



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avvisning av leverandør. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav.

*Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drifts- og vedlikeholdsarbeider på riks- og fylkesveger. Klager begjærte midlertidig forføyning som ble tatt til følge av byfogdembetet, men som etter anke fra innklagede ikke ble tatt til følge av lagmannsretten. Klagenemnda kom til at saken, som følge av den forutgående domstolsbehandlingen i to instanser, skulle avvises som uhensiktsmessig for behandling.*

### **Klagenemndas avgjørelse 21. september 2021 i sak 2021/148**

**Klager:** Otera Traftec AS

**Innklaget:** Statens vegvesen og Vestfold og Telemark fylkeskommune

**Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

#### **Bakgrunn:**

(1) Statens vegvesen kunngjorde 21. januar 2020, på vegne av seg selv og Vestfold og Telemark fylkeskommune (heretter omtales disse i fellesskap som *innklagede*), en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drifts- og vedlikeholdsarbeider på både riks- og fylkesveger. Anskaffelsens verdi fremgikk ikke av konkurransedokumentene. Tilbudsfrist var 27. februar 2020.

(2) Kontrakten ville vare i tre år, med opsjon på forlengelse i ett år.

(3) Det var stilt krav til leverandørens kvalifikasjoner, hvorav ett av disse knyttet seg til gjennomføringsevnen. Kvalifikasjonskravet var formulert slik:

*«1. Det kreves at kontrakten er tilstrekkelig bemannet og at leverandøren har kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold i kontrakten.*

*2. Det kreves teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring hos nøkkelpersoner som disponeres for oppdraget.»*

(4) Det tilhørende dokumentasjonskravet var angitt slik:

*«1. En beskrivelse av leverandørens gjennomsnittlige årlige arbeidsstyrke og antallet medarbeidere i ledelsen i løpet av de siste tre årene.*

*2. En beskrivelse av bemanningen som leverandøren råder over til å utføre kontrakten.*

*3. Organisasjonsplan og beskrivelse av organisasjon for kontrakten.*

4. CV og stillingsbeskrivelser for nøkkelpersonell, jf. kapittel C, herunder følgende ressurser:

- Prosjektleder

- Anleggsleder

- Kvalitetsstyringsansvarlig

- HMS-ansvarlig

- Prosjekteringsleder

- FDV/dokumentasjonsansvarlig

- Automasjon/SRO ansvarlig

- EKOM-installatør

- Faglig ansvarlig elektro

- Fagbrev elektro

- Sertifisert i henhold til NEK405-1 og NEK405-3.»

- (5) I kravspesifikasjonens punkt 18.6, var det stilt krav vedrørende internkontroll av elektriske anlegg, som skulle bli utført av personer med sertifisering i henhold til NEK405-3:2014. Kontrollen skulle utføres to ganger i kontraktperioden. Den første skulle utføres innen tolv måneder fra oppstart av kontrakten, mens den andre skulle være ferdig senest tolv til tre måneder før kontraktsavslutning.
- (6) Tildeling ville skje på bakgrunn av lavest pris.
- (7) I henhold til kontraktens punkt 8.3.1 («Plan for, gjennomføring av og krav til inspeksjoner og kontroll») skulle det utføres internkontroll av alle elektriske anlegg i kontrakten, jf. angivelsen i kravspesifikasjonen. Dokumentasjon av inspeksjon og kontroller av det elektroniske anlegget skulle også utføres i henhold til kravspesifikasjonen, jf. kontraktens punkt 8.4.7.
- (8) Det kom inn seks tilbud innen fristen, herunder fra Mesta AS og Otera Traftec AS (heretter *klager*). I Mesta AS sitt tilbud, under beskrivelsen av det tilbudte personellet, var følgende presisert:

*«Sertifisering av personell i henhold til NEK405-3 vil bli gjennomført i god tid før oppstart av kontrakt.*

*Ved behov vil det tilføres mer ressurser i kontraktområdet. Her kan man benyttes innleie både internt i Mesta og eksternt hos lokale firmaer.*

*I perioder med stort arbeidsomfang eller uforutsette hendinger / forhold har Mesta Elektro mulighet til å bruke personell fra andre Mesta- lokasjoner og avdelinger.*

*Mesta Elektro har også egen prosjektavdeling som håndterer store prosjekter, og som kan nyttes ved behov.»*

- (9) Leverandørene ble 20. april 2020 orientert om at Mesta AS (heretter *valgte leverandør*) var tildelt kontrakten. Klager leverte det nest laveste pristilbudet.
- (10) Klager begjærte 15. mai 2020 midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelsen. I kjennelse av 1. juli 2020 konkluderte Oslo byfogdembete med at vilkårene for midlertidig forføyning var oppfylt, med henvisning til at *valgte leverandør* ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om gjennomføringsevne på tilbudstidspunktet. Innklagede anket avgjørelsen, og den ble tatt til følge av Borgarting lagmannsrett i kjennelse av 28. oktober 2020.
- (11) Kontrakt ble inngått med *valgte leverandør* 3. november 2020.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. februar 2021.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. september 2021.

#### **Anførsler:**

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

- (14) *Valgte leverandør* skulle vært avvist fra konkurransen. Kvalifikasjonskravet knyttet til gjennomføringsevnen stiller et ubetinget krav om at leverandørene må tilby nøkkelpersonell som er sertifisert i henhold til NEK 405-3:2014. Dokumentasjon for dette måtte leveres før tilbudsfristens utløp. Kravet om sertifisering av personell innebærer også at foretaket, som personellet er tilknyttet, må være sertifisert innen tilbudsfristen.

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

- (15) Saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Det vises til at lagmannsretten allerede har vurdert spørsmålet om avvisningsplikt.
- (16) Kvalifikasjonskravet knyttet til gjennomføringsevnen stiller ikke et absolutt krav om at leverandørens nøkkelpersonell hadde sertifisering i henhold til NEK 405-3:2014. Det forelå derfor ingen plikt til å avvise leverandøren.
- (17) På bakgrunn av *valgte leverandørs* beskrivelse i tilbudet, ble det uansett lagt til grunn at personellet ville bli sertifisert før oppstart av kontrakt. Under enhver omstendighet åpnet kvalifikasjonskravet for slik oppfyllelse før kontraktsoppstart.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder drifts- og vedlikeholdsarbeider på riks- og fylkesveger, som er tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var i henhold til anskaffelsesprotokollen anslått til 164 686 000 kroner, eksklusiv en eventuell opsjon. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (19) Under henvisning til at dette spørsmålet var gjenstand for behandling i både Oslo byfogdembete og Borgarting lagmannsrett, i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning, har innklagede fremholdt at klagen bør avvises som uhensiktsmessig for behandling etter klagenemndsforordningen § 9.
- (20) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 tredje ledd at dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved «dom» i første instans, kan ikke klagen tas til behandling. Den omstendighet at spørsmålet tidligere har vært behandlet som ledd i en forføyningssak, er imidlertid ikke i seg selv til hinder for at klagenemnda kan behandle saken. En slik forutgående domstolsbehandling kan imidlertid tilsi at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 9.
- (21) Klagenemnda har kommet til at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda. Avgjørende er at nemnda er bedt om å ta stilling til akkurat de samme anførselene, basert på de samme faktiske forholdene som allerede har vært til behandling i byfogdembetet og lagmannsretten. Klager har ikke fremført nye anførsler eller gitt nye faktiske opplysninger overfor nemnda, og har ellers ikke påpekt konkrete feil ved lagmannsrettens kjennelse. Leverandørens behov for tvisteløsning er følgelig ivaretatt gjennom domstolens behandling slik at en behandling i nemnda vil bære preg av rettslig omkamp. Det tilføyes at klagenemnda, i første rekke, skal være et rettslig lavterskeltilbud, og tjene som et alternativ til ordinær domstolsbehandling. Uten at det har vært et avgjørende moment, legger nemnda til at lagmannsrettens vurdering i saken om midlertidig forføyning fremstår som riktig.

***Konklusjon:***

Klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

*Dokumentet er godkjent elektronisk*