



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjektering av nytt Helsehus i Batnfjordsøra. Klagers anførsel om at det forelå en rekke feil ved kvalifikasjonskravet om «god erfaring fra prosjektering med tilsvarende kompleksitet og omfang», førte ikke frem. Klagenemnda konkluderte med at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet.

Klagenemndas avgjørelse 12. april 2022 i sak 2022/214

Klager: Harald Hjelle Arkitekter AS

Innklaget: Gjemnes kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

- (1) Gjemnes kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 19. november 2021 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjektering av nytt Helsehus i Batnfjordsøra. Anskaffelsens verdi ble estimert til i overkant av to millioner kroner. Tilbudsfrist var 20. desember 2021.
- (2) Bakgrunnen for konkurransen om prosjekteringen var at kommunestyret hadde godkjent romprogram for nytt helsehus med blant annet følgende funksjoner: 52 sykehjemsplasser, legekontor, helsestasjon, fysioterapi, og produksjonskjøkken.
- (3) Tildelingen skulle skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde den laveste prisen.
- (4) Innklagede etterspurte i konkurransen en rådgivergruppe som skulle utarbeide konkurransedokumenter for å skaffe totalentreprenøren til helsehusprosjektet. Av kontraktsgrunnlaget fremgikk det under organisering at rådgivergruppen skulle bestå av minst følgende rådgivere:

«1. Prosjekteringsleder for ARK og alle tekniske fag

2. Arkitekt (ARK)

3. Landskapsarkitekt (LARK)

4. Interiørarkitekt (IARK)

5. Rådgivende ingeniør bygg (RIB)

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

6. Rådgivende ingeniør geoteknikk (RIG)
7. Rådgivende ingeniør (RIVA)
8. Rådgivende ingeniør akustikk (RIaku)
9. Rådgivende ingeniør bygningsfysikk (RIBfy)
10. IKT
11. BIM koordinator
12. Tekniske rådgivere for alle nødvendige fag, herunder
 - a. Rådgivende ingeniør elektronikk (RIE)
 - b. Rådgivende ingeniør varme-, ventilasjons- og sanitærteknikk; VVS (RIV)
 - c. Rådgivende ingeniør brannteknikk (RIBr)
 - d. Rådgiver byggautomasjon
 - e. Rådgiver velferdsteknologi»

(5) Et av kvalifikasjonskravene under «Tekniske og faglige kvalifikasjoner» var:

Krav	Dokumentasjon
<p>Det kreves god erfaring fra prosjektering med tilsvarende kompleksitet og omfang</p> <p>Gjelder firma og tilbud personell.</p> <p>Referanseoppdrag:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Helse, skole, administrasjonsbygg el. utført for offentlig sektor 2. Lignende bygg fra privat sektor 3. Entreprisenum for hver enkelt bygg min. 150 mill. 	<p>Dokumentasjon av relevante referanseprosjekter for firma, <u>3 prosjekter i løpet av de siste 5 år.</u></p> <p>Dokumentasjon ved CV for tilbudt personell, 1-2 nøkkelpersoner per fag, relevante referanseoppdrag, <u>3 prosjekter i løpet av de siste 5 år.</u></p> <p>For hvert referanseprosjekt ønskes følgende opplyst:</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. Prosjektets navn 5. Beskrivelse av type prosjekt 6. Kontraktens størrelse 7. Prosjektets størrelse og kostnad 8. Navn på oppdragsgiver 9. Tidspunkt for utførelse 10. Firmaets rolle i prosjektet 11. Firmaets oppgaver i prosjektet

- (6) Det ble før tilbudsfristen stilt følgende spørsmål:

«Jfr. 4.2.2, 2.3.5 i del 1 konkurransebeskrivelsen skal CV for nøkkelpersonell med referanser leveres. Dersom man ser på del 2 Kontraktgrunnlag (1.1.1- organisering), er 16 ulike rådgiverroller benevnt. Vi mener det blir et veldig stort dokumentasjonskrav dersom alle 16 rådgivere skal levere tilpasset CV med referansekravene. Vil det være riktig å tolke å "nøkkelpersonell" begrenses til rollene PL og ARK, jfr. krav til referansebygg? Vi ber om en avklaring på hvordan dette kvalifikasjonskravet skal forstås.»

- (7) Innklagede svarte at «Skal leveres for alle rådgivere».

- (8) Videre ble det stilt følgende spørsmål:

«Jfr. samme punkt, 4.2.2, 235, er det i kravet til referansebygg satt entreprisesum min. 150 MNOK. Er denne grensen absolutt, eller vil det være anledning til å føre opp referansebygg med ca. 150 MNOK.?»

- (9) Svaret fra innklagede var at ««ca.» er veldig upresis derfor 150 MNOK er fortsatt minste krav.»

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra seks leverandører, herunder Harald Hjelle Arkitekter AS (heretter *klager*). I tildelingsbrev datert 21. desember 2021 fremgikk det at tre av leverandørene ble avvist på grunnlag av forhold med leverandørene. En av disse var klager.

- (11) I brev 21. desember 2021 begrunnet innklagede avvisningen av klager med at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om erfaring. Det var ifølge innklagede ikke dokumentert at klager hadde tilbudt rådgivere med erfaring fra prosjekter med entreprisesum over 150 millioner kroner innen samtlige av de etterspurte fagområdene.

- (12) Etter opprinnelig tildeling ble en fjerde leverandør også avvist fra konkurransen. I tildelingsbrev 14. januar 2022 fremgikk det at kontrakt var tildelt Norconsult AS (heretter *valgte leverandør*).

- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 15. februar 2022. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage 18. januar 2022.

- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. april 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte andre kvalifikasjonskrav enn det som fremgår av konkurransebeskrivelsen. Begrunnelsen for avvisning av klagers tilbud er ikke i samsvar med konkurransebeskrivelsen.

- (16) Innklagede har brutt regelverket, da kvalifikasjonskravet er uklart siden det ikke fremgår hvor omfattende deltakelse i prosjekteringen som kreves for å oppfylle kravet.

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å stille andre og strengere kvalifikasjonskrav enn det som er nødvendig for å kunne gjennomføre kontrakten. Kravet til erfaring med entrepresesum over 150 millioner kroner utgjør en uforholdsmessig begrensning av konkurransen i strid med forskriften § 16-1.
- (18) Kravet til minste entrepresesum under kvalifikasjonskravet «*erfaring fra prosjektering med tilsvarende kompleksitet og omfang*» er ikke relevant for å sikre at leverandøren er i stand til å gjennomføre kontrakten, og er derfor i strid med forskriften § 16-5.
- (19) Valgte leverandør oppfyller ikke kvalifikasjonskravene, og skulle derfor vært avvist fra konkurransen. Videre har innklagede ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt, brutt regelverket ved å behandle leverandørene forskjellig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det foreligger ingen feil ved avvisningen av klager.
- (21) Det hefter ingen feil ved kvalifikasjonskravet «*god erfaring fra prosjektering med tilsvarende kompleksitet og omfang*».
- (22) Klager har ikke saklig klageinteresse i få avgjort spørsmålet om valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av prosjektering av nytt Helsehus i Batnfjordsøra, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til over to millioner kroner. 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.
- (24) Klager har anført at det foreligger en rekke feil ved kvalifikasjonskravet om «*god erfaring fra prosjektering med tilsvarende kompleksitet og omfang*». For det første fremholder klager at kvalifikasjonskravet er uklart, da det ikke fremgår hvor omfattende deltakelse i prosjekteringen som kreves for å oppfylle kravet. Klagenemnda bemerker at ordlyden gir anvisning på en skjønnsmessig terskel for oppfyllelse av kravet. Dette er det ikke noe i veien for, så lenge skjønnet knyttes til et avgrenset vurderingstema. Oppdraget er grundig beskrevet i konkurransegrunnlaget, og de arbeider leverandøren skal ha erfaring fra, er angitt i beskrivelsen av kvalifikasjonskravet. Oppdragsgivers vurdering er derfor ikke helt fri, selv om den i sin kjerne gir rom for et skjønn som ikke kan prøves rettslig. Klagenemnda viser i den forbindelse til drøftelsen nedenfor i avsnitt 46 av om valgte leverandør har oppfylt det aktuelle kvalifikasjonskravet, hvor det fremgår at det går en rettslig grense for hvor begrenset befattning en leverandør kan ha med et referansebygg før referansen underkjennes. Kvalifikasjonskravet kan etter dette ikke anses som uklart.
- (25) I kvalifikasjonskravet om referanseprosjekter var det stilt krav om «*[e]ntrepresesum for hver enkelt bygg min. 150 mill.*». Klager fremholder at kravet til erfaring med entrepresesum over 150 millioner kroner utgjør en uforholdsmessig begrensning av konkurransen i strid med forskriften § 16-1, og at det er strengere enn det som er nødvendig. Klager fremholder også at kravet til minste entrepresesum ikke er relevant.

- (26) Innklagede har en betydelig skjønnsfrihet ved utformingen av kvalifikasjonskravene, herunder hvor strenge kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav som skal stilles.
- (27) Etter forskriften § 16-5 (1) kan oppdragsgiver bare stille krav som er relevante for å sikre at leverandøren har de tekniske og faglige kvalifikasjonene, inkludert menneskelige og tekniske ressurser og erfaringer, til å utføre kontrakten.
- (28) Ifølge innklagede er prosjektet i vedtaket fra kommunestyret budsjettert til 258 600 000 kroner ekskl. mva. Om prosjektet står det blant annet i konkurransegrunlaget at *«oppdragets kompleksitet og størrelse vil være retningsgivende for kvalifikasjonsnivået»*. Innklagede har vist til at formålet med å stille krav om at alle faggrupper hadde erfaring fra prosjekter med entreprisenummer på minst 150 millioner kroner var å sikre at personell har tilstrekkelig samarbeids- og koordineringsevner til å gjennomføre kontrakten. På bakgrunn av prosjektets størrelse og kompleksitet er klagenemnda av den oppfatning at kravet til erfaring med entreprisenummer på minst 150 millioner kroner ikke utgjør en uforholdsmessig begrensning av konkurransen i strid med forskriften § 16-1, og at det ikke er strengere enn det som er nødvendig. Videre anser nemnda at kvalifikasjonskravet klart er relevant, jf. forskriften § 16-5.
- (29) Klager har til slutt vist til at forskriften § 16-6 ikke åpner for å fastsette en minimumsverdi for bygg som leverandør og underleverandører tidligere har hatt prosjekteringsansvar for.
- (30) Etter forskriften § 16-6 (1) bokstav b *«kan oppdragsgiveren bare stille krav»* om at det fremlegges dokumenter med *«en oversikt over de viktigste vareleveransene eller tjenestene som leverandøren har utført i løpet av de siste tre årene, sammen med opplysninger om kontraktens verdi ...»*.
- (31) Innklagede har i denne anskaffelsen ikke bedt om opplysninger om pris på tidligere prosjekteringskontrakter som leverandørene har erfaring med, slik ordlyden i forskriften uttrykkelig åpner for. Verdien på entreprisene som er prosjektert, sier imidlertid noe om prosjekteringsarbeidets omfang, og er derfor, slik det fremgår ovenfor, klart relevant ved oppdragsgivers vurdering av kvalifikasjonskravet. Klagenemnda er derfor av den oppfatning at når forskriften gir hjemmel for å kreve opplysninger om *«de viktigste ... tjenestene»*, så må dette forstås slik at det også omfatter opplysninger om verdien av det som tjenesten inngår i. Nemnda mener derfor at innklagede hadde anledning til å be om dokumentasjon på minimumsverdi for bygg som leverandøren og underleverandører tidligere har hatt prosjekteringsansvar for.
- (32) Når det gjelder teknisk personell følger det av forskriften § 16-6 (1) bokstav c at oppdragsgiveren kan stille krav om at det fremlegges dokumenter med en *«beskrivelse»* av teknisk personell.
- (33) Klagenemnda er av den oppfatning at *«beskrivelse av teknisk personell»* omfatter muligheten til å be om dokumentasjon på hvilke bygg personellet har arbeidet med. Det er klart at en *«beskrivelse»* må kunne inneholde nærmere presiseringer av hva som tidligere er arbeidet med. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (34) Klagenemnda skal videre ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å ikke forholde seg til kvalifikasjonskravet slik det fremgår av anskaffelsesdokumentene ved avvisningen av klager.

- (35) Det aktuelle kvalifikasjonskravet var som nevnt at leverandørene skulle ha «*god erfaring fra prosjektering med tilsvarende kompleksitet og omfang*». Det var presisert at dette gjaldt både firma og tilbudt personell. Om referanseoppdrag var det blant annet opplyst at entreprisesum for hvert enkelt bygg skulle være «*min. 150 mill.*». Dokumentasjonskravene etterspurte både dokumentasjon fra firma og tilbudt personell. Klager mener at ordlyden tilsier at kravet til minste entreprisesum på 150 millioner kroner måtte forstås slik at det gjaldt samlet for tilbudt personell.
- (36) Det er klart at kvalifikasjonskravet gjelder både for leverandør og tilbudt personell. Dokumentasjonskravet for personell var CV for 1-2 nøkkelpersoner per fag, relevante referanseoppdrag og tre prosjekter i løpet av de siste fem årene. Om referanseoppdrag var det i konkurransegrunnlaget blant annet opplyst at entreprisesum for hvert enkelt bygg minimum skulle være 150 millioner kroner. Det var i konkurransegrunnlaget oppgitt at rådgivergruppen skulle minst bestå av 16 rådgivere innenfor ulike faggrupper. Før tilbudsfristen ble det også bekreftet av innklagede at alle 16 rådgivere skulle levere tilpasset CV med referansekravene. Etter klagenemndas oppfatning er det derfor klart at kravet til minste entreprisesum måtte forstås slik at det gjaldt individuelt for den enkelte rådgiver, og ikke samlet totalt for tilbudt personell.
- (37) Klager har vist til at alle underleverandører har dokumentert god erfaring fra prosjektering med tilsvarende kompleksitet og omfang. Videre har klager vist til at samtlige ni firma som inngår i tilbudet har signert en erklæring om solidarisk ansvar for kontrakten, og derved også garantert for hverandres faglige kvalifikasjoner og gjennomføringsevne. Klagenemnda bemerker at tilbudt personell uansett også måtte oppfylle erfaringskravet. Klager har ikke dokumentert at personellet har erfaring med bygg med entreprisesum til minst 150 millioner kroner for hvert fag. Klagers manglende oppfyllelse av kravet til personell, innebærer derfor at det ikke er nødvendig for nemnda å ta stilling til om underleverandørenes dokumentasjon for øvrig tilfredsstillende.
- (38) Innklagede har dermed forholdt seg til kvalifikasjonskravet slik det fremgår av anskaffelsesdokumentene ved avvisningen av klager.
- (39) Klager har også anført at valgte leverandør ikke oppfyller det aktuelle kvalifikasjonskravet. Innklagede har anført at klager ikke har saklig klageinteresse i få avgjort denne anførselen.
- (40) Klager har deltatt i konkurransen, og har dermed i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (41) Klagenemnda er av den oppfatning at klager rettmessig har blitt avvist. Klager kunne derfor ikke ha vunnet konkurransen. Dersom valgte leverandør skulle vært avvist, ville det imidlertid gjenstått én annen leverandør som var ansett kvalifisert, noe som ville bragt spørsmålet om avlysning i en annen stilling. Klager har dessuten opplyst at de ikke har fått opplysninger om denne leverandørens dokumentasjon for at kvalifikasjonskravet var oppfylt. På denne bakgrunn finner nemnda grunnlag for å ta stilling til klagers anførsel.
- (42) Klager fremholder at valgte leverandørs prosjekteringsgruppeleder ikke hadde tre referanseprosjekter med entreprisekostnad på over 150 millioner kroner.
- (43) Klagenemnda bemerker at det i kvalifikasjonskravet om referanseprosjekter var stilt krav om «*Entreprisesum for hver enkelt bygg min. 150 mill.*». Sammenholdt med

dokumentasjonskravet om tre prosjekter, legger nemnda til grunn at leverandørene måtte dokumentere personell med erfaring fra tre referanseprosjekter for at kvalifikasjonskravet kunne anses som oppfylt.

- (44) Valgte leverandørs prosjekteringsgruppeleder hadde oppgitt fire referanseprosjekter.
- (45) Et av disse prosjektene var «*Trøndelag Fylkeskommune – konsept-, skisse- og forprosjekt Oppdal Videregående Skole*», hvor det var angitt «*[e]stimert prosjektkost kr 150 mill.*». Slik klagenemnda forstår det, omfatter prosjektkostnader både prosjekteringskostnader og entreprisekostnader. Nemnda legger derfor til grunn at prosjektkostnader omfatter mer enn entreprisekostnader. Valgte leverandør har også brukt de ulike begrepene i beskrivelsen av referanseprosjektene. Referanseprosjektet oppfylte derfor ikke kravet om at entreprisesummen skulle være minimum 150 millioner kroner.
- (46) Innklagede har fremholdt at det er en forskjell mellom «*entreprisesum*» og «*entreprisekostnad*». Nemnda kan ikke se at det er noe meningsforskjell mellom entreprisesum og entreprisekostnad slik innklagede har hevdet. Innklagede har heller ikke underbygget sitt syn med noe dokumentasjon.
- (47) Et annet referanseprosjekt var «*Orkdal Nye Helsetun - Konseptstudier og skissefase*». Selv om konseptstudier og skisser kan være en del av et prosjekteringsoppdrag, kan klagenemnda ikke se at dette er tilstrekkelig til å oppfylle kravet om «*erfaring med prosjektering*» i denne anskaffelsen. Nemnda bemerker at valgte leverandør i de tre andre referanseprosjektene har oppgitt at det er tale om «*forprosjekt*» eller «*detaljprosjekteringsfase totalentreprise*».
- (48) På denne bakgrunn hadde ikke valgte leverandør tre referanseprosjekter med entreprisekostnad på over 150 millioner kroner. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist fra konkurransen.
- (49) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert «*kan*» ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig klager rett på tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

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

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk