



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Begrunnelse for avvisning.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om en modifisert totalentreprisekontrakt for rehabilitering, riving og nybygging ved Tastaveden skole. Klager anførte at innklagede hadde brutt forskriften § 24-2 første ledd bokstav a), ved å avvise klager fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet som gjaldt tekniske og faglige kvalifikasjoner. Klagers anførsel førte ikke frem. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt forskriften § 24-10 ved å gi en mangelfull begrunnelse for avvisningen, førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 23. juni 2021 i sak 2021/814

Klager: Total Betong AS

Innklaget: Stavanger kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. januar 2021 en åpen anbudskonkurranse om en modifisert totalentreprisekontrakt for rehabilitering, riving og nybygging ved Tastaveden skole. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 146 millioner kroner. Tilbudsfrist ble satt til 22. mars 2021.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1 («*Kort om anskaffelsen*»), var det opplyst at Tastaveden skole består av fire hovedbygninger. Om kontrakten var det nærmere beskrevet at to eksisterende bygningsfløyer skulle rehabiliteres, ett bygg (gym-bygget) skulle rives uten å erstattes, mens eksisterende midtbygg og lager A115 skulle rives og bygges nytt. Rehabiliteringen omfattet også uteområder. Utarbeidet forprosjekt lå til grunn for entreprisen.
- (3) Det var videre opplyst at «[...] *Bygningene er fra begynnelsen av 60-tallet. Bærekonstruksjon er i hovedsak støpte dekker/bjelker og betong-/stålsøyler. Bærende inner- og yttervegger er hovedsakelig i betong. Øvrige yttervegger er platekledd eller med tegl. Gulv på grunn er stedstøpt. Bygget ferdig renovert utgjør 6043 m² BTA (inkl. tilfluktsrom som det ikke skal gjøres noe med).*

Kun bygning kalt midtbygget, som er en ny bygning, skal BREEAM-sertifiseres i klassen «very good», og vedlagt BIM-manual beskriver hvordan bygningsinformasjonsmodellering (BIM) gjennomføres i prosjektet.

Midlertidige skolelokaler inngår ikke i kontraksarbeidet.

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

Det tas forbehold om godkjent rammesøknad frem til kontraktsinngåelse.»

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 («Om ESPD og kvalifisering av leverandørene») var det opplyst at leverandørene måtte fylle ut egenerklæring i Merccell-portalen om at man oppfyller samtlige kvalifikasjonskrav, samt at det ikke foreligger grunner til avvisning. Det fremgikk også at leverandørene ikke skulle legge ved dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav i tilbudet.
- (5) Kvalifikasjonskravene fremgikk av ESPD-skjemaet. Under «C: Tekniske og faglige kvalifikasjoner», var ett av kravene formulert slik:

«Krav: Det kreves at leverandøren har relevant erfaring som Totalentreprenør med tre (3) prosjekter med budsjett på minimum 50 000 000 i løpet av de 10 siste år. For å oppfylle erfaringskravet må det dokumenteres erfaring som totalentreprenør for bygg av tilsvarende kompleksitet, som eksempelvis skoler, barnehager, idrettsbygg. Det kreves dokumentert meget god gjennomføringsevne. Kvalifikasjonskravet relaterer seg til tilbyderforetaket som sådan, ikke til enkeltpersoners erfaring.»
- (6) Kravet skulle dokumenteres oppfylt ved å fremlegge en liste over de tre viktigste relevante oppdragene de siste 10 år, som minimum skulle inneholde: Kort beskrivelse av prosjektet, sted, areal, tidspunkt for utførelse, kontraktsverdi, navn på oppdragsgiver med kontaktperson og kontaktopplysninger.
- (7) Pris var eneste tildelingskriterium. Tilbudet med lavest pris ville få 10 poeng før vekting. Poeng til øvrige tilbud ville gis ut fra avstand til laveste pris.
- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fra åtte leverandører, herunder fra SR Entreprenør AS og Total Betong AS (heretter *klager*).
- (9) Som referanseprosjekter til kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner oppga klager følgende tre prosjekter: «*Oppdrettsanlegg på land, totalentreprise*», med en verdi på 270 millioner kroner, «*Bussanlegg for Kolumbus på Raglamyr, totalentreprise hvorav 55 MNOK er tekniske fag*», med en verdi på 120 millioner kroner og «*Bilanlegg for Jaguar Landrover, Bilpaviljongen Hellestø. Totalentreprise*», med en verdi på 50 millioner kroner. Klager beskrev prosjektene på én side hver, med informasjon om blant annet type prosjekt og konstruksjon.
- (10) I innklagedes brev datert 26. mars 2021 ble klager avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det fremgikk at innklagede ikke kunne se at klagers referanseprosjekter tilfredstilte kravene når det gjelder tilsvarende kompleksitet. Det fremgikk også at det i denne konkurransen ikke var åpnet for alternativ dokumentasjon, og videre at klager kunne «*[...] ta kontakt med Oppdragsgivers kontaktperson ved behov for ytterligere informasjon vedrørende avvisningen, så vil Oppdragsgiver gi tilbakemelding så snart som mulig.*»
- (11) Klager påklaget avvisningen i brev datert 30. mars 2021. Avvisningen ble opprettholdt av innklagede i brev 8. april 2021. I innklagedes svarbrev fremgikk det blant annet at klager isolert sett oppfylte kravet om å ha erfaring som totalentreprenør med tre prosjekter med budsjett på minimum 50 millioner kroner i løpet av de 10 siste år, men at

referanseprosjektene ikke var for bygg av tilsvarende kompleksitet som eksempelvis skoler, barnehager og idrettsbygg.

- (12) Som nærmere begrunnelse for dette ble det blant annet oppgitt at:

«[...] Et idrettsbygg er et komplisert bygg, i motsetning til eksempelvis fotballhall eller ballbinge. Et idrettsbygg skal inkludere mange ulike idretter, noe som krever god planlegging, teknisk og faglig innsikt og byggfaglig kompetanse. Idrettsbygget skal nettopp favne mange ulike bruksområder, og inkludere ulike aktiviteter, utstyr og krav – gjerne utført samtidig. I ett idrettsbygg skal flere idretter kunne utføres på samme bane og hall. Bygget må planlegges og utføres på dette grunnlag, og hensynta både ulike krav til blant annet høyder, gulvbelastning, merking og plassering av utsyr, mål og lettvegger. God kjennskap og erfaring til TEK 17 innen denne byggtipe, er nødvendig. Dette for å sikre at lovkravene oppfylles.

Skolebygg, barnehage og idrettshall er ikke samme byggtipe som presentert i referanseprosjektene fra Total Betong AS.

Det faktum at oppdragsgiver her etterspør idrettsbygg, viser i motsetning til hva som hevdes i klagen, hvor høyt listen legges.

Generelt stilles det høye krav i forbindelse med planlegging og oppføring av skolebygg, som Tastaveden ungdomsskole. Det er mange ulike hensyn som må vurderes, samt ulike krav og bruksområder som skal tilpasses hverandre i et skolebygg. Eksempelvis med flere typer klasserom, arbeidssoner og ulike spesialfagsrom. Det er krevende å planlegge og oppføre denne type bygg, med mye spesialkompetanse innen tekniske spesifikasjoner, krav til universell utforming, lyd, lys og andre spesielle hensyn som følger av TEK 17.

[...]

De oppgitte prosjekt er ikke vurdert til å være av tilsvarende kompleksitet. Prosjektene knytter seg til oppføring av i hovedsak mindre kontorlokaler, garderobeanlegg, parkeringsanlegg og utstillingshaller. Dette er bygg som ikke er like komplekse som etterspurt i denne konkurransen. Arbeidet ved Tastaveden ungdomsskole omfatter til sammenlikning rivning, rehabilitering og nybygg av skolebygg.

Skolebygg er som sagt av en helt annen kompleksitet, karakter og bruk, enn de referanser som klager har vedlagt. Kravene som stilles til et skolebygg (barnehage eller idrettsbygg) skiller seg vesentlig fra kravene som stilles til for eksemplet parkeringsanlegg eller garderobe.

Flere av de oppgitte referanseoppdragene har ikke samme bruksfunksjon som skole, barnehage og idrettsbygg. Tastaveden ungdomsskole et sted for mange mennesker, over lengre tid. Kravene til de ulike byggingene etter TEK 17 er dermed klart forskjellige. Både tekniske-, funksjonelle og byggetekniske krav, bruksområdet og varighet av opphold vil være ulike for disse byggene. Dette er momenter i vurderingen av hvorvidt referanseprosjektene er av tilsvarende kompleksitet, som etterspurt i kvalifikasjonskravet. [...]»

- (13) Klager fremla 9. april 2021 en oversikt for innklagede der klager sammenlignet referanseprosjektene sine med de arbeider som skulle utføres ved Tastadveden skole. Det ble også fremlagt uttalelser fra Norconsult AS og Sweco Norge AS der det blant annet

fremgikk at kompleksiteten av klagers referanseprosjekter var fullt på høyde med f. eks. skole, barnehager eller idrettsbygg. Innklagede meddelte til klager 13. april 2021 at dette ikke endret ikke innklagedes oppfatning om at klagers referanseprosjekter ikke oppfylte kravet om å være av tilsvarende kompleksitet. Det ble også opplyst at innklagede hadde foretatt en ekstern vurdering av klagers tabell og referanseprosjekter.

- (14) I tildelingsbrev datert 14. april 2021 ble det opplyst at kontrakt ville tildeles SR Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*).
- (15) Klager begjærte innsyn i de øvrige tilbudene og den eksterne vurderingen som innklagede hadde foretatt. Klager fikk 20. april 2021 innsyn i sladdet versjon av de øvrige tilbudene, mens den eksterne vurderingen ble unntatt som interne arbeidsnotater.
- (16) Klager påklaget tildelingen og avvisningen på ny 26. april 2021. Klagen ble avvist av innklagede 3. mai 2021.
- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. mai 2021. Klager har begjært fremleggelse av dokumenter som gjelder den eksterne vurderingen av klagers kvalifikasjoner, som hevdes å utgjøre bevis i saken, jf. klagenemndsforordningen § 11. Klagenemnda har ikke funnet det nødvendig å pålegge innklagede fremleggelse av de nevnte dokumentene for å ta stilling til klagers anførsler.
- (18) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. juni 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har brutt forskriften § 24-2 første ledd bokstav a), ved å avvise klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet som gjaldt «*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*». Klager er uenig i at de oppgitte referanseprosjektene ikke oppfyller kravet til tilsvarende kompleksitet som eksempelvis skoler, barnehager eller idrettsbygg. Innklagede har lagt til grunn feil rettslig ramme for skjønnsutøvelsen. Vurderingen skal være hvorvidt byggene er av tilsvarende kompleksitet som skolebygg, barnehager eller idrettsbygg, ikke hvorvidt byggene er av tilsvarende karakter. Innklagede har feilaktig lagt avgjørende vekt på byggtypen, i stedet for om referanseprosjektene er av tilsvarende kompleksitet. Det er ingenting ved prosjektet Tastaveden ungdomsskole som er vanskeligere eller mer komplekst enn det klagers referanseprosjekter samlet sett er.
- (21) Kravet må også leses i sammenheng med hvilke krav som stilles til nøkkelpersonellets kompetanse, noe som tilsier at terskelen for tilsvarende kompleksitet ikke kan settes høyt. Innklagede har heller ikke pekt på hva det er som gjør at klagers referanseprosjekter ikke har den nødvendige kompleksitet. Innklagede fremhever også at erfaring med TEK17 (Byggteknisk forskrift) er spesielt viktig, til tross for innklagede har bedt om referanseoppdrag som er gjennomført flere år før TEK17 ble vedtatt, noe som tilsier at innklagedes praktisering av kvalifikasjonskravene ikke er foretatt i tråd med beskrivelsen i konkurransegrunnlaget.

- (22) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt forskriften § 24-10 tredje ledd ved ikke å gi en tilfredsstillende begrunnelse for avvisning av klager.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Det bestrides at innklagede har brutt forskriften § 24-2 første ledd bokstav a), ved å avvise klager fra konkurransen. Klagers referanseprosjekter er ikke av tilsvarende kompleksitet, som eksempelvis skoler, barnehager, idrettsbygg. I vurderingen av om leverandørene har erfaring fra prosjekt av tilsvarende kompleksitet må det ses hen til den kompleksitet prosjektet Tastaveden ungdomsskole innehar. Klagers referanseprosjekter er etter en faglig konkret helhetsvurdering av oppdragsgiver, ikke vurdert til å oppfylle dette kravet.
- (24) Skole, barnehage og idrettsbygg er fremhevet som eksempler, og er relevante, med nær tilknytning til hva konkurransen gjelder. Byggene setter standarden for kompleksiteten, men også andre bygg kan være aktuelle. Eksempelene som er fremhevet er offentlige bygg, med en utfordrende brukergruppe som må tåle tøft bruk, brukergrupper med ulike behov og stiller strenge krav til sikkerhet, effektivitet og flerbruk.
- (25) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket som følge av en mangelfull begrunnelse for avvisning av klager.
- (26) For det tilfellet at innklagede uriktig har avvist klager fra konkurransen, har klager uansett ikke det laveste tilbudet ettersom det inneholder flere forbehold.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabilitering, riving og nytt midtbygg ved Tastaveden skole, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 146 millioner kroner. 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.

Avvisning av klager

- (28) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt forskriften § 24-2 første ledd bokstav a) ved å avvise klager fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet som gjaldt tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (29) Det følger av § 24-2 første ledd bokstav a) at oppdragsgiveren «skal» avvise en leverandør «som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (30) For å oppfylle det aktuelle kvalifikasjonskravet måtte leverandørene ha relevant erfaring som totalentreprenør med tre prosjekter med budsjett på minimum 50 millioner kroner i løpet av de 10 siste år. For å oppfylle erfaringskravet måtte det dokumenteres erfaring som totalentreprenør «for bygg av tilsvarende kompleksitet, som eksempelvis skoler, barnehager, idrettsbygg.»
- (31) Det er enighet om at klagers tre referanseprosjekter hadde budsjett på minimum 50 millioner kroner og er utført i løpet av de siste ti år. Klager ble imidlertid avvist som følge av at selskapet ikke hadde erfaring fra «bygg av tilsvarende kompleksitet, som eksempelvis skoler, barnehager, idrettsbygg».

- (32) Vurderingen av om leverandørene har erfaring fra bygg av *«tilsvarende kompleksitet»* er en skjønsmessig vurdering som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Det som kan prøves, er om vurderingen er basert på de forholdene som kvalifikasjonskravet gir anvisning på, det vil si om innklagedes skjønnsutøvelse er utøvd innenfor de rammene som konkurransegrunnlaget trekker opp. Ved fastsettelsen av innholdet i kravet skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå det. Dette medfører at ordlyden i kvalifikasjonskravet, dokumentasjonskravet og hva anskaffelsen gjelder, vil stå sentralt.
- (33) Kontrakten gjelder rehabilitering, riving og nytt midtbygg ved Tastaveden skole. Det var opplyst at to eksisterende bygningsfløyer skal rehabiliteres, gym-bygget skal rives, mens eksisterende midtbygg og lager A115 skal rives og bygges nytt. Rehabiliteringen omfatter også uteområder.
- (34) For å oppfylle erfaringskravet måtte leverandørene dokumentere erfaring som totalentreprenør *«for bygg av tilsvarende kompleksitet, som eksempelvis skoler, barnehager, idrettsbygg.»*
- (35) Etter klagenemndas syn utelukker ikke dette at også andre prosjekter enn skoler, barnehager eller idrettshaller kunne føre til oppfyllelse av erfaringskravet. I lys av hva kontrakten gjelder og det tilhørende dokumentasjonskravet, må kravet forstås slik at dersom erfaringen gjelder andre bygg enn skoler, barnehager og idrettsbygg, må prosjektene ha flere fellestrekk med slike bygg for å være relevante.
- (36) Klagers referanseprosjekter gjaldt oppføring av bussdepot, administrasjons- og salgslokaler for bil og et oppdrettsanlegg på land.
- (37) Innklagede vurderte det slik at disse prosjektene ikke tilfredstilte de krav som stilles til skoler, barnehager eller idrettshaller, som er offentlige bygg, som må tåle tøft bruk av store brukergrupper med ulike behov, og har strenge krav til sikkerhet, effektivitet og flerbruk. Det er vist til at klagers referanseprosjekter er av en annen karakter og har andre typer utfordringer, og dermed også en annen kompleksitet, enn skolebygget anskaffelsen gjelder. Innklagede så det slik at selv om klagers referanseprosjekter inneholdt relevante elementer, som for eksempel WC, dusj, kopirom, møterom og ivaretagelse av universell utforming, hadde prosjektene likevel ikke tilsvarende kompleksitet som arbeidet anskaffelsen gjelder. Oppføring av bilpaviljong, fiskeoppdrett på land og bussoppstillingsanlegg ble ikke ansett relevant nok til at erfaringskravet var oppfylt.
- (38) I vurderingen av om et bygg er av tilsvarende kompleksitet er det etter nemndas syn også naturlig å se hen til hva slags type bygg referanseprosjektene gjelder, herunder byggets karakter. Et bussdepot, administrasjons- og salgslokaler for bil og et landbasert oppdrettsanlegg har andre egenskaper, og fyller andre behov enn en skole.
- (39) Klagers anførsel om at innklagede har lagt til grunn feil rettslig ramme for vurderingen, kan derfor ikke føre frem.
- (40) Selv om det skulle være slik klager har vist til, at klagers referanseprosjekter er mer komplekse enn arbeidet som skal utføres på Tastadveden skole, vil ikke det nødvendigvis innebære at prosjektene er relevante, og lede til oppfyllelse av erfaringskravet. Etterfølgende uttalelser fra konsulentselskaper, som klager har innhentet, om at klagers

referanseprosjekter er av tilsvarende kompleksitet som f. eks. skoler barnehager eller idrettsbygg, endrer ikke dette.

- (41) Når det gjelder klagers innvending om at kravene som ble stilt til nøkkelpersonellet tilsier en lav terskel for oppfyllelse av erfaringskravet, viser klagenemnda til at det var opplyst at erfaringskravet relaterer seg til tilbyderforetaket som sådan, ikke til enkeltpersoners erfaring. Nøkkelpersonellets kompetanse skulle vurderes under et annet kvalifikasjonskrav.
- (42) Innklagedes henvisninger til TEK17 i forbindelse med klagen på avvisningsbeslutningen, er etter nemndas forståelse gjort for å fremheve at det stilles forskjellige krav til forskjellige typer bygg.
- (43) Klagers anførsler gir etter dette ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har gått utenfor rammene av det innkjøpsfaglige skjønnet ved beslutningen om ikke å anse klager som kvalifisert. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Begrunnelse for avvisning

- (44) Klager anfører at avvisningsbeslutningen ikke oppfylte kravet til begrunnelse.
- (45) Det følger av forskriften § 24-10 (3) at oppdragsgiveren snarest mulig skal gi leverandøren en skriftlig meddelelse om avvisningen. Meddelelsen skal inneholde en «kort begrunnelse».
- (46) I avvisningsbrevet datert 26. mars 2021 ble det vist til hjemmel for avvisning, det aktuelle kvalifikasjonskravet og årsak til at innklagede vurderte det slik at klager ikke oppfylte kravet, nemlig at klagers referanseprosjekter ikke tilfredstilte kravene når det gjaldt tilsvarende kompleksitet.
- (47) Slik klagenemnda ser det fikk klager med dette en kort begrunnelse som gjør leverandøren i stand til å etterprøve grunnlaget for avvisningen. Begrunnelsen for avvisningen ble for øvrig utdypet av innklagede i senere skriv til klager 8. april 2021, 13. april 2021 og 3. mai 2021. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Stavanger kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk