



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om etablering av et flerbruksanlegg ved Nesttun Idrettsplass. Innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra Bergenhus. Videre konkluderte klagenemnda med at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 19. november 2021 i forente saker 2021/1901 og 2021/1937

Klager: Bergenhus Bygg og Anlegg AS (sak 2021/1901) og Fyllingen Maskin AS (sak 2021/1937)

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Finn Arnesen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Bergen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. juni 2021 en åpen tilbudskonkurranse om etablering av et flerbruksanlegg ved Nesttun Idrettsplass. Tilbudsfrist var 20. august 2021.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 7 («*Absolutte krav*») var det angitt at «*Følgende absolutte krav gjelder for konkurransen*». Ett av disse var punkt 2.8:

«2.8 Fellesrigg (Svar er påkrevd) Entreprenøren skal sørge for, og bekoste alle rigg- og driftsytelser for sine underentreprenørers arbeider. Disse ytelsene skal inkluderes i mengdebeskrivelsen for rigg og drift.»

(3) Tildelingen skulle skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde den laveste prisen.

(4) Det var blant annet angitt følgende om tekniske og faglige kvalifikasjonskrav:

«Teknisk personell og tekniske enheter

Leverandør kan råde over følgende tekniske personell eller tekniske enheter, særlig dem som er ansvarlige for kvalitetskontrollen: For teknisk personell eller tekniske enheter som ikke direkte hører til leverandørens virksomhet, men hvis kapasitet leverandøren støtter seg på, jf. del II, avsnitt C, skal det utfylles særskilte ESPD-formularer.

Kommentar fra oppdragsgiver

Det kreves at leverandøren har tilstrekkelig tekniske ressurser og kapasitet til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers behov. Dokumentasjon: Leverandøren skal vedlegge en oversikt (organisasjonskart) over personell med teknisk/faglig kompetanse for de som skal delta i gjennomføringen av denne leveransen.

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

Oversikten skal inneholde personens faglige kvalifikasjoner, erfaring og hvordan personen er tenkt brukt i den aktuelle leveransen. Alle ressurser som oppgis skal ha tilstrekkelig kapasitet i avtaleperioden til å kunne benyttes slik beskrevet.»

(...)

Utdanning og faglige kvalifikasjoner

Følgende utdanning og faglige kvalifikasjoner besittes av leverandøren og/eller (avhengig av hvilke krav som er fastsatt i kunngjøringen eller i anskaffelsesdokumentene) av de ledende medarbeiderne:

Beskrivelse av krav/dokumentasjon:

Leverandøren skal ha tilstrekkelig kompetanse og faglige kvalifikasjoner til å lede og kvalitetssikre leveransen. Dokumentasjon: Leverandøren skal vedlegge en oversikt(CV) over hvilke erfaring og faglige kvalifikasjoner som besittes av ledergruppe og/eller nøkkelpersonell som vil stå som ansvarlige for leveransen.

- (5) Videre var det angitt om kvalifikasjonskravene:

«5.1 Kvalifikasjoner for underleverandører

Eventuelle underleverandører må ha nødvendige kvalifikasjoner, og det er tilbyders ansvar at underleverandøren har dette.

5.2 Der tilbyder støtter seg på andre foretak

Må tilbyder støtte seg på andre foretak for å kvalifisere seg i henhold til oppdragsgivers kvalifikasjonskrav, skal tilbyder dokumentere overfor oppdragsgiver at han vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene.

Det eller de foretak som tilbyder støtter seg på for å oppfylle et kvalifikasjonskrav, må levere slik dokumentasjon som det stilles krav om i det aktuelle kvalifikasjonskravet.»

- (6) Det fremgikk av oppdragsbeskrivelsen punkt B.3.1.2 Rigg og drift at:

«Dette kapittel inneholder ikke priskonsekvenser av kravene i dette kapittel skal derfor medtas i pristilbudet.»

- (7) Videre stod det i oppdragsbeskrivelsen punkt B.3.2.2 Fellestrigg:

«Entreprenøren skal sørge for og bekoste rigg- og driftsytelser for seg selv og alle sine underentreprenører.

Disse ytelsene er beskrevet i egne poster i prosjektbeskrivelse.»

- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede seks tilbud, blant annet fra Bergenhus Bygg og Anlegg AS (heretter *Bergenhus*), Fyllingen Maskin AS (heretter *Fyllingen*) og LAB Entreprenør AS.

- (9) I tilbudsskjemaet hadde Bergenhus svart «Ja» til at de oppfylte krav 2.8 om fellestrigg. Videre hadde Bergenhus kommentert «*BBA etablerer felles rigg også for sine underentreprenører*».

- (10) Under overskriften «*Presiseringer*» i tilbudsbrevet fra Bergenhus stod det «*Forutsetter fri tilgang til strøm, vann og avløp*». Bergenhus hadde ingen merknader til dette eller rigg under overskriften «*Avvik/forbehold/endringer*».
- (11) Vedlagt LAB Entreprenør AS' tilbud var deres referanseliste. Av referanselisten fremgikk det at LAB Entreprenører AS hadde innehatt rollen som totalentreprenør i tre prosjekter. Videre var hvert prosjekt beskrevet nærmere med noen setninger. Vedlagt tilbudet var også en organisasjonsplan og CV-ene til de tre navngitte personene i organisasjonsplanen. Underlagt anleggsleder, HMS/KS og formann/byggeleder, var det oppført «*betongarbeider*» og «*øvrigt UE*».
- (12) Bergenhus tilbød lavest pris, og ble tildelt kontrakt ved brev av 9. september 2021. LAB Entreprenør AS hadde den nest laveste tilbudsprisen, mens Fyllingen hadde den tredje laveste tilbudsprisen.
- (13) Fyllingen klaget på tildelingen av kontrakten 15. september 2021.
- (14) Ved brev fra innklagede av 16. september 2021, ble Bergenhus' tilbud avvist fra konkurransen. Innklagede begrunnet avvisningen med at Bergenhus hadde lagt inn et forbehold om at det ble forutsatt fri tilgang til strøm, vann og avløp. Innklagede vurderte at dette var et vesentlig avvik fra de krav som var satt i konkurransen. Samme dag ble kontrakt tildelt LAB Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*).
- (15) Både Bergenhus og Fyllingen brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser, henholdsvis 18. oktober 2021 og 25. oktober 2021.
- (16) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. november 2021.

Anførsler:

Bergenhus har i det vesentlige anført:

- (18) Bergenhus' forutsetning om tilgang til strøm, vann og avløp utgjør ikke et vesentlig avvik. Innklagedes beslutning om å omgjøre tildelingsbeslutningen er derfor ulovlig.
- (19) Subsidiært hadde innklagede en plikt til å ta kontakt med klager for å avklare forutsetningens betydning, og om den kunne frafalles.

Fyllingen har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Valgte leverandør oppfyller ikke alle kvalifikasjonskravene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Bergenhus' forutsetning om tilgang til strøm, vann og avløp utgjør et vesentlig avvik. Innklagede hadde derfor plikt til å avvise Bergenhus' tilbud.
- (22) Subsidiært forelå det ingen plikt for innklagede til å avklare rekkevidden av forbeholdet Bergenhus tok om «*fri tilgang til strøm, vann og avløp*» i tilbudet.

- (23) Valgte leverandør oppfylte alle kvalifikasjonskravene. Basert på valgte leverandørs innleverte referanseliste hadde valgte leverandør erfaring fra «*sammenlignbare oppdrag*». Videre har valgte leverandør dokumentert at de har ressurser og kapasitet til å gjennomføre anskaffelsen som hovedentreprenør.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder etablering av et flerbruksanlegg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i konkurransedokumentene. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (25) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise Bergenhus' tilbud.
- (26) Etter forskriften § 10-1 (3) kan oppdragsgiver omgjøre en beslutning om å tildele kontrakt dersom valget av leverandør er i strid med forskriften. Etter forskriften § 9-6 (1) bokstav b skal oppdragsgiveren avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*». Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er derfor om oppdragsgiver hadde plikt til å avvise Bergenhus' tilbud.
- (27) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.8 «*Fellesrigg*» at «*Entreprenøren skal sørge for, og bekoste alle rigg- og driftsyntelser for sine underentreprenørers arbeidere. Disse ytelsene skal inkluderes i mengdebeskrivelsen for rigg og drift.*»
- (28) Klager besvarte dette punktet bekreftende, med en kommentar om at klager også etablerer felles rigg for sine underentreprenører. Klager presiserte at offentlige avgifter ikke var inkludert i tilbudet, og at man «*[f]orutsetter fri tilgang til strøm, vann og avløp*».
- (29) Innklagede har anført at tilbudet dermed avvek vesentlig fra konkurransegrunnlaget. Et første spørsmål klagenemnda må ta stilling til, er derfor om det i det hele tatt foreligger et avvik. Dette beror på hvordan «*[f]orutsetter fri tilgang til strøm, vann og avløp*» forstås. Uttrykket kan forstås slik at klager tar forbehold mot kravet i konkurransegrunnlaget punkt 2.8. Forstått på denne måten, foreligger det klart nok et avvik. Dette er imidlertid ikke den eneste forståelsen, og heller ikke den mest nærliggende.
- (30) Det fremgår av sammenhengen at «*[f]orutsetter fri tilgang til strøm, vann og avløp*» er ment som en presisering, ikke et forbehold. Dette skyldes dels at dette er plassert under overskriften «*3,0 Presiseringer*», ikke «*4,0 avvik/forbehold/endringer*», og dels at klager har besvart konkurransegrunnlagets punkt 2.8 bekreftende og uten forbehold.
- (31) Klagenemnda mener, som klager har anført, at formuleringen «*[f]orutsetter fri tilgang til strøm, vann og avløp*» således må forstås slik at klager forutsetter uhindret tilgang til tilkoblingspunkter for strøm, vann og avløp.
- (32) Forstått på denne måten foreligger det ikke noe avvik, og dermed heller ikke avvisningsplikt. Valget av Bergenhus som leverandør var dermed ikke i strid med forskriften, og det forelå dermed heller ikke adgang til å omgjøre tildelingsbeslutningen. Omgjøringen er derfor i strid med anskaffelsesregelverket.

- (33) Klagenemnda skal videre ta stilling til Fyllingens anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist.
- (34) Et av kvalifikasjonskravene i konkurransen var at *«leverandøren har tilstrekkelig tekniske ressurser og kapasitet til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers behov»*. I tillegg skulle «leverandøren ha tilstrekkelig kompetanse og faglige kvalifikasjoner til å lede og kvalitetssikre leveransen». Leverandørene skulle vedlegge en oversikt (organisasjonskart) over personell med teknisk/faglig kompetanse for de som skulle delta i gjennomføringen av oppdraget. Oversikten skulle inneholde personenes faglige kvalifikasjoner, erfaring og hvordan de var tenkt brukt i leveransen. Det var angitt at alle de oppgitte ressursene skulle ha tilstrekkelig kapasitet i avtaleperioden til å kunne benyttes som beskrevet. I tillegg skulle leverandøren vedlegge «en oversikt (CV) over hvilken erfaring og faglige kvalifikasjoner om besittes av ledergruppe og/eller nøkkelpersonell», jfr. avsnitt 4 ovenfor.
- (35) For å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, leverte valgte leverandør et organisasjonskart med tilhørende CV-er. CV-ene gjaldt de tre personene som var navngitt i organisasjonskartet; anleggsleder, formann/byggeleder og HMS/KS. I organisasjonsplanen var anleggsleder plassert øverst. Rollene HMS/KS og formann/byggeleder var underlagt anleggsleder. Utover dette var det vist til at «betongarbeider» og «øvrige UE» var underlagt formann/byggeleder.
- (36) Klagenemnda forstår det første kvalifikasjonskravet slik at det skulle dokumenteres oppfylt ved et organisasjonskart som både viste hvem som skulle gjennomføre oppdraget og deres kvalifikasjoner mv., og det andre slik at det skulle dokumenteres kvalifikasjoner og erfaring til dem som skulle lede arbeidene. Valgte leverandør har fremlagt dokumentasjon for hvem som skal lede arbeidene, men har ikke gitt ytterligere opplysninger om hvem som skal gjennomføre oppdraget.
- (37) En generell henvisning til betongarbeider og øvrige underentreprenører, gir ingen nærmere informasjon om hvilke tekniske ressurser som skal benyttes for arbeidene eller om deres kapasitet til å gjennomføre oppdraget. Klagenemnda er derfor av den oppfatning at dette ikke ga tilstrekkelig informasjon om hvilke tekniske ressurser og hvilken kapasitet valgte leverandør hadde for å gjennomføre oppdraget.
- (38) Innklagede har gjort gjeldende at ingen av leverandørene har kompetanse til å gjennomføre hele prosjektet på egenhånd. Klagenemnda bemerker at det heller ikke var oppstilt et slikt krav. I konkurransegrunnlaget var det åpnet for at leverandørene kunne benytte seg av underleverandører.
- (39) Kvalifikasjonskravet om *«tilstrekkelig tekniske ressurser og kapasitet til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers behov»* oppstiller ikke en klar terskel for hvor detaljert organisasjonskartet måtte være for at kvalifikasjonskravet ville anses oppfylt. Klagenemnda er likevel av den oppfatning at valgte leverandørs dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene er så mangelfull at innklagede ikke kunne legge til grunn at de var oppfylt. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist.
- (40) På bakgrunn av resultatet klagenemnda har kommet til, tar ikke nemnda stilling til Fyllingens øvrige anførsel.

(41) Bruddene som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Dette gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret til klagerne, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Bergen kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise tilbudet fra Bergenhus Bygg og Anlegg AS.

Bergen kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk