



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning, avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om etablering av et flerbruksanlegg ved Nesttun Idrettsplass. Konkurransen ble avlyst med henvisning til at innklagede ved en ny gjennomgang av leverandørenes kvalifikasjoner kom til at fem av seks leverandører måtte avvises. Klagenemnda kom til at avvisningen av klager var rettmessig, og at det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 5. april 2022 i sak 2022/30

Klager: Bergenhus Bygg og Anlegg AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Kristian Jåtog Trygstad, Sverre Nyhus

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) Prosjektet skulle blant annet omfatte etablering av sandvolleyballbane, kunstgressbane, utstyrsboder, flerbruksanlegg, parkeringsplass, «Kiss and ride» og bussparkering, treningsapparater, hinderløype, gangstier, belysning og diverse utstyr (gjerder, søppelkasser, benker og lignende).
- (3) Det var angitt følgende tekniske og faglige kvalifikasjonskrav av betydning for saken:

«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. 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.»

- (4) Videre var det angitt om kvalifikasjonskravene:

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

«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.»

- (5) Kontrakt skulle tildeles leverandøren med lavest pris.
- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede seks tilbud, blant annet fra Bergenhus Bygg og Anlegg AS (heretter *klager*), Fyllingen Maskin AS (heretter *Fyllingen Maskin*) og LAB Entreprenør AS (heretter *LAB*).
- (7) Inkludert i klagers tilbud var en organisasjonsplan med oversikt over firmaets nøkkelpersonell, herunder daglig leder, fagledere for bygg og anlegg, anleggsleder, formann/bas og flere fagarbeidere. I tilbudet var det lagt ved CV-er for daglig leder, prosjektleder og anleggsleder. Det var videre vedlagt forpliktelseserklæring fra fire underleverandører, og det ble opplyst i et svardokument til tilbudet at klager samarbeidet med leverandørene for følgende fagarbeid:
 - HGT AS, Grunnarbeid
 - Tommys Hage og Anlegg AS, Anleggsgartnerarbeid og utstyrsleveranse
 - Torsvik Elektriske AS, Elektroarbeid
 - Bergen Prosjekt og Sotra Entreprenør AS, Tømrerarbeid
- (8) Klager tilbød lavest pris, og ble tildelt kontrakt ved brev av 9. september 2021. I tildelingsbrevet var leverandørene rangert slik:
 - Klager – 13 364 325,25 kroner
 - LAB– 14 809 192,00 kroner
 - Fyllingen Maskin – 14 995 191,23 kroner
 - Rivenes AS – 15 101 666,90 kroner
 - Anleggsgartner Svein Boasson AS – 17 621 129,60 kroner
 - Gravdal Hage og Anlegg AS – 18 418 524,04 kroner
- (9) Fyllingen Maskin påklaget tildelingen 15. september 2021.
- (10) Innklagede avviste klagers tilbud 16. september 2021, fordi innklagede mente at klager 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.
- (11) Både klager og Fyllingen Maskin brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser, henholdsvis 18. og 25. oktober 2021. I de forente sakene 2021/1901 og 2021/1937 kom klagenemnda til at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise

klagers tilbud, og ved ikke å avvise LAB fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til teknisk personell og tekniske enheter.

- (12) Innklagede omgjorde tildelingen av kontrakten til LAB, og gjennomførte en ny kvalifikasjonsvurdering der LAB, klager og tre av de øvrige leverandørene ble avvist fra konkurransen. Avvisningen av klager ble begrunnet slik i brev 6. desember 2021:

«Ut fra dokumentasjonen som er innsendt vurderes det at kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt. I tilbudet er det lagt ved CV-er for daglig leder, prosjektleder og anleggsleder, samt forpliktelseserklæring for arbeidene innen grunnarbeid, elektroarbeid og anleggsgartner. Det er i tillegg lagt ved en oversikt over kompetansen til deres ansatte, men det er ikke oppgitt informasjon om hvilke ressurser som skal benyttes og hvem som skal delta i gjennomføringen av dette prosjektet utover prosjektleder og anleggsleder.

Videre viser det seg at det ikke er oppgitt informasjon om hvem som skal levere/legge kunstgress i prosjektet, da tilbudet ikke inneholder forpliktelseserklæring fra underleverandør innen dette fagfeltet. Det foreligger heller ikke forpliktelseserklæring fra underleverandør som har kompetanse til å legge asfalt. Det er ikke opplyst om hvem som skal gjøre tømrerarbeidene i prosjektet, men det antas at Bergen Prosjekt og Sotra Entreprenør har relevant fagkompetanse.

Ut fra KOFA sin avgjørelse (2021/1937) som er vedlagt, skal det legges ved opplysninger om hvilke tekniske ressurser som skal benyttes for alle arbeidsområdene og tilbyders kapasitet til å gjennomføre oppdraget. Når man ser tilbudet i sin helhet inneholder tilbudet mangler om opplysninger om hvem som skal gjøre arbeidene innenfor; kunstgress og asfaltering.

Dette gjør at kvalifikasjonskravet om «teknisk personell eller tekniske enheter» ikke kan anses for å være oppfylt.»

- (13) Samme dag ble konkurransen avlyst med henvisning til manglende konkurranse fordi man hadde avvist fem av seks leverandører. Det ble også vist til at det gjenværende tilbudet hadde høyere tilbudspris enn de beste tilbudene, og at tilbudet uansett ikke var gyldig ettersom vedståelsesfristen ikke var blitt forlenget.
- (14) Klager påklaget både avvisningen og avlysningen 10. desember 2021. Innklagede opprettholdt beslutningene 17. desember 2021.
- (15) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. januar 2022.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. mars 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre beslutningen om å tildele kontrakten til klager og å avvise klager fra konkurransen. Innklagedes nye vurdering av klagers kvalifikasjoner representerer en endret skjønnsutøvelse. Innklagede hadde videre en plikt til å etterspørre mer dokumentasjon ettersom kravet ikke ga god nok veiledning om hva som skulle dokumenteres, noe innklagede har erkjent.

(18) Innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(19) Det bestrides at regelverket er brutt. På bakgrunn av klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1937 foretok innklagede en ny vurdering av leverandørenes teknisk personell og tekniske enheter. Innklagede kom til at klager ikke hadde dokumentert hvilke ressurser som skal benyttes og hvem som skal delta i gjennomføringen av prosjektet. Blant annet var det ikke gitt opplysninger om hvem som skal legge kunstgress eller asfaltere. Innklagede hadde ikke plikt til å avklare om klager kunne dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Det var klager som pliktet å gi tilstrekkelig informasjon i tilbudet til å ta stilling til kvalifikasjonskravet.

(20) Det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen da man kun sto igjen med ett tilbud. Vedståelsesfristen til det gjenværende tilbudet hadde dessuten løpt ut. Videre var konkurransegrunnlaget uklart utformet fordi man ga for få eller mangelfulle opplysninger om hvordan kvalifikasjonskravet om teknisk personell og tekniske enheter skulle dokumenteres oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager 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.

(22) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn, jf. forskriften § 10-4 (1).

(23) I saker som gjelder anskaffelser etter forskriften del III har klagenemnda forstått EU-domstolens avgjørelse i sakene C-27/98 *Metalmecanica* og C-440/13 *Croce Amica* slik at oppdragsgiver kan ha saklig grunn til å avlyse konkurransen dersom man står igjen med bare ett tilbud. Dette nyanseres noe hvis en oppdragsgiver har fått inn flere fullt ut sammenlignbare tilbud. Klagenemnda har da lagt til grunn at det normalt ikke er tilstrekkelig å begrunne en avlysning av konkurransen med en enkel henvisning til at man står igjen med bare ett tilbud etter å ha måttet avvise de øvrige. I slike tilfeller kreves det en konkret begrunnelse som viser hvorfor den aktuelle konkurransen må karakteriseres som mislykket, og hvorfor oppdragsgiver finner det riktig å avlyse, se. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/329 avsnitt (42). Klagenemnda forstår kravet til *saklig grunn* på samme måte ved anskaffelser etter forskriften del II, da kravet om saklig grunn i hovedsak bygger på intern norsk rett, se blant annet NOU 2014:4 kapittel 26.

(24) Innklagede har vist til at det gjenstående tilbudet var blant de dårligste, og at konkurransen derfor ble ansett mislykket etter at kun dette tilbudet sto igjen.

(25) Som det er redegjort for i avsnitt 8 til 11 ovenfor, leverte klager tilbudet med lavest pris. Avvisningen av klager er dermed av betydning for om innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.

- (26) Etter forskriften § 10-1 (3) kan oppdragsgiver omgjøre en tildelingsbeslutning frem til kontrakt er inngått, dersom beslutningen *«er i strid med forskriften»*. Bestemmelsen er forstått slik at oppdragsgiver både har rett og plikt til å korrigere en ulovlig kontraktstildeling. Oppdragsgiver kan derimot ikke endre en lovlig tildelingsbeslutning. Har oppdragsgiver for eksempel foretatt en lovlig kvalifikasjonsvurdering, åpner ikke § 10-1 (3) for at oppdragsgiver endrer utfallet ut fra en endret skjønsmessig vurdering. Det er for øvrig innklagede som må sannsynliggjøre at tildelingsbeslutningen var i strid med forskriften, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sakene 2020/73 avsnitt 21 og 2021/521 avsnitt 35.
- (27) Det springende punkt i denne saken er om innklagedes opprinnelige vurdering av at klager oppfylte kvalifikasjonskravet om teknisk personell og tekniske enheter, var i strid med forskriften. Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Innklagede har følgelig brutt forskriften om kontrakt er tildelt en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Klager har imidlertid anført at avvisningen er en konsekvens av at innklagede har foretatt en ulovlig endring av terskelen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om teknisk personell og tekniske enheter.
- (28) I det aktuelle kvalifikasjonskravet kreves det at leverandøren skal ha *«tilstrekkelige tekniske ressurser og kapasitet til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers behov»*. Lest i sammenheng med kvalifikasjonskravets overskrift forstår klagenemnda kravet slik at leverandørene skulle ha tilstrekkelig teknisk personell og kapasitet til å kunne gjennomføre oppdraget.
- (29) Kvalifikasjonskravet angir ikke nøyaktig hva som skal til for å ha *«tilstrekkelige»* tekniske ressurser og kapasitet til å *«gjennomføre oppdraget»*. Måten kvalifikasjonskravet er utformet på, kan likevel begrense innklagedes skjønnsfrihet til å fastlegge hva som anses som tilstrekkelig.

Hvordan kvalifikasjonskravet skal forstås, og hvilke rettslige rammer som gjelder for innklagedes skjønnsutøvelse, er et spørsmål som klagenemnda kan prøve fullt ut. Dette var da også bakgrunnen for at klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde bedømt kvalifikasjonskravet i strid med regelverket i de forente sakene 2021/1901 og 2021/1937.

- (30) I den nevnte klagenemndssaken tolket klagenemnda kvalifikasjonskravet i lys av det tilhørende dokumentasjonskravet. Dokumentasjonskravet skal ikke brukes til å innfortolke absolutte skranker som ikke fremgår klart av ordlyden, slik det blant annet er lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett i sak LB-2020-122884. Samtidig er det ikke tvilsomt at det tilhørende dokumentasjonskravet kan bidra til å klargjøre innholdet av et kvalifikasjonskrav.
- (31) Dokumentasjonskravet som fulgte kvalifikasjonskravet om teknisk personell og tekniske enheter stilte krav om at det ble fremlagt en *«oversikt (organisasjonskart) over personell med teknisk/faglig kompetanse for de som skal delta i gjennomføringen av denne leveransen»*. Det var videre stilt krav om at oversikten inneholdt *«personens faglige kvalifikasjoner, erfaring og hvordan personen er tenkt brukt i den aktuelle leveransen»*. Til slutt var det forutsatt at alle oppgitte ressurser skulle ha tilstrekkelig kapasitet i avtaleperioden til å kunne benyttes slik som beskrevet.

- (32) Etter klagenemndas syn bidrar dette dokumentasjonskravet til å klargjøre kvalifikasjonskravet om teknisk personell og kapasitet til å «gjennomføre oppdraget». Dokumentasjonen som ble etterspurt, viser at innklagede skulle vurdere de funksjoner som ble tilbudt, de personene som skulle dekke disse funksjonene og deres kompetanse samt hvordan de ville delta i utførelsen av oppdraget. At vurderingen skulle foretas på personnivå, understrekes og begrunnes av forutsetningen om at angitte personer også skulle være tilgjengelige i hele avtaleperioden.
- (33) Et så detaljert dokumentasjonskrav må nødvendigvis også få betydning for om kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (34) Avvisningen er begrunnet med at klager ikke hadde oppgitt informasjon om hvilke ressurser som skulle benyttes, og hvem som skulle delta i gjennomføringen av prosjektet utover prosjektleder og anleggsleder. Innklagede har blant annet vist til at det ikke er gitt noen opplysninger om hvilket teknisk personell eller hvilken kapasitet klagers underleverandører stiller til rådighet overfor klager, og ingen opplysninger om hvordan disse er tenkt brukt. Videre har innklagede vist til at klager ikke har levert dokumentasjon for alle fagområder som er nødvendige for å gjennomføre oppdraget.
- (35) Selv om klager hadde levert mer dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet enn det enkelte av de andre leverandørene hadde, er klagenemnda enig med innklagede i at det var mangler ved klagers dokumentasjon, særlig for ressurser som klager støttet seg på. Klager hadde ikke gitt nærmere informasjon om hvilket teknisk personell underleverandørene skulle bidra med, hvordan disse var tenkt brukt, eller om deres kapasitet til å gjennomføre oppdraget. Klagenemnda er derfor av den oppfatning at klager ikke hadde gitt nødvendig informasjon til å dokumentere hvilke tekniske ressurser og hvilken kapasitet valgte leverandør hadde for å gjennomføre oppdraget. Klagers dokumentasjon var dermed så mangelfull at innklagede ikke kunne legge til grunn at klager hadde tilstrekkelige tekniske ressurser og kapasitet til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers behov. Det er derfor ikke nødvendig for klagenemnda å ta stilling til om klager også skulle ha levert dokumentasjon for ytterligere fagområder, eller om det hadde betydning at klager opplyste om at man ikke støttet seg på underleverandører i ESPD-skjemaet.
- (36) Klagenemnda finner etter dette at avvisningen av klager var rettmessig, og at innklagede har vist at den opprinnelige tildelingen var «i strid med forskriften».
- (37) På denne bakgrunn finner også klagenemnda at innklagedes avlysning av konkurransen var saklig begrunnet. Det vises her til at det etter innklagedes avlysning av fem av seks tilbud, kun gjenstod ett tilbud i konkurransen og at dette var blant de dårligste tilbudene.
- (38) Klagers anførsler har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Bergen kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å omgjøre tildelingen og avvise klager fra konkurransen.

Bergen kommune har ikke brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk