



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Mottaker
Advokatfirmaet Alver AS
Postboks 10
2601 LILLEHAMMER
Norge
Fredrik Alver

Deres ref.: Vår ref.: 2021/1299-14 Saksbehandler: Tor Martin Joramo Sikkeland Dato: 29.12.2021

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Sakens bakgrunn

Team 1435 AS (heretter *klager*) innga 31. august 2021 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser vedr. offentlig anskaffelse av inngåelse av avtale for overbygningsarbeider på Rørosbanen, strekningen Elverum – Koppang. Oppdragsgiver var Bane Nor SF (heretter *innklagede*). Anskaffelsen ble gjennomført etter forsyningsforskriften del I.

Klager ble avvist fra konkurransen 22. april 2021 med den begrunnelse at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet i konkurransen vedr. leverandørens erfaring og kompetanse.

Klagenemndssekretariatet avviste klagen 30. november 2021 med den begrunnelse at klagen var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, siden klagen, etter sekretariatets oppfatning, klart ikke kunne føre frem, jf. § 9 i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (heretter *klagenemndsforordningen*). Sekretariatet begrunnet avvisningen med at det ikke var grunnlag for å konstatere at innklagede ved vurderingen av klagers kvalifikasjoner, hadde gått utenfor de rammene som fulgte av kvalifikasjonskravet i konkurransen.

Klager har i rett tid påklaget avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen. Klagen er ikke nærmere begrunnet.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndsleder har gått gjennom sakens dokumenter og vurdert klagers anførsler og har kommet til samme resultat som klagenemndssekretariatet.

Det er på det rene at oppdragsgivere også i konkurranser etter forsyningsforskriften, kun kan inngå kontrakt med leverandører som tilfredsstiller de kvalifikasjonskrav som er satt i konkurransen, jf. avsnitt 15 i avvisningsvedtaket.

Postadresse:
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Når det gjelder den konkrete vurderingen av om tilbyderne i den enkelte konkurranse fyller de kvalifikasjonskrav som er satt, har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, jf. blant annet sak 2013/36 avsnitt 39 med videre henvisninger. Klagenemndas kompetanse er derfor begrenset til å prøve det faktum innklagede har lagt til grunn er riktig og om innklagedes tolkning av kvalifikasjonskravet er riktig. I tillegg kan nemnda prøve om skjønnsutøvelsen er vilkårlig, usaklig eller kvalifisert urimelig.

I konkurransegrunnlaget i denne saken var det et kvalifikasjonskrav om «*tilstrekkelig erfaring og kompetanse fra tilsvarende eller relevant art, kompleksitet og omfang/størrelse*». Det ligger da etter innenfor en objektiv tolkning av dette kravet å legge vekt på om tilbyderen har erfaring fra tilsvarende arbeid som hovedentreprenør eller underentreprenør. Det er for øvrig heller ikke noe annet som tilsier at innklagede har tolket kvalifikasjonskravet uriktig.

Når det gjelder den nærmere vurderingen av om klagers erfaring er «*tilstrekkelig*» og «*relevant*» med sikte på «*kompleksitet og omfang/størrelse*», viser nemndsleder til at de ord som er brukt i konkurransegrunnlaget, er skjønsmessige begreper uten klare avgrensninger. Det innebærer at det beror på konkrete vurderinger om kvalifikasjonskravet er oppfylt eller ikke. Det er i den sammenheng saklig og relevant å ta hensyn til om en tilbyder har erfaring med å ha vært den direkte ansvarlige i kontraktsforhold av lignende art eller ikke, jf. opplysningen i konkurransegrunnlaget om at entreprenørens arbeider og fremdrift skulle koordineres både med innklagedes egne arbeider og andre entrepriser i den perioden entreprisen skulle utføres.

Nemndsleder kan etter dette ikke se at innklagedes skjønsmessige vurdering av at klager ikke tilfredsstiller kvalifikasjonskravet er vilkårlig, usaklig eller uforsvarlig.

Nemndsleder er også enig med sekretariatet i at selv om en oppdragsgiver har brukt tilsvarende kvalifikasjonskrav i andre lignende konkurranser, så er man ikke forpliktet til å legge samme terskel til grunn i alle konkurranser. Det vises her også til LB-2017-156250.

Det følger av ovennevnte at innklagede ikke har lagt til grunn noen uriktig tolkning av kvalifikasjonskravet, og at den skjønsmessige konkrete vurderingen av klagers erfaring ligger innenfor den skjønnsfriheten innklagede har hatt i anskaffelsen. Ingen del av klagen kan etter dette føre frem, og det er da heller ikke noe behov for at klagenemnda vurderer saken nærmere.

Klagen over avvisningsvedtaket tas etter dette ikke til følge, jf. klagenemndsforordningen § 9 første ledd.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Dette vedtak sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Sverre Nyhus
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker
Advokatfirmaet Alver AS

Postadresse
Postboks 10

Poststed
2601
LILLEHAMMER
Norge

Kontakt/e-post
Fredrik Alver
fa@alver.as

Kopi til:
Bane NOR SF

Postboks 4350

2308 HAMAR
Norge

Trine Elstad
trine.elstad@banenor.no



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Advokatfirmaet Alver AS
Postboks 10
2601 LILLEHAMMER
Norge
Fredrik Alver

Deres ref.: Vår ref.: 2021/1299-10 Saksbehandler: Tor Martin Joramo Sikkeland Dato: 30.11.2021

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 31. august 2021 på offentlig anskaffelse av overbygningsarbeider på Rørosbanen. 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) Bane Nor SF (heretter *innklagede*) publiserte 10. mars 2021 en frivillig kunngjøring av en konkurranse etter forsyningsforskriften del I for inngåelse av avtale for overbygningsarbeider på Rørosbanen, strekningen Elverum- Koppang. Tilbudsfrist var 8. april 2021.
- (2) Om prosjektet var det i kunngjøringen opplyst at «*[e]ntreprisen består av overbygningsarbeider på Rørosbanen og omfatter bytte av sviller. I tillegg inngår signal- og lavspenstarbeider i forbindelse med demontering og reetablering av berørte installasjoner i sporet*».
- (3) Det var i konkurransegrunnlaget del A3 punkt 1.3 oppgitt kontraktsinngåelse i april 2021 med forutsatt produksjonsoppstart mai 2021 og sluttfrist i september 2021. Utførelsesdato skulle tilpasses planlagt togfri periode (48 timer) 5. til 7. juni 2021. Utførelsestidspunktet måtte tilpasses slik at hovedaktiviteten med svillebytte ble gjennomført og ferdigstilt rett i forkant av Bane NORs planlagte maskinelle sporpakking.
- (4) Det fremgikk videre av punkt 1.7 at byggherren skulle utføre øvrige arbeider og entrepriser som til dels skulle foregå i samme tidsperiode. Entreprenørens arbeider og fremdrift skulle koordineres med disse arbeidene og det måtte påregnes at det kom andre entrepriser og arbeider innenfor anleggsområdet.

- (5) Som kvalifikasjonskrav var det blant annet oppstilt:

«Tilbyder (evt. med støtte fra andre virksomheter) skal ha tilstrekkelig erfaring og kompetanse fra oppdrag av tilsvarende eller relevant art, kompleksitet/vanskelighetsgrad og omfang/størrelse. Leverandøren skal vise til erfaring for tidligere oppdrag som er relevant for arbeidet i kontrakten»

- (6) Som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet skulle leverandørene legge ved «[f]n liste over de viktigste leveranser de siste 3 år». Det skulle opplyses om:

- *«verdi*
- *tidspunkt*
- *navnet på den offentlige eller private mottaker*
- *beskrivelse av leverandørens rolle og ansvar*
- *beskrivelse av kontraktens relevans for denne anskaffelsen»*

- (7) Innklagede forbeholdt seg en rett til å legge vekt på egne erfaringer og til å kontakte oppgitte leveransemottakere.

- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fem leverandører, herunder fra Baneservice AS og Team 1435 AS (heretter *klager*).

- (9) I klagers tilbud var det lagt ved en liste over syv referanseprosjekter fra perioden 2018 til 2021. Felles for referanseprosjektene var at klager var underleverandør.

- (10) Klager ble 22. april 2021 avvist fra konkurransen på grunnlag av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om leverandørens erfaring og kompetanse. Som begrunnelse var det blant annet opplyst at:

«Dokumentasjonen viser at Team 1435 AS ikke har vært hovedentreprenør for de oppgitte referanseoppdragene, men at foretaket har opptrådt/erfaring som kontraktsmedhjelper (underleverandør) for andre foretak/hovedentreprenøren. Arbeidet som Team 1435 AS har utført som kontraktsmedhjelper (underleverandør) viser at foretaket ikke har erfaring med å ha et direkte kontraktsforhold med byggherren og at det ikke har erfaring med å ha ansvaret for et helt prosjekt.

Arten og vanskelighetsgraden av de arbeider som Team 1435 AS har utført som kontraktsmedhjelper (underleverandør) viser at foretaket, etter en samlet vurdering, ikke oppfyller konkurransegrunnlagets «krav om erfaring og kompetanse fra oppdrag av tilsvarende eller relevant art, kompleksitet/vanskelighetsgrad og omfang/størrelse».

At Team 1435 AS har god kompetanse og erfaring med alle sportekniske arbeider, samt erfaring med å ha delt fagansvar og delt anleggsledelse sammen med hovedentreprenør og har deltatt på møter med byggherren endrer ikke var vurdering av Team 1435 AS.»

- (11) Innklagede meddelte 23. april 2021 at kontrakt ble tildelt Baneservice AS. Kontrakt ble inngått 27. mai 2021.

- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. august 2021.

Sekretariatets vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder overbygningsarbeider på Rørosbanen, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 4,6 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (*forsyningsforskriften*) 12. august 2016 nr. 975 del I, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Avvisning av klager

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring og kompetanse. Klager har vist til at det ikke er oppstilt noe krav om at leverandøren må ha vært hovedentreprenør i referanseprosjektene, og at innklagede dermed ikke kan avvise klager som følge av at selskapet har vært underleverandør i sine referanseoppdrag.
- (15) Forsyningsforskriften del I inneholder ikke regler om avvisning av leverandør ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Anskaffelsesloven § 4 inneholder likevel krav til at anskaffelsesprosessen skal være i samsvar med de grunnleggende prinsippene, herunder likebehandling og forutberegnelighet. Dette innebærer at en oppdragsgiver bare kan inngå kontrakt med en leverandør som oppfyller kvalifikasjonskravene som er satt i konkurransen.
- (16) Konkurranses grunnlaget stilte som kvalifikasjonskrav at leverandøren skal ha *«tilstrekkelig erfaring og kompetanse fra oppdrag av tilsvarende eller relevant art, kompleksitet/vanskelighetsgrad og omfang/størrelse»*. Som dokumentasjon for oppfyllelse ble det bedt om en liste over leverandørens viktigste leveranser de siste tre år. Om disse kontraktene skulle leverandørene opplyse om verdi, tidspunkt, oppdragsgiver, leverandørens rolle og ansvar, og kontraktens relevans for denne anskaffelsen. I tillegg forbeholdt innklagede seg retten til å legge vekt på egne erfaring, og kontakte oppgitte leveransemottakere.
- (17) Slik kvalifikasjonskravet er formulert er det ikke stilt et eksplisitt krav om at leverandørens erfaring må være fra oppdrag hvor leverandøren har opptrådt som hovedentreprenør. Ved vurderingen av om referanseoppdragene er av tilsvarende eller relevant art og kompleksitet vil det imidlertid være relevant å se hen til ansvaret og kontraktsforholdene i referanseoppdragene. I denne vurderingen utøver innklagede et skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig.
- (18) Klager har oppgitt syv prosjekter fra tidsperioden 2018 til 2021. I alle referanseprosjektene har klager vært underleverandør.
- (19) Innklagede har forklart at oppdragets kompleksitet blant annet knytter seg til at arbeidene skal gjennomføres innenfor korte og dels også kritiske tidsfrister, og må koordineres med andre arbeider og entrepriser. I lys av dette vurderte man det slik at klagers referanseoppdrag, som ikke omfattet erfaring med å ha det direkte kontraktsforholdet med byggherren eller å ha ansvar og risiko for gjennomføringen av et helt prosjekt, ikke var tilstrekkelig til å oppfylle kravet om relevant erfaring og kompetanse. Klagers anførsler gir ikke grunnlag for å konstatere at innklagede ved dette har gått utenfor rammene kvalifikasjonskravet oppstiller.

- (20) Sekretariatet bemerker i denne forbindelse at hver konkurranse må ses for seg, i lys av hva kontrakten konkret går ut på og hvilke krav oppdragsgiver har stilt. Det at klager ble ansett å oppfylle et tilsvarende kvalifikasjonskrav i en annen konkurranse er dermed ikke relevant for vurderingen av om innklagede har brutt regelverket ved gjennomføringen av denne anskaffelsen, se til sammenligning klagenemndas sak 2020/724, avsnitt 31.
- (21) Klager kan klart nok heller ikke høres med at innklagede hadde en plikt til å kontakte referansene, all den tid innklagede kun forbeholdt seg en rett til å undersøke oppgitte referanser ytterligere.
- (22) Klagers anførsel fører med dette klart ikke frem. 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.

Tora Holm
Seniorrådgiver

Tor Martin Joramo Sikkeland
Rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker
Advokatfirmaet Alver AS

Postadresse
Postboks 10

Poststed
2601
LILLEHAMMER
Norge

Kontakt/e-post
Fredrik Alver
fa@alver.as

Kopi til:
Bane NOR SF

Postboks 4350

2308 HAMAR
Norge

Trine Elstad
trine.elstad@banenor.no