



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Ettersending/supplering. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om en utførelsesentreprise til gjennomføring av prosjektet «Hammerfest Ren Havn». Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag. Herunder hadde innklagede anledning til å få ettersendt forpliktelseserklæring fra en underleverandør. Nemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen på grunn av et vesentlig avvik.

Klagenemndas avgjørelse 21. april 2022 i sak 2022/31

Klager: Consto Anlegg Nord AS

Innklaget: Kystverket

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Kystverket (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. september 2021 en åpen anbudskonkurranse om en utførelsesentreprise til gjennomføring av prosjekt «Hammerfest Ren Havn». Anskaffelsen var en del av et samarbeidsprosjekt mellom innklagede og Hammerfest kommune. Tilbudsfrist var 27. september 2021.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det angitt at anskaffelsen inkluderte følgende:
 - *riving av eksisterende kaikonstruksjon inkl. bygningsmasse*
 - *cellepuntdeponi for forurensede masser*
 - *bygging av kaikonstruksjon på deponiet*
 - *utdyping av Forsøl havn og Hammerfest havn*
 - *miljømudring og tildekking Hammerfest havn*
- (3) Konkurransegrunnlaget punkt 3 gjaldt kvalifikasjonskravene i konkurransen. I punkt 3.1 var det angitt følgende om ESPD-skjema:

«Leverandør må fylle ut det elektroniske egenerklæringskjemaet (ESPD) for å bekrefte oppfyllelse av samtlige kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskrav er minimumskrav til leverandøren.

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

Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i konkurransen be leverandøren levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte. Slik innsending av dokumentasjon skal skje "straks", jf. FOA § 17-1 (5). Kystverket har anledning til å etterspørre denne dokumentasjon på hvilket som helst tidspunkt etter kvalifikasjonssøknadens innleveringsfrist.

ESPD fylles ut direkte i Kystverkets konkurransegjennomføringsverktøy.

Dersom en leverandør støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter, eller flere leverandører deltar i konkurransen i fellesskap, skal virksomhetene/leverandørene levere separate egenerklæringsskjemaer (ESPD-skjema) i kvalifiseringen. Det gjøres i systemet.»

- (4) Det var blant annet stilt følgende krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner i punkt 3.2:

«Bare for offentlige bygg- og anleggsarbeider: I referanseperioden har leverandøren utført følgende arbeider av den etterspurte type. Oppdragsgiver kan kreve opptil fem års erfaring og tillate at det tas hensyn til erfaring fra tiden før de seneste fem år.

Beskrivelse av krav/dokumentasjon:

Det kreves erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag/leveranser av samme omfang, karakter og kompleksitet. Det skal legges ved tilbudet referanseliste til foretakets viktigste relevante leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, relevans, tidspunkt og mottaker. Referansene kontrolleres ved behov.»

- (5) I punkt 3.3 var det angitt følgende om støtte fra andre virksomheter for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav:

«Dersom leverandøren skal for denne kontrakten støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet, jf. FOA § 16-3, og tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. FOA § 16-5, skal underleverandøren fylle ut eget ESPD egenerklæringsskjema i Mercell.

Dersom en leverandør støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter, skal han dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene, jf. FOA § 16-10. Jmf. krav om forpliktelseerklæring under i pkt. 1.3.3 b). Mal for forpliktelseserklæring ligger vedlagt.»

- (6) Kontrakten ville tildeles basert på tildelingskriteriene «Kvalitet» (30 prosent), og «Pris» i henhold til mengdebeskrivelse (70 prosent). I beskrivelsen av tildelingskriteriet «Kvalitet» var det angitt at leverandørene skulle gi en generell beskrivelse hvordan arbeidet skulle gjennomføres, og beskrivelsen skulle vise at leverandøren hadde forstått oppgaven og hvordan han så for seg at oppdraget skulle gjennomføres. Beskrivelsen skulle blant annet inneholde en fremdriftsplan, som viste rekkefølgen på «alle store arbeidsoperasjoner – mudring, tildekking, deponering, bygging av deponi og bygging av kai, bygging av seilingsmerke, sprengning, flytting av flytebrygger».

- (7) I den tekniske mengdebeskrivelsen punkt C-2.41 var det angitt følgende:

«PR3.31A

KATODISK BESKYTTELSE MED OFFERANODER

Rund sum

Lokalisering: Cellespunt og permanent profilspunt i nord og sør

Anodemateriale: -

Anodens levetid: 25 år

Dimensjoner: -

Andre krav:

a) Omfang og prisgrunnlag

Posten inkluderer også leveranse og montering av anoder inklusive festebraketter på spunt. Innfestingen skal tåle påvirkningen av propellstrømmer. Posten omfatter også all nødvendig beregning og plan for plassering av offeranoder.

b) Utførelse

Det vises til tegning 10201517-RIG-TEG-709 og -710 for illustrasjon. Anodene monteres utvendig spuntvegg. Entreprenør skal oppgi anodetype med vekt.»

- (8) I spørsmål- og svarrunden før tilbudsfristens utløp, stilte en leverandør følgende spørsmål:

«Gjelder post C-2.41 Katodisk beskyttelse med offeranode. Posten skal gjøres opp som en RS. Men burde ikke byggherre her ha antydnet en samlet vekt på anodene som skulle medtas i rundsumposten?»

- (9) Innklagede ga følgende svar:

«Det er lagt opp til leverandørprosjektering av den katodiske beskyttelsen. Ved å ta hensyn til geometri på spunten som skal beskyttes, samt type anode valgt benyttet, fås vekt og antall anoder. Prosjektert løpemeter spuntvegg er ca. 290 m.»

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Consto Nord AS (*heretter klager*). NCC Norge AS (*heretter valgte leverandør*) ble 18. oktober 2022 innstilt som vinner av konkurransen.

- (11) Av tildelingsmatrisen følger det at valgte leverandør oppnådde 3 vektete poeng under tildelingskriteriet «Kvalitet», mot 2,61 poeng for klager. Klager fikk 7 vektete poeng under tildelingskriteriet «Pris», mens valgte leverandør fikk 6,92 poeng. Total vektet poengsum for valgte leverandør ble dermed 9,92 poeng, mot 9,61 for klager.

- (12) I valgte leverandørs tilbudsbrief fremgikk blant annet følgende:

«I vårt tilbud har vi medtatt levering/montering av komplett ICCP-anlegg (Impressed Current Cathodic Protection-system) i stedet for bruk av offeranoder.»

- (13) I valgte leverandørs ESPD-skjema var det oppgitt at man støttet seg på NCC Sverige AB, Sjøentreprenøren AS, Gagama Elektro AS og Fundamentering AS for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Det var ikke angitt i ESPD-skjemaet hvilke kvalifikasjonskrav valgte leverandør skulle støtte seg på de oppgitte underleverandørene for å oppfylle. For kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet fremgikk det at valgte leverandør selv oppfylte kvalifikasjonskravet, men at forpliktelseserklæring fra NCC Sverige AB likevel var vedlagt.

- (14) De fire underleverandørene hadde levert inn eget ESPD-skjema. Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke forpliktelseserklæringer fra underleverandørene. Fundamentering AS hadde ikke besvart feltet i ESPD-skjemaet om tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Det var ikke gitt informasjon om referanser i henhold til dokumentasjonskravet som gjaldt for dette kvalifikasjonskravet.

- (15) I melding av 9. november 2021 ba innklagede om at valgte leverandør ettersendte dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav:

«Kystverket viser til mottatt tilbud fra NCC i åpen anbudskonkurranse - "Hammerfest ren havn".

I tilbudet har NCC angitt at selskapet vil støtte seg underleverandørene Fundamentering AS, GAGAMA AS og Sjøentreprenøren AS for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det er også levert ESPD-skjema fra disse tre underleverandørene. Kystverket kan imidlertid ikke se at det er inngitt forpliktelseserklæringer fra disse tre underleverandørene. Kystverket ber derfor om at slike forpliktelseserklæringer oversendes Kystverket innen 10. november kl. 16:00. Kystverket ber om at NCC benytter konkurransegrunnlagets mal for forpliktelseserklæringer ved oversendelsen.

Gjennomgangen av NCCs tilbud har også vist at ESPD-skjemaet fra underleverandøren Fundamentering AS er mangelfullt utfylt når det gjelder besvarelse av kvalifikasjonskravet "tekniske og faglig kvalifikasjoner". Kystverket minner om at Fundamentering AS i henhold til konkurransegrunnlaget skal dokumentere "referanseliste til foretakets viktigste relevante leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, relevans, tidspunkt og mottaker". Kystverket ber derfor om at NCC innhenter en rettet versjon av ESPD-skjema fra Fundamentering AS, og oversender denne til Kystverket innen 10. november kl. 16:00.»

- (16) Neste dag sendte valgte leverandør utfylt ESPD-skjema fra Fundamentering AS, og forpliktelseserklæringer fra alle underleverandørene som valgte leverandør hadde oppgitt å støtte seg på for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Alle forpliktelseserklæringene var signert og påført datering før tilbudsfristens utløp.

- (17) Klagen ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. januar 2022.

- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. april 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.
- (20) Valgte leverandør har ikke tilstrekkelige kvalifikasjoner på fagområdet spunt, og innklagede hadde ikke adgang til å innhente forpliktelseserklæring fra Fundamentering AS. Innklagedes avklaring viser uansett at valgte leverandør ikke hadde rådighet over de nødvendige ressursene hos Fundamentering AS på tidspunktet for tilbudsfristens utløp. Fundamentering AS avga rent faktisk ikke forpliktelseserklæring eller andre dispositive utsagn til valgte leverandør før 10. november 2021. Regelverket er tydelig på at slik rådighet skal dokumenteres før tilbudsfristens utløp.

- (21) Valgte leverandør har ikke tilstrekkelige kvalifikasjoner på fagområdet VA/VVS. Det er ubestridt at valgte leverandør ikke oppfylte kravet selv. Valgte leverandør har derfor oppgitt i eget ESPD-skjema å ville støtte seg på underleverandører for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Valgte leverandør har navngitt tre underleverandører, men det fremkommer ingen informasjon i tilbudet om hvilke leverandører som skal utføre hvilke arbeider.
- (22) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at det inneholdt et vesentlig avvik. Valgte leverandør har tilbudt en løsning ved bruk av et ICCP-system, som bruker elektrisk spenning for å motvirke korrosjon. Dette er i strid med kravet i kravspesifikasjonen om at spuntdeponiet skal ha katodisk beskyttelse med offeranoder med en levetid på 25 år. ICCP er en kvalitativt og funksjonelt annen metode for katodisk beskyttelse av metallflater mot korrosjon.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Det forelå ikke en plikt til å avvise valgte leverandør som følge av manglende kvalifikasjoner på fagområdet spunt. Det var tilstrekkelige holdepunkter i valgte leverandørs tilbud for at Fundamentering AS mente å avgi sin støtte. Regelverket stiller ikke krav om at det skal kunne dokumenteres skriftlig at forpliktelsen forelå på tilbudstidspunktet.
- (24) Det forelå ikke en plikt til å avvise valgte leverandør på grunn av manglende kvalifikasjoner innenfor VA/VVS-arbeid. Arbeidene knyttet til VA og VVS utgjør en liten del av kontrakten, både i omfang og verdi. Verken VA- eller VVS-arbeid er fremhevet eller beskrevet som en sentral eller kritisk oppgave under kontrakten. Arbeidene er ikke av en slik karakter at det nødvendiggjør omfattende erfaring eller spesialistkompetanse, og konsekvensene ved eventuelle feil vil ikke være store. I alle tilfeller har valgte leverandør dokumentert å ha tilstrekkelig erfaring med VA- og VVS-arbeider med overføringsverdi til dette prosjektet gjennom sine referanseprosjekter.
- (25) Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke et avvik. Det var korrosjonsbeskyttelsens *funksjon* som var viktig for oppdragsgiver, ikke metoden som ble benyttet. Subsidiært, kan ikke avviket anses vesentlig.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en utførelsesentreprise for gjennomføring av prosjektet «*Hammerfest Ren Havn*», som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av leverandør

- (27) Klagenemnda skal ta stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.
- (28) Valgte leverandør ettersendte både forpliktelseserklæring og referanseprosjekter fra Fundamentering AS. Det er enighet mellom partene om at ettersendelsen var nødvendig

for at kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag kunne anses oppfylt.

- (29) Etter forskriften § 16-10 (2) skal en leverandør som støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle tekniske og faglige kvalifikasjoner, dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene. Dette kan for eksempel gjøres ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra de aktuelle virksomhetene. Dersom nødvendig dokumentasjon ikke er lagt ved tilbudet, kan oppdragsgiver *«skriftlig be leverandørene ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler»*, jf. forskriften § 23-5 (1). Denne adgangen er imidlertid begrenset ved at ettersendingen ikke kan medføre at det opprinnelige tilbudet *«forbedres»*, jf. § 23-5 (2).
- (30) I EU-domstolens avgjørelse i sak C-387/14 (Esaprojekt), gir EU-domstolen uttrykk for at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet ikke er til hinder for *«at opplysningerne vedrørende tilbuddet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør»*. Det ble videre presisert i premiss 39 og 40 at det da påhviler oppdragsgiver å sikre at supplerende opplysninger ikke fører til at *«tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud»* eller at anmodningen *«kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning»*.
- (31) Avklaringen eller ettersendelsen må altså gjennomføres i samsvar med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og etterprøvnbarhet i loven § 4. Hensynet bak begrensningene i avklaringsadgangen, er at en leverandør ikke skal kunne utnytte avklaringsadgangen til taktisk å endre tilbudet i strid med forhandlingsforbudet.
- (32) Ettersendingen forutsetter at det fremgikk av den opprinnelige besvarelsen av kvalifikasjonskravene at valgte leverandør mente å støtte seg på ressursene til Fundamentering AS, og at Fundamentering AS mente å avgi støtte.
- (33) I valgte leverandørs ESPD-skjema var det vist til en vedlagt referanseliste under kvalifikasjonskravet om erfaring. Det var i tillegg svart ja på spørsmålet om leverandøren støttet seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Valgte leverandør oppga at de blant annet ville støtte seg på kapasiteten til Fundamentering AS. Klagenemnda mener at det i tilstrekkelig grad fremgikk av tilbudet at valgte leverandør mente å støtte seg på Fundamentering AS' ressurser for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.
- (34) Det neste spørsmålet er om det også fremgår at Fundamentering AS mente å forplikte seg til å avgi støtte.
- (35) For å konstatere at et foretak har ment å avgi støtte, er klagenemnda av den oppfatning at et minstevilkår er at det ut fra en tolkning av tilbudet fremstår sannsynlig at selskapet som avgir støtte er kjent med at det er en del av tilbudet. Dette kan eksempelvis fremgå ved at det er lagt frem opplysninger om selskapet eller dokumentasjon fra selskapet som trolig må ha kommet fra selskapet selv.

- (36) Valgte leverandør har ikke noen formell tilknytning til Fundamentering AS som kunne tilsi at selskapet mente å avgi sin støtte. Tilbudet inneholdt imidlertid et ESPD-skjema fylt ut av Fundamentering AS, og dette kan tilsi at selskapet mente å avgi slik støtte.
- (37) Klager fremholder imidlertid at det er en forutsetning for å kunne be om ettersendelse, at det kan dokumenteres at underleverandøren har forpliktet seg allerede på tilbudstidspunktet. Det vises i den forbindelse blant annet til nevnte EU-dom C-387/14 (Esaprojekt), og Agder lagmannsretts avgjørelse i LA-2015-189076-2.
- (38) I saken for EU-domstolens avgjørelse i C-387 (Esaprojekt) var det spørsmål om det kunne tillates at en leverandør baserte seg på en *ny* underleverandørs erfaring. Det er denne underleverandørens identitet og kvalifikasjoner dommen gjelder. Avgjørelsen fra EU-domstolen skiller seg på dette punktet fra foreliggende sak. I LA-2015-189076-2 var faktum at leverandøren utelukkende hadde angitt et bestemt selskap som underleverandør, uten å dokumentere forholdet til selskapet på noen måte. Lagmannsrettsdommen skiller seg dermed også fra vår sak, ved at Fundamentering AS ikke bare var nevnt i tilbudet til valgte leverandør, men også hadde levert ESPD-skjema.
- (39) Klagenemnda er heller ikke enig i at den øvrige EU-domstolspraksisen som klager viser til, kan tas til inntekt for at det må dokumenteres at forpliktelsen forelå skriftlig på tilbudstidspunktet. Disse EU-dommene gir kun uttrykk at oppdragsgiver har en plikt til å få dokumentert at underleverandøren faktisk forplikter seg til å stille sine ressurser til disposisjon, for at ressursene kan vektlegges i vurderingen av om et kvalifikasjonskrav er oppfylt. Et slikt utgangspunkt er ikke til hinder for at avklaringsadgangen i forskriften § 23-5 kan gi oppdragsgiver en mulighet til å få rettet feil og uklarheter i tilbudet, for å forsvarlig kunne legge til grunn at det aktuelle kvalifikasjonskravet er oppfylt.
- (40) Slik valgte leverandørs tilbud er utformet, sett i sammenheng med at Fundamentering AS selv har levert ESPD-skjema, er klagenemnda av den oppfatning at det fremgår tilstrekkelig klart av tilbudet at selskapet mente å avgi sin støtte. Forpliktelseserklæringen som dokumenterte at valgte leverandør hadde rådighet over ressursene fra Fundamentering AS, utgjør etter klagenemndas mening ikke en endring av tilbudet, men supplerer den informasjonen som allerede fremgikk der.
- (41) Innklagede hadde etter dette anledning til å be om ettersendelse av forpliktelseserklæring fra Fundamentering AS i medhold av forskriften § 23-5 (2).
- (42) Det neste spørsmålet er om det er av betydning at Fundamentering AS ikke hadde gitt noen besvarelse av kvalifikasjonskravene i sitt ESPD-skjema.
- (43) Det fremgikk følgende om det aktuelle kvalifikasjonskravet i ESPD-skjemaet:

«Det skal legges ved tilbudet referanseliste til foretakets viktigste relevante leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, relevans tidspunkt og mottaker. Referansene kontrolleres ved behov.»

- (44) Selv om det ble bedt om at referanselisten var vedlagt tilbudet, kan ikke klagenemnda se at innklagede med dette kan anses å ha fraskrevet seg muligheten til å få ettersendt slik dokumentasjon. Det var angitt i konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver *«kan på ethvert tidspunkt i konkurransen be leverandøren levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte»*. Det

følger også av forskriften § 17-1 (2) at ESPD-skjemaet skal være *foreløpig* dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Klagenemnda legger til grunn at referanseprosjektene til Fundamentering AS var gjennomført på tilbudstidspunktet, og at ettersendelsen dermed ikke er i strid med prinsippet om likebehandling.

- (45) Klager anfører videre at valgte leverandør ikke har tilstrekkelige kvalifikasjoner på fagområdet VA/VVS.
- (46) Kvalifikasjonskravet var at leverandørene skulle ha *«erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag/leveranser av samme omfang, karakter og kompleksitet»*.
- (47) Kvalifikasjonskravet oppstiller ikke et eksplisitt krav til erfaring fra VA- og VVS-arbeider. Formuleringen av kvalifikasjonskravet kan ikke forstås slik at leverandørene måtte dokumentere erfaring med alle arbeidsoperasjoner anskaffelsen omfatter, men at leverandørene måtte vise at de har erfaring fra alle kontraktens sentrale områder, se tilsvarende Borgarting lagmannsretts tilnærming i LB-2017-156250.
- (48) Det er ikke spesifisert i kvalifikasjonskravet hva som ble ansett som kontraktens sentrale områder. I konkurransegrunnlaget var det angitt at anskaffelsen omfattet:
- riving av eksisterende kaikonstruksjon inkl. bygningsmasse
 - cellespunddeponi for forurensede masser
 - bygging av kaikonstruksjon på deponiet
 - utdyping av Forsøl havn og Hammerfest havn
 - miljømudring og tildekking Hammerfest havn
- (49) Verken VA- eller VVS-arbeid er fremhevet eller beskrevet som en sentral oppgave under kontrakten. I tillegg utgjør VA- og VVS-arbeidene etter det opplyste en liten del av kontrakten, både i omfang og verdi. Dersom det skulle være et krav om å dokumentere erfaring med VA- og VVS-arbeider for å oppfylle kvalifikasjonskravet, måtte dette ha kommet klarere frem av konkurransegrunnlaget.
- (50) Innklagede har under alle omstendigheter vist til at flere av valgte leverandørs referanseprosjekt omfatter arbeider som er vurdert å ha overføringsverdi til VA- og VVS-arbeidet i dette prosjektet, og at valgte leverandør har de nødvendige tillatelser til å utføre dette arbeidet. Det er ikke fremlagt bevis som gir nemnda grunnlag for å tvile på dette.
- (51) Klagers anførsel fører ikke frem.

Avvisning av tilbud

- (52) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.
- (53) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b) at oppdragsgiver *«skal»* avvise et tilbud som inneholder *«vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*.

- (54) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver ved å akseptere tilbudet ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget.
- (55) En av postene i mengdebeskrivelsen gjaldt katodisk beskyttelse med offeranoder. Det var angitt at anodene skulle ha en levetid på 25 år. Under «*Omfang og prisgrunnlag*» var det angitt at posten inkluderte «*leveranse og montering av anoder inklusive festebraketter på spunt*». Det var også angitt at posten omfattet all nødvendig beregning og plan for plassering av offeranoder. For utførelsen var det vist til en tegning for illustrasjon. Videre var det angitt at anodene skulle monteres utvendig på spuntvegg, og at leverandøren skulle oppgi anodetype med vekt.
- (56) I valgte leverandørs tilbudsbrief var det angitt:
- «I vårt tilbud har vi medtatt levering/montering av komplett ICCP-anlegg (Impressed Current Cathodic Protection-system) i stedet for bruk av offeranoder.»*
- (57) Konkurransen gjaldt en utførelsesentreprise, og den prosjekterte metoden for korrosjonsbeskyttelse var angitt i mengdebeskrivelsen. Mengdebeskrivelsen dannet igjen grunnlaget for leverandørenes prising av tilbudene. Det leverandørene skulle beregne og planlegge, var antall og plassering av offeranoder. Klagenemnda er ikke enig med innklagede i at det ble klargjort i spørsmålsrunden at leverandørene også hadde valgfrihet med hensyn til type katodisk beskyttelse som kunne tilbys.
- (58) Valgte leverandør har altså tilbudt og priset en annen type katodisk beskyttelse enn det som var bedt om i konkurransegrunnlaget. Valgte leverandørs tilbud inneholdt derfor et avvik.
- (59) Spørsmålet er videre om avviket skal anses som vesentlig. Ved vurderingen av om avviket er vesentlig, må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen.
- (60) Mengdebeskrivelsen angir konkret at det er offeranoder som skal benyttes, og gir informasjon om omfang, prisgrunnlag og utførelsen. En slik konkret angivelse gir grunnlag for å anta at metodevalget var viktig for oppdragsgiver. Dermed skal det mindre til før et avvik anses vesentlig. Dette underbygges av at man i NS3420, som mengdebeskrivelsen i denne anskaffelsen bygger på, kan velge om kontrakten skal stille krav om katodisk beskyttelse ved bruk av offeranoder, ved ICCP-beskyttelse, eller om leverandørene skal kunne velge selv, og innklagede valgte katodisk beskyttelse ved valg av offeranoder.
- (61) Selv om en ICCP-beskyttelse ivaretar samme funksjon som bruk av offeranoder, innebærer metoden bruk av en annen teknologi, som krever en annen gjennomføring og oppfølging av kontrakten. Valgte leverandør har dermed tilbudt en løsning som kvalitativt er så forskjellig fra det som er etterspurt, at den må anses å utgjøre et vesentlig avvik.
- (62) Klagenemnda har kommet til at avviket må anses vesentlig, og innklagede har brutt § 24-8 (1) bokstav b), ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.
- (63) Bruddet som er konstatert ovenfor gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Kystverket har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag, jf. forskriften § 24-3 (1) bokstav a.

Kystverket har brutt forskriften § 24-8 (1) ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen, som følge av et vesentlig avvik.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk