda blir etter dette om det var anledning til å legge vekt på referanseuttalelser ved nedvalget.
- (25) Etter forskriften § 16-12 (2) skal oppdragsgiver angi den nedre og øvre grensen for antall leverandører som velges ut til å gi tilbud i kunngjøringen, sammen med «objektive og

*ikke-diskriminerende*» kriterier eller regler for utvelgelsen av eventuelle overtallige kvalifiserte leverandører.

- (26) I kravet til objektivitet ligger blant annet at oppdragsgiver må fastsette kriterier som er etterprøvbare og relevante for den konkrete anskaffelsen, jf. blant annet Veilederen på s. 186 og klagenemndas avgjørelse i 2015/128 premiss 18. Forbudet mot diskriminerende kriterier innebærer at det ikke kan oppstilles kriterier som favoriserer nasjonale eller lokale leverandører.
- (27) Utvelgelsen skulle skje basert på hvilke leverandører som best oppfylte kvalifikasjonskravene knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. For to av kvalifikasjonskravene skulle disse dokumenteres med listen over gjennomførte kontrakter, hvoretter referansepersoners uttalelser ville være relevante for vurderingen. Innklagede har vist til at formålet med å kontakte referansepersoner var å innhente informasjon om tidligere kontraktsarbeider, ettersom kvalifikasjonskravet knyttet seg til arbeidets relevans og vanskelighetsgrad sett opp mot arbeidet i den utlyste kontrakten. Etter klagenemndas syn tilsier dette at både referanseskjema og den etterfølgende kontakten med de oppgitte referansene var etterprøvbare og relevante for denne anskaffelsen. Klagenemnda er videre av den oppfatning at et utvelgelseskriterium er objektivt selv om det innebærer at man legger vekt på tidligere oppdragsgivers subjektive erfaringer med de ulike leverandørene.
- (28) Selv om en leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene, må leverandøren være forberedt på at det kan skje et nedvalg. Ut fra informasjonen i konkurransegrunnlaget var det forutberegnelig for leverandørene at oppgitte referanser ville bli kontaktet, og at disse tilbakemeldingene ble vektlagt i vurderingen av hvilke leverandører som ble invitert med til videre forhandlinger.
- (29) Innklagede har etter dette ikke brutt forskriften § 16-12.
- (30) Klager har videre anført at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å gjennomføre nærmere undersøkelser basert på opplysningene som fremkom i klagers referanser. Slik klagenemnda vurderer saken er det relevante for vurderingen av om innklagedes vurdering er i tråd med regelverket, ikke hva som fremgikk av disse dokumentene, men hvordan innklagede har benyttet informasjonen. Som det fremgår av sakens bakgrunn, var samtlige av leverandørene som innga tilbud i konkurransen kvalifiserte. Ved fastsettelse av hvilke karakterer som skulle gis på pkt. 4.2.1-4.2.3 ble tilbyderne vurdert opp mot den tilbyderen som hadde best score på hvert punkt. Den relative forskjellen til beste leverandør hadde altså betydning for poengfastsettelsen. Avgjørende for utvelgelsen i denne konkurransen var at tre av leverandørene hadde usedvanlige gode referanser, noe som medførte at detaljene som fremkom av klagers referanser ikke var avgjørende for vurderingen.
- (31) På bakgrunn av det ovennevnte hadde innklagede ikke plikt til å etterprøve det som fremkom i klagers referanser.

***Konklusjon:***

Statens Vegvesen Drift og vedlikehold har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

*Dokumentet er godkjent elektronisk*