



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

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

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av maskinentreprenørtjenester. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav, subsidiært at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlig avvik. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 14. desember 2021 i sak 2021/1911

Klager: Trulssen Maskin AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter *innklagede*) kunngjorde 16. juli 2021 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for maskinentreprenørtjenester i region nord, Midt Troms. Anskaffelsens verdi var estimert til 125 millioner kroner ekskl. mva. Rammeavtalens varighet var angitt til to år med opsjon på forlengelse i ett + ett + ett år, totalt fem år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen satt til 30. august 2021. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at anskaffelsen var delt inn i tre delområder. Denne saken er begrenset til å gjelde delområde 3, «*Setermoen*».
- (2) I «*Faglig oppdragsbeskrivelse*» var det angitt at rammeavtalen omfattet entreprenørtjenester innenfor bygg og anlegg slik som nevnt i hovedkapitlene fra NS 3420. Videre fremgikk følgende:

«Begrensninger settes av de opplistede fagarbeidene og maskinene opplistet i prisskjema B1 og B2. Typiske oppgaver for avropene er:

- *Vegvedlikehold, herunder høvling, grusing og reparasjoner av grusveger, asfaltlapping, kantslått, grøfterens, støvbinding og stikkrennereparasjoner*
- *Grøftegraving ifm etablering, reparasjon og vedlikehold av infrastruktur (El, V/A, fjernvarmeanlegg, infiltrasjonsanlegg, signal)*
- *Skytebanevedlikehold, herunder;*
 - *grusing og planering/avretting/grøfting av standplasser og baneløp*

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

- oppstramming, utskifting og påfylling av blenderingsmasser i kulefangervoller. Kulefangervoller må ha en stigning på minimum 30 grader, dvs at stigning må ligge på 33-36 grader etter oppstramming. Blenderingsmasser i prisskjemaet må være egnet for dette. Ved utskifting av masser er disse definert som forurenset og skal deklarerer og deponeres på godkjent mottak.
 - vegetasjonsrydding og andre spesielle oppdrag som beskrives nærmere i hvert enkelt tilfelle
- Reparasjon av terrengskade/kjøreskader/flomskader i skytefelt
 - Sanering av gammel infrastruktur
 - Fjellrensk
 - Gjerdereparasjon
 - Generelt grunnarbeid for ulike tiltak»
- (3) Videre var det angitt at leveransene av maskintjenestene begrenses av sesong. Leverandøren måtte derfor påregne å håndtere flere avrop samtidig.
- (4) Et av kvalifikasjonskravene i konkurransen gjaldt kapasitet:

Krav:	Dokumentasjonskrav:
Generelle krav:	
Leverandøren skal ha nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten	1. En beskrivelse av det totale antall personell leverandøren disponerer over til oppfyllelse av kontrakten. 2. Leverandøren skal redegjøre for sin tilgjengelige maskinpark. I redegjørelsen oppgis; antall og type maskiner NB! Dersom leverandør bruker underleverandør for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskrav se kapittel 6. NB! Vedrørende bruk av underleverandører / tilbud fra leverandørgrupper se kap. 6.

- (5) I «Prisskjema B-1: Maskin- og anleggstjenester» skulle leverandørene fylle inn enhetspriser på ulike typer maskiner, samt anleggstjenester på disse. Eksempelvis skulle leverandørene oppgi priser for hullaster og traktor med henger. For hver maskin var det angitt et estimert omfang av arbeid i for eksempel lengde, stykk eller tidsbruk. Det var

her presisert at estimatet var en stipulert mengde, og at omfanget kunne både bli vesentlig mindre og vesentlig mer. Omfanget var satt for å kunne sammenligne tilbudene.

- (6) I «*Prisskjema B-2 – Maskin og anlegg*» skulle leverandørene oppgi enhetspriser på diverse materiell. Eksempelvis pris på vegrør, asfalt mm.
- (7) Kontrakt ville tildeles den leverandøren som hadde tilbudet som etter evaluering hadde den laveste prisen.
- (8) Innklagede mottok tilbud fra tre leverandører innen tilbudsfristen, herunder Trulssen Maskin AS (heretter *klager*) og Bardu Maskin AS.
- (9) Av Bardu Maskin AS' tilbud fremgikk det følgende om tilbuds maskinpark og tilleggsutstyr:

«Maskiner

- 1. *Hjullastere: Volvo L110, Volvo L90, Cat930*
- 2. *Beltegraver: Cat 320, Cat 320, Cat 312, Cat 302,7*
- 3. *Hjulgraver: Cat M316*
- 4. *Vals: Cat CS44*
- 5. *Traktor m/dumperhenger: Fendt 724*

Tilleggsutstyr til gravemaskiner

- 1. *GPS*
- 2. *Rotortilt*
- 3. *Rippertann*
- 4. *Meisel/pigghammer*
- 5. *Avretningsbjelke*
- 6. *Steinskuffe*
- 7. *Planeringsskuffe*
- 8. *Smalskuffe*
- 9. *VA-skuffe*
- 10. *Pallegafler*
- 11. *Tømmerklippe*
- 12. *Saks til skogfelling*

13. Feiekost

Tilleggsutstyr til hjullastere

- 1. Grusskuffe*
- 2. Planeringsskuffe*
- 3. Planeringsbjelke*
- 4. Pallegafler*
- 5. Frontmontert veihøvelutstyr*
- 6. Feiekost*
- 7. Solleskuffe til tromling av jord»*

- (10) I brev av 1. september 2021 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Bardu Maskin AS (heretter *valgte leverandør*).
- (11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev datert 9. og 27. september 2021. Innklagede besvarte klagene 17. september og 5. oktober 2021, og tok ikke klagene til følge.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. oktober 2021.
- (13) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. desember 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet kapasitet. Nærmere bestemt har ikke valgte leverandør de nødvendige maskinene som kreves for å ha «*nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten*».
- (16) Subsidiert anfører klager at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen fordi det inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede bestrider at det forelå plikt til å avvise leverandørs tilbud.
- (18) Innklagede er ikke enig i klagers tolkning av kvalifikasjonskravet om «*nødvendig kapasitet*». Etter innklagedes syn har valgte leverandør dokumentert at han besitter nødvendig kapasitet på mengde og type utstyr for å gjennomføre kontrakten. Vurderingen av hvorvidt valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om nødvendig kapasitet, hører inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

- (19) Det foreligger verken avvik eller vesentlig avvik i valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandør har ikke tatt noen form for forbehold i tilbudet, og alle poster i prisskjemaet er priset. Innklagede fremholder at dette fremstår som en uttrykkelig erklæring fra leverandøren om at han vil levere samtlige ytelser til angitte priser. Det er dermed ikke et avvik at valgte leverandørs oversikt over tilgjengelig maskinpark ikke fullt ut dekker alle maskiner og utstyr som kan utledes av prisskjemaet.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale for maskinentreprenørtjenester som er en tjenesteanskaffelse. Kontraktens verdi er anslått til 125 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (21) Klagenemnda tar i det følgende stilling til om valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «*nødvendig kapasitet*».
- (22) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a) at oppdragsgiver «*skal*» avvise en leverandør som «*ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».
- (23) I konkurransegrunnlaget under kvalifikasjonskrav var det angitt at leverandøren skal ha «*nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten*». Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres ved å gi en beskrivelse av antall personell leverandøren disponerer over ved oppfyllelse av kontrakten. I tillegg skulle leverandørene «*redegjøre for sin tilgjengelige maskinpark*». Her skulle leverandørene oppgi antall og type maskiner.
- (24) Ved vurderingen av spørsmålet om leverandøren oppfylte dette kravet, er det relevant å se hen til hvilket type arbeid som skulle utføres på kontrakten. Det var angitt i den faglige beskrivelsen at typiske avrop på avtalen var vegvedlikehold, grøftegraving, skytebanevedlikehold, reparasjoner av ulike skader på veg og i terreng, sanering av gammel infrastruktur, fjellrensk, gjerdeoperasjoner og generelt grunnarbeid for ulike tiltak. Dette kan ses i sammenheng med «*Prisskjema B1*», hvor leverandørene skulle prise ulike typer maskiner og tilleggsutstyr. Det ble her klargjort hva leverandørene trengte for å gjennomføre de ulike avropene på rammeavtalen. Av skjemaet var det angitt et estimat av mengde arbeid/tidsbruk per maskin. Det var imidlertid angitt at dette kun var et estimat for at innklagede skulle kunne sammenligne tilbudene.
- (25) Kvalifikasjonskravet legger opp til en skjønnsvurdering av om leverandøren har «*nødvendig kapasitet*» til å gjennomføre kontrakten. Når det ikke er uttrykkelig presisert i anskaffelsesdokumentene hvilket nivå kvalifikasjonene må ligge på for oppfyllelse av kravet til deltakelse i konkurransen, hører det under oppdragsgivers skjønn å fastlegge terskelen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Måten kvalifikasjonskravet er utformet på innebærer imidlertid at rammene for skjønnsutøvelsen kan være begrenset. Se i denne forbindelse lagmannsrettens avgjørelse i sak LB-2017-156250. Hvordan kvalifikasjonskravene skal forstås, altså hvilke rettslige rammer konkurransegrunnlaget setter for innklagedes skjønnsutøvelse, er et spørsmål som klagenemnda kan prøve fullt ut.
- (26) Som et utgangspunkt måtte leverandøren ha personell og maskinpark som var «*nødvendig*» til å gjennomføre avrop på kontrakten.

- (27) Klager anfører at kvalifikasjonskravet må forstås slik at leverandørene må ha den type maskiner som avtalen gjelder for å være kvalifisert, og at maskinparken måtte dekke de ulike kategoriene av maskintjenester som skulle prises i prisskjema B1. I den forbindelse viser klager til at valgte leverandør ikke har tilbudt alle maskinene og utstyret som er opplistet i prisskjemaet.
- (28) Klagenemnda kan ikke se at det kan innfortolkes et krav om at leverandørene måtte ha alle maskinene som var opplistet i prisskjemaet, for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Blant annet var det angitt i dokumentasjonskravet at leverandørene skulle redegjøre for «*sin tilgjengelige maskinpark*». Prisskjemaet i konkurransen må i hovedsak anses utformet for å kunne skille tilbudene fra hverandre i tilbudsevalueringen, og valgte leverandør har priset alle ytelsene. Hvorvidt leverandøren oppfylte kvalifikasjonskravet var avhengig av hva innklagede anså som nødvendig personell og maskiner for å tilfredsstille kravet om nødvendig kapasitet. Oversikten over valgte leverandørs maskinpark dekker en stor del av tjenestene som skulle leveres i henhold til kontrakten. Nemnda finner at innklagedes vurdering av at valgte leverandør hadde nødvendig kapasitet til å oppfylle kvalifikasjonskravet, ikke utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket.
- (29) Videre anfører klager at valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (30) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver «*skal*» avvise et tilbud som «*inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (31) For å avgjøre om det foreligger et avvik, må kravet i anskaffelsesdokumentene tolkes, og deretter må det undersøkes om tilbudet tilfredsstiller det kravet som oppdragsgiver har satt. Konkurranses grunnlaget skal fortolkes objektivt.
- (32) I prisskjema B1 skulle leverandørene som nevnt fylle inn priser på tjenester utført med ulike typer maskiner og tilleggsutstyr.
- (33) Det fremgår av valgte leverandørs oversikt over tilgjengelig maskinpark at denne ikke dekker alle maskiner og utstyr som kan utledes av prisskjemaet. Valgte leverandør har imidlertid priset alle tjenestene etterspurt i prisskjemaet. I de tilfellene det er nødvendig for å oppfylle kontrakten, måtte innklagede kunne legge til grunn at valgte leverandør vil leie inn de nødvendige maskiner og utstyr som de selv ikke har i sin maskinpark. Klagenemnda mener at det fremstår realistisk og plausibelt at dette var måten valgte leverandør mente å oppfylle kontrakten på.
- (34) Valgte leverandørs tilbud inneholder etter dette ikke et avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk