



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Ottar Bergersen & Sønner AS
Bøveien 1065
8475 STRAUMSJØEN
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2020/0698-8

Saksbehandler: Caroline Essilfie

Dato: 30.03.2021

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 21. september 2020 på Norland fylkeskommune sin konkurranse om kontrakt for av utbedring av tre delstrekninger på fylkesvei 821. 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) Nordland Fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. juni 2020 en åpen tilbudskonkurranse om kontrakt for utbedring av tre delstrekninger på Fylkesvei 821. Tilbudsfrist ble satt til 23. juni 2020.
- (2) I konkurransegrunnlagets kapittel 3 var det stilt flere krav til leverandørens kvalifikasjoner. Under overskriften «*Vilkår knyttet til gjennomføring av kontrakten*» ble det stilt følgende krav til leverandørens ulykkesfrekvens:

«Leverandøren og dets sentrale kontraktsmedhjelpere bør ha en gjennomsnittlig H1-verdi for de siste tre år lavere enn 15. Dersom H1-verdi er høyere enn 15, skal det redegjøres for utviklingstendensen for H1-verdien og eventuelt F-verdien, som vil uttrykke alvorligheten i eventuell høy H1-verdi. Dersom leverandøren er et arbeidsfellesskap (leverandørgruppe), gjelder kravet for hver enkelt av deltakerne. H1-verdien er definert som antall arbeidsulykker med fravær til utførte timeverk multiplisert med 106.»

- (3) Kravet var stilt sammen med følgende dokumentasjonskrav:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

«1. Oversikt over H1-verdi for selskapet og sentrale kontraktsmedhjelpere de siste tre år. 2. Dersom H1-verdien er høyere enn 15 skal det redegjøres for utviklingstendensen for H1-verdien og eventuelt F-verdien. Som vil utrykke alvorligheten i eventuell høy H1-verdi Videre skal det med forespørselen følge en egen redegjørelse for om det er iverksatt forbedringstiltak, og i så fall også dokumentasjon av effekten av disse tiltakene.»

- (4) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagde to tilbud, fra henholdsvis Bulldozer Maskinlag Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*) og Ottar Bergersen & sønner AS (heretter *klager*).
- (5) Innklagde meddelte i brev av 25. juni 2020 at kontrakt var tildelt valgte leverandør. Av samme brev fremgikk det at klager ikke oppfylte konkurransens kvalifikasjonskrav og ble avvist.
- (6) Klager påklagde avvisningen. Innklagde meddelte i brev 13. juli 2020 at klagen ikke ble tatt til følge.
- (7) Klager begjærte 14. juli 2020 midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelsen. I kjennelse av 11. september 2020 konkluderte Salten tingrett med at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt. Etter en gjennomgang av klagers anførsler, kom tingretten til at klager rettmessig hadde blitt avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om ulykkesfrekvens.
- (8) Etter publisering av kjennelsen ble kontrakt inngått med valgte leverandør. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. september 2020.

Sekretariatets vurdering:

- (9) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6. Klagen er rettidig. Kontrakten gjelder utbedring av tre delstrekninger på Fylkesvei 821, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke angitt. Valgte leverandørs tilbud ligger imidlertid på rundt 42 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 legger sekretariatet derfor til grunn at anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (10) 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. Gjennom sine anførsler inviterer klager klagenemnda til å ta standpunkt til de samme spørsmålene som tingretten tok stilling til i forføyningssaken, basert på samme faktum.
- (11) Det at saken har vært gjenstand for en forutgående behandling i domstolen, kan innebære at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 9, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/491 avsnitt 39 med videre henvisninger. Slik sekretariatet ser det, er det ikke tilfellet i denne saken. Sekretariatet bemerker likevel at klagenemnda er ment å være et lavterskel tvisteløsningsorgan, for leverandører og andre som – av ulike grunner – ikke ser seg tjent med å ta saken til domstolen. Nemnda er ikke ment å være et organ for overprøving av rettens vurderinger i en forutgående forføyningssak. Med dette som bakgrunn går sekretariatet over til å vurdere klagers anførsler om brudd på regelverket.

Er kravet om ulykkesfrekvens et kvalifikasjonskrav?

- (12) Et krav i konkurransegrunnlaget var at leverandøren og dens sentrale kontraktsmedhjelpere «*bør ha en gjennomsnittlig H1-verdi for de siste tre år lavere enn 15*». Med H1-verdi menes hyppighet av arbeidsulykker som er så alvorlige at det medfører minimum én hel dags fravær fra arbeid/arbeidsplassen.
- (13) Klager anfører at dette kravet ikke er et kvalifikasjonskrav som kan medføre avvisning. Dette er av klager blant annet begrunnet med at kravet ikke er et absolutt krav, jf. ordlyden «*bør*». Til dette har innklagede innvendt at kravets plassering i konkurransegrunnlaget og tilhørende dokumentasjonskrav, tilsier at det foreligger et kvalifikasjonskrav om ulykkesfrekvens som kan gi grunnlag for avvisning.
- (14) Hvorvidt kravet om ulykkesfrekvens er stilt som et kvalifikasjonskrav, beror på en objektiv tolkning av kravet og konkurransegrunnlaget. Ved fastsettelsen av kravet skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå det. I vurderingen vil ordlyden i kravet, dokumentasjonskravet og hva anskaffelsen gjelder, stå sentralt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/1006.
- (15) Kravet til ulykkesfrekvens er inntatt i reglene for den aktuelle konkurransen i kapittel 3 «*Kvalifikasjonskrav*». Plasseringen til kravet i kapittelet for kvalifikasjonskrav tilsier at det er naturlig å forstå kravet som et kvalifikasjonskrav som kan medføre avvisning.
- (16) Kravet er videre plassert under overskriften «*Vilkår knyttet til gjennomføring av kontrakten*». En isolert forståelse av ordlyden vil kunne tilsi at kravene som følger er kontraktskrav og ikke kvalifikasjonskrav. Kravets innhold og utforming tilsier likevel at det er tale om et krav som må være oppfylt allerede på tilbudstidspunktet. Ettersom kravet i sin art og utforming ikke er et kontraktskrav, vil underoverskriften være av mindre betydning for forståelsen av kravet.
- (17) Det fremgår av det aktuelle kvalifikasjonskravet at leverandøren «*bør*» ha en H1-verdi under 15. Det er naturlig å forstå kravet slik at dersom leverandøren har en H1-verdi på under 15, så vil leverandøren uten videre oppfylle kravet. Ordlyden tilsier at en verdi under angitt terskel ikke er et absolutt krav. Det fremgår ikke eksplisitt av kravet at en verdi over angitt terskel vil kunne føre til avvisning. Likevel er det mest naturlig å forstå kravet slik at oppdragsgiver har tilegnet seg et skjønn i vurderingen av om en tilbyder bør avvises. Skjønnets vil måtte ta utgangspunkt i den konkrete dokumentasjonen på historisk ulykkesfrekvens.
- (18) Sekretariatet finner i likhet med tingretten at kravet om ulykkesfrekvens er et kvalifikasjonskrav, og viser til tingrettens vurderinger på dette punktet. Klagers anførsel fører ikke frem.

Lovligheten av kvalifikasjonskravet

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å stille et ulovlig kvalifikasjonskrav. Dette er av klager blant annet begrunnet med at ulykkesfrekvens verken er et relevant eller egnet krav for å vurdere om leverandørene har den nødvendige evnen til å utføre kontrakten. Til dette har innklagede innvendt at vilkårene for å stille ulykkesfrekvens som et kvalifikasjonskrav, er oppfylt. Hvor ofte det har forekommet ulykker hos leverandøren, vil kunne si noe om risikoen for ulykker ved gjennomføring av kontrakten.

- (20) Av forskriften § 8-7 første ledd fremgår det at oppdragsgiver «kan» oppstille kvalifikasjonskrav. I dette ligger det at det er opp til oppdragsgiver å velge om det skal oppstilles kvalifikasjonskrav, og hvilke kvalifikasjonskrav som eventuelt skal stilles. Også ved utformingen av kravene har oppdragsgiver stor frihet. Kravene må likevel ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen, og være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre kontrakten, jf. § 8-7 andre ledd.
- (21) For vurderingen av lovligheten av kvalifikasjonskravet, viser sekretariatet til kjennelsen fra tingretten:

«Etter rettens vurdering er vilkårene for å gjøre ulykkesfrekvens til et kvalifikasjonskrav i den aktuelle konkurransen, oppfylt. Et slikt krav vil sikre at leverandører med høy ulykkesfrekvens kan utelukkes fra konkurransen. Dette vil kunne bidra til å redusere risikoen for nye ulykker under kontraktsarbeidet, hvilket kan forsinke kontraktsleveransen. Krav til ulykkesfrekvens vil derfor kunne bidra til å sikre at leverandører har nødvendig evne og kvalifikasjon til å utføre den aktuelle kontrakten, som etter sitt innhold innebærer betydelig risiko for ulykker og personskader. Av samme grunner har krav om ulykkesfrekvens nødvendig tilknytning og relevans til den aktuelle leveransen. Etter rettens vurdering er også kravet til forholdsmessighet oppfylt. Retten kan ikke se at kravet til ulykkesfrekvens unødige begrenser konkurransen. Ved forholdsmessighetsvurderingen har retten også vektlagt at risikoen for ulykker ved denne type leveranser må anses som høy.»

- (22) Klagers argument om at det er problematisk at opplysninger om ulykkesfrekvens ikke kan kontrolleres, førte heller ikke frem. Tingretten kom på denne bakgrunn til at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å stille ulykkesfrekvens som et kvalifikasjonskrav.
- (23) Sekretariatet finner det på dette punktet tilstrekkelig å vise til tingrettens vurderinger av kvalifikasjonskravet, slik de er gjengitt ovenfor.
- (24) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å stille et ulovlig kvalifikasjonskrav, kan klart ikke føre frem.

Avvisning av klager

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise dem fra konkurransen. Dette er av klager begrunnet med at det ble gitt en adekvat begrunnelse for H1-verdiene, samt at verdiene ikke er et uttrykk for en negativ utviklingstendens. Til dette har innklagede innvendt at avvisningsspørsmålet ligger innenfor fylkeskommunens innkjøpsfaglige skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig.
- (26) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise leverandører «som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (27) Det aktuelle kvalifikasjonskravet gikk som nevnt ut på at leverandøren og dens sentrale kontraktsmedhjelpere, burde ha en gjennomsnittlig H1-verdi for de siste tre årene, som var lavere enn 15.
- (28) Kvalifikasjonskravet legger til dels opp til en skjønsmessig vurdering av om leverandøren kan dokumentere en tilstrekkelig lav ulykkesfrekvens. Denne skjønnsutøvelsen kan i begrenset grad overprøves rettslig, jf. blant annet LH-2016-48643. Hvordan kravet skal forstås – altså hvilke rettslige rammer som konkurransegrunnlaget

setter for innklagedes skjønnsutøvelse – er imidlertid et spørsmål som klagenemnda kan prøve fullt ut, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/257, avsnitt 26, med videre henvisninger.

- (29) Om det skjønnnet som innklagede utøvde når klager ble avvist fra konkurransen, fremgår det av kjennelsen at:

«Etter rettens vurdering fremstår ikke fylkeskommunens skjønn som utøvd i strid med noen av de kravene til skjønnsutøvelsen som retten kan prøve. Basert på den begrunnelse fylkeskommunen har gitt i avvisningsvedtaket, klageomgangen og ovenfor retten fremstår fylkeskommunens skjønn som saklig og forsvarlig. Skjønnsutøvelsen fremstår ikke som klart urimelig. Det vises til at ulykkesfrekvensen til OBSAS [klager] lå vesentlig over kravet på H1-verdi på 15. OBSAS' redegjørelser knyttet til egen ulykkesfrekvens gir ikke grunnlag for å mene at fylkeskommunens skjønn er uforsvarlig eller grovt urimelig. Retten kan heller ikke se at fylkeskommunes standpunkt er basert på uriktige opplysninger. Skjønnnet fremstår heller ikke utøvd i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet etter anskaffelsesloven § 5.»

- (30) Sekretariatet finner det tilstrekkelig å vise til tingrettens vurdering på dette punkt.
- (31) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å avvise dem fra konkurransen, kan klart ikke føre frem.
- (32) Sekretariatet vil fremheve at samtlige av klagers anførsler har vært grundig behandlet av tingretten i forbindelse med forføyningssaken. Saken står for øvrig i samme stilling som den gjorde i tingretten. Som det fremgår av avsnittene over, kan ikke sekretariatet se at klager har påvist forhold som gir grunn til konstatere at tingrettens vurderinger er beheftet med feil.
- (33) 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.

Peter Aadland
Seniorrådgiver

Caroline Essilfie
Rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Advokatfirmaet Rekve, Pleym & co	Postboks 520	9255 TROMSØ Norge	Bjørn A. Jakobsen jakobsen@advrp.no
Advokatfirmaet Rekve, Pleym & co	Postboks 520	9255 TROMSØ Norge	post@advrp.no
Ottar Bergersen & Sønner AS	Bøveien 1065	8475 STRAUMSJØEN Norge	post@obsas.no
 <i>Kopi til:</i>			
Nordland fylkeskommune	Postboks 1485, Fylkeshuset	8048 BODØ Norge	Eilif Nordahl eilnor@nfk.no