



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om rammeavtale for malerarbeid og gulvlegging. Klagenemnda ga klager medhold i at et kvalifikasjonskrav om «Gjennomføringsevne og kapasitet» var uklart utformet.

Klagenemndas avgjørelse 4. februar 2021 i sak 2020/1006

Klager: Malermester Tom Malmberg AS

Innklaget: Larvik kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Larvik kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. oktober 2020 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for malerarbeid og gulvlegging. Anskaffelsens verdi ble estimert til 3 millioner ekskl. mva. per år. Tilbudsfrist var angitt til 1. desember 2020.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det oppstilt et kvalifikasjonskrav om «Gjennomføringsevne og kapasitet» som lød slik:

«Tilbyder skal ha god gjennomføringsevne og kapasitet. Malermester/gulvlegger med erfaring kan være samme person. Tilbyder skal minimum ha: 1 malermester 5 malere/gulvleggere med fagbrev med minimum 2 gulvleggere med erfaring. DOKUMENTASJONSBEVIS FOR DE STILTE KRAV: Fagbrev/mesterbrev».
- (3) Kommunen mottok så meldinger fra flere interessenter om at kvalifikasjonskravet var strengt, og at kun 1 av 5 interessenter kunne oppfylle kravet. Før utløp av tilbudsfristen ble kvalifikasjonskravet derfor endret til følgende:

«Tilbyder skal ha god gjennomføringsevne og kapasitet. Malermester/gulvlegger med erfaring kan være samme person. Tilbyder skal minimum ha: 1 malermester 3 malere/gulvleggere med fagbrev med minimum 1 gulvlegger med erfaring. DOKUMENTASJONSBEVIS FOR DE STILTE KRAV: Fagbrev/mesterbrev».
- (4) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Møller Håndverk AS og Malermester Tom Malmberg AS (heretter *klager*).
- (5) Ved brev den 8. desember 2020 fikk klager melding om at deres tilbud var avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet «Gjennomføringsevne og kapasitet». Klager hadde tilbudt tre faglærte personer – én malermester og to

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

malere/gulvleggere med fagbrev. I avvisningsbrevet var det opplyst at «*Malermester og en maler/gulvlegger med fagbrev kan ikke være samme person*».

- (6) Ved tildelingsbrev datert 17. desember 2020 ble det informert om at kontrakt var tildelt Møller Håndverk AS (heretter *valgte leverandør*).
- (7) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. desember 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. februar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (9) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et uklart kvalifikasjonskrav. Det fremkommer ikke tydelig om det er minstekrav om 3 eller 4 faglærte personer. Det er ikke naturlig å forstå kravet slik at malermester og en maler/gulvlegger med fagbrev ikke kan være samme person.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (10) Det erkjennes at kvalifikasjonskravet er uheldig utformet, men det fremkommer klart nok hvordan det skal forstås. Det er gjennom kvalifikasjonskravet stilt krav både til erfaring, men også til antall fagbrev. Malermester kan oppfylle erfaringskravet, men kan ikke erstatte en fagarbeider.

Klagenemndas vurdering:

- (11) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for malerarbeid og gulvlegging, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 12 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Kvalifikasjonskrav «Gjennomføringsevne og kapasitet»

- (12) Klager ble avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «*Gjennomføringsevne og kapasitet*», med begrunnelsen at klagers malermester ikke samtidig kunne være en maler/gulvlegger med fagbrev. Klagenemnda er bedt om å ta stilling til om denne forståelsen av kvalifikasjonskravet fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget, jf. det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4.
- (13) Det nærmere innholdet av kvalifikasjonskravet beror på en tolkning av konkurransegrunnlaget. Ved fastsettelsen av innholdet i kravet skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå det. Dette medfører at ordlyden i kvalifikasjonskravet, dokumentasjonskravet og hva anskaffelsen gjelder, vil stå sentralt.
- (14) Det aktuelle kvalifikasjonskravet lød som følger:

«Tilbyder skal minimum ha: 1 malermester 3 malere/gulvleggere med fagbrev med minimum 1 gulvlegger med erfaring».

- (15) Det var presisert at *«Malermester/gulvlegger med erfaring kan være samme person»*.
- (16) Innklagede har forklart at det gjennom kvalifikasjonskravet var stilt krav til antall fagbrev, men også antall fagpersoner med erfaring, herunder gulvlegging. Slik innklagede mener kravet skal forstås, er det kun erfaringskravet som kan oppfylles ved at malermester har denne kompetansen. Det må likevel tilbys totalt 4 personer med fagbrev eller mesterbrev for at kvalifikasjonskravet skal anses oppfylt.
- (17) Slik klagenemnda leser kvalifikasjonskravet, er det ikke tydelig skilt mellom erfaringskrav og krav til antall fagbrev. Formuleringen *«3 malere/gulvleggere med fagbrev med minimum 1 gulvlegger med erfaring»*, kan etter nemndas oppfatning forstås slik at det må tilbys minimum tre malere/gulvleggere med fagbrev, hvorav minst én har erfaring med gulvlegging. Lest i sammenheng med presiseringen om at malermester og gulvlegger med erfaring kan være samme person, kan kravet da leses slik at det kan oppfylles med til sammen tre personer; én malermester med fagbrev (mesterbrev) og erfaring, og to malere/gulvleggere med fagbrev. For en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør har det etter klagenemndas syn ikke fremstått tilstrekkelig klart at det ble stilt krav om fire faglærte.
- (18) Det følger av forskriften § 8-4 (3) at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget. I dette tilfellet har uklarheten fått betydning for om klager var kvalifisert for deltakelse i konkurransen.
- (19) Det er flere eksempler fra praksis på at reell tvil om tolkningen av et krav som kan lede til avvisningsplikt, kommer leverandøren som risikerer avvisning til gode, se blant annet lagmannsrettens avgjørelser i sakene LB-2020-122884 og LA-2014-128145 og klagenemndas avgjørelser i sakene 2018/258, avsnitt 36 og 2019/597, avsnitt 27 med videre henvisninger. I vår sak er det tilstrekkelig å konstatere at innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4 ved å utforme et ulovlig uklart kvalifikasjonskrav.
- (20) Utformingen av kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene er avgjørende for potensielle leverandørers interesse for og valg om å delta i konkurransen. I denne saken kan også det uklare kravet ha hatt betydning for utfallet av konkurransen for klagers vedkommende. Bruddet gir derfor grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemnds forskriften § 13.

Konklusjon:

Larvik kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å utforme et ulovlig uklart kvalifikasjonskrav.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk