



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av seks omsorgsboliger med personalbase. Klagenemnda fant at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «god erfaring fra oppdrag med overføringsverdi til denne kontrakt». Nemnda fant også at valgte leverandørs tilbud inneholdt et vesentlig avvik.

Klagenemndas avgjørelse 1. juni 2022 i sak 2022/361

Klager: Atlant Entreprenør AS

Innklaget: Holmestrand Boligstiftelse

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Holmestrand Boligstiftelse (heretter *innklagede*) kunngjorde 30. november 2021 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av seks omsorgsboliger med personalbase. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 20 millioner kroner. Tilbudsfrist var 10. januar 2022.
- (2) Anskaffelsen skulle gjennomføres som en totalentreprise. Totalentreprisen skulle omfatte all nødvendig planlegging, prosjektering og oppføring av nytt bygg i henhold til konkurransegrunnlaget med vedlegg. Generelt ble det vist til tegninger fra arkitekt, samt kravspesifikasjon fra bruker. Tegninger fra arkitekt var ikke detaljprosjekterte og var kun veiledende når det gjaldt statikk og bygningsfysikk. Overflater og estetikk skulle ivaretas i detaljprosjektet. Statiske beregninger og utforming påhvilte entreprenøren.
- (3) Totalentreprenøren var ansvarlig for at alle former for entrepriser var dekket med kvalifisert og godkjent personell (autorisasjoner). Dette gjaldt for blant annet konsulenter, diverse utførelser, kontroll av prosjektering og utførende osv. Totalentreprenøren var også ansvarlig for alle nødvendige søknader som skulle til for at byggarbeidene kunne starte, gjennomføres og få ferdigattest. Bygget skulle bestå av to plan over bakkenivå med et samlet areal (BTA) på ca. 600 m².
- (4) Grunnarbeider på tomt, inkludert utgraving og avretting av byggegrøp, skulle utføres som en separat entreprise og inngikk ikke i denne anskaffelsen.
- (5) Det fremlagte arbeidsgrunnlaget var innklagedes eie, og søker kunne ikke velge en annen arkitekt til det videre arbeidet. Arkitekt kunne bli tiltransportert totalentreprenør i

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

gjennomføringsfasen. Leverandørene stod fritt til å benytte øvrige rådgivere brukt i forprosjektfasen, alternativt andre fagmiljøer i sin videre bearbeiding av prosjektet.

- (6) Et av kvalifikasjonskravene til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner var at: «*Tilbyderen skal ha sikker gjennomføringsevne og egnet bemanning til å gjennomføre oppdraget*». Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres oppfylt med oversikt over leverandørens arbeidsstyrke for oppdraget. Denne oversikten skulle også synliggjøre den administrative ledelsen.
- (7) Det var også stilt et kvalifikasjonskrav om at: «*Tilbyder skal ha god erfaring fra oppdrag med overføringsverdi til denne kontrakt*». Dette skulle dokumenteres med en oversikt over de viktigste, inntil tre relevante referanseoppdrag utført de siste tre år, herunder opplysninger om kontraktsverdi, tidspunkt, kort beskrivelse av oppdragene og oppdragsgiver og navn på kontaktperson. Kontaktperson ville kunne bli kontaktet ved behov.
- (8) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Pris*» (vektet 55 prosent) og «*Kvalitet*» (vektet 45 prosent). Under kvalitet skulle «*Leders kompetanse*» «*Leverandørens kvalifikasjoner*», «*Oppgaveløsning og framdriftsplan*» og «*Samarbeid og miljø*» vurderes. Dette skulle beskrives i tilbudsdokumentet eller som vedlegg. Blant annet skulle det oppgis kompetanse for den som skulle lede oppdraget – Prosjektleder og anleggsleder.
- (9) I vedlagt brannkonsept til konkurransegrunnlaget stod det som ytelseskrav til automatisk slokkeanlegg:

«Heldekkende slokkeanlegg iht. NS-EN 16925:2018+NA:2019 Faste brannslukkesystemer — Automatiske boligsprinklersystemer — Dimensjonering, installering og vedlikehold [5]. Ingen unntak angitt i standarden tillates.

Kravet gjelder ikke for carport (garasje med boder) gitt at avstanden er større enn 8 meter.»
- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra syv leverandører, herunder fra Atlant Entreprenør AS (heretter *klager*) og Botnebygg AS.
- (11) I Botnebygg AS' tilbud var det levert CV for prosjektleder og anleggsleder. Av CV'ene fremgikk det informasjon om ulike referanseprosjektet. Et referanseprosjekt gjaldt to leilighetsbygg på til sammen 15 leiligheter. Kontraktens verdi var åtte millioner kroner. Det fremgikk at valgte leverandør var hovedbedrift og utførte alt tømrerarbeid på de to byggene. Et annet prosjekt var utvendig totalrenoveringsarbeid av låve på Sande Prestegård. Kontraktssum var tre millioner kroner. Videre fremgikk det erfaring fra to skolebygg, et med utskifting limtresøyler og fasadeplater og et gjaldt oppgradering av brann og rømningsveier. Kontraktssummene for disse prosjektene var ikke oppgitt.
- (12) Innklagede meddelte 26. januar 2022 at Botnebygg AS (heretter *valgte leverandør*) var tildelt kontrakten. Klager ble rangert som nummer to. Valgte leverandør fikk 10 poeng på pris og 10 poeng på kvalitet. Klager fikk 9,92 poeng på pris og 9,63 poeng på kvalitet. Valgte leverandørs løsning med fullisolering av takkonstruksjonen fikk positiv uttelling i kvalitetsvurderingen.
- (13) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 28. februar 2022.

- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. mars 2022.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. mai 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Valgte leverandør oppfyller ikke kvalifikasjonskravet om god erfaring fra oppdrag med overføringsverdi. Valgte leverandør har ikke referanser fra kontrakter der de har vært totalentreprenør. Valgte leverandør har heller ikke dokumentert god erfaring fra prosjekt med overføringsverdi for prosjekteringsansvar, nybygg eller prosjekt av relevant størrelse.
- (17) Valgte leverandør oppfyller heller ikke kvalifikasjonskravet om gjennomføringsevne og egnet bemanning. Valgte leverandør har ikke dokumentert at de disponerer over ressurser til å være ansvarlig søker/ansvarlig utførende etter byggesaksforskriften.
- (18) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Valgte leverandørs tilbud avviker fra kravene i kravspesifikasjonen vedrørende tilbudte vindu og brannslukkesystem.
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved at evalueringen av de kvalitative tildelingskriteriene ikke har skjedd i tråd med konkurransegrunnlagets forutsetninger.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Valgte leverandør tilfredsstiller kvalifikasjonskravet om god erfaring med overføringsverdi til denne kontrakten.
- (21) Under kvalifikasjonskravet om gjennomføringsevne og egnet bemanning er det verken nevnt eller henvisning til hvilken tiltaksklasse leverandørene måtte være godkjent for. Slik kravet er utformet, er det ikke grunn til å forstå kvalifikasjonskravet på den måten at det kreves at leverandøren er godkjent for tiltaksklasse 2 for å kunne delta i konkurransen. Det vil utgjøre et vesentlig kontraktsbrudd om leverandøren ikke har eller oppnår de nødvendige godkjenninger, altså implisitt at godkjenningene kunne oppnås på et senere tidspunkt.
- (22) Valgte leverandørs løsningsforslag for vinduer og automatisk slokkeanlegg tilfredsstiller forskrift og myndighetskrav. Det er i tillegg lagt opp til en samspillperiode før kontraktsinngåelse. Det innebærer at leverandørene burde forstå at informasjon om hva oppdragsgiver forventet i konkurransegrunnlaget, ikke kunne anses som skal-krav. Leverandørene kunne forvente endringer og justeringer. Tilbudet inneholder ikke vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget, tilbudet skal derfor ikke avvises.
- (23) Tildelingsevalueringen er i samsvar med opplysningene i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av seks boliger med personalbase som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 20 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 del II jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (25) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (26) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a) at oppdragsgiveren «skal» avvise leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (27) Klagenemnda tar først stilling til hvordan kvalifikasjonskravet skal forstås. Hvilke rettslige rammer konkurransegrunnlaget setter for innklagedes skjønnsutøvelse, er et spørsmål som klagenemnda kan prøve fullt ut.
- (28) Det første omtvistede kvalifikasjonskravet var at leverandøren skulle ha «god erfaring fra oppdrag med overføringsverdi til denne kontrakt». Som dokumentasjon for oppfyllelse ble det bedt om en liste på inntil tre av leverandørens viktigste referanseoppdrag de siste tre år. Om disse oppdragene skulle leverandørene opplyse om kontraktsverdi, tidspunkt, oppdragsgiver og en kort beskrivelse av oppdraget. Det var oppgitt at kontaktperson for referanseoppdraget kunne bli kontaktet ved behov.
- (29) Kravet om «god erfaring» gir anvisning på en skjønsmessig terskel for oppfyllelse av kravet. Når det som her ikke er uttrykkelig presisert i anskaffelsesdokumentene hvilket nivå kvalifikasjonene må ligge på for å oppfylle kravet til deltakelse, ligger det under oppdragsgivers skjønn å fastlegge terskelen. Imidlertid setter kravet om overføringsverdi til «denne kontrakten» en ramme for innklagedes vurdering. Det må derfor vurderes nærmere hva som er innholdet av kontrakten i denne anskaffelsen.
- (30) Det fremgikk av kunngjøringen at konkurransen gjaldt en totalentreprisekontrakt for bygging av seks nye boliger. Totalentreprisen omfattet all nødvendig planlegging, prosjektering og oppføring av nytt bygg i henhold til konkurransegrunnlaget med vedlegg. All prosjektering, levering og montasje skulle inngå. Innklagede ønsket å knytte til seg en totalentreprenør for detaljplanlegging og oppføring.
- (31) Spørsmålet er om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om «god erfaring fra oppdrag med overføringsverdi til denne kontrakt».
- (32) Valgte leverandør hadde levert CV for prosjektleder og anleggsleder. I disse CV-ene var det oppgitt «Relevante prosjekter». Det første prosjektet var to leilighetsbygg på til sammen 15 leiligheter. Kontraktens verdi var åtte millioner kroner. Det fremgikk at valgte leverandør var hovedbedrift og utførte alt tømmerarbeid på de to byggene. Det andre prosjektet var utvendig totalrenoveringsarbeid av låve på Sande Prestegård. Kontraktssum var tre millioner kroner. Videre fremgikk det erfaring fra to skolebygg, et med utskifting limtresøyler og fasadeplater og et gjaldt oppgradering av brann og rømningsveier. Kontraktssummene for disse prosjektene var ikke oppgitt.
- (33) Innklagede mener at valgte leverandør med dette har vist at de har god erfaring fra leilighetsbygg. Ifølge innklagede har valgte leverandør også god erfaring med å utføre arbeid i spesielle brannobjekt og med offentlige oppdragsgivere og deres krav til dokumentering. Videre har innklagede trukket frem at valgte leverandør har gjennomført

oppdrag som er godkjent av lokale myndigheter for oppdrag i risikoklasse 2. Innklagede har også vist til at valgte leverandør har erfaring med prosjektbeskrivelser av oppdrag, digital byggesaksbehandling, søknadsprosesser i risikoklasse 2, med å samordne forskjellige faggrupper, prosjektledelse og erfaring med totalansvar og prosjektledelse som selvstendig næringsdrivende i 11 år.

- (34) Basert på konkurransegrunnlaget, fremstår det som sentralt for oppdraget å ha erfaring med totalentreprise. Etter klagenemndas oppfatning har valgte leverandør ikke levert dokumentasjon på at de har erfaring fra totalentrepriser. I referanseprosjektet som gjelder oppføring av leilighetsbygg, har valgte leverandør kun utført tømrerarbeidet. De øvrige prosjektene gjelder mindre restaurering og oppgradering. Disse begrenser seg også til tømrerarbeid. Innklagede har lagt til grunn at valgte leverandør har erfaring med prosjektering. Dette knytter seg til et referanseprosjekt som ikke var nevnt i det opprinnelige tilbudet. Heller ikke dette prosjektet gjaldt totalentreprise.
- (35) Klagenemnda har etter dette kommet til at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet til «*god erfaring fra oppdrag med overføringsverdi til denne kontrakt*». Valgte leverandør skulle derfor vært avvist.

Avvisning av tilbud

- (36) Klagenemnda finner også grunn til å vurdere om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, som følge av at det inneholder vesentlige avvik.
- (37) Det følger av forskriften § 9-6 første ledd bokstav b at «*[o]ppdragsgiveren skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (38) Det fremgikk av den tekniske beskrivelsen at karm og rammer skulle utføres i vedlikeholdsfrie materialer som aluminium, og ikke som trevindu med utvendig aluminium. Valgte leverandør har tilbudt trevinduer med utvendig aluminium. Det er dermed klart at det foreligger et avvik på dette punktet.
- (39) Videre skal det tas stilling om valgte leverandørs tilbud inneholder et avvik knyttet til tilbudt brannsløkkesystem.
- (40) I konkurransegrunnlaget var det satt krav til heldekkende slokkeanlegg i henhold til «*NS-EN 16925:2018+NA:2019 Faste brannsløkkesystemer — Automatiske boligsprinklersystemer*». Det var presisert at ingen unntak angitt i standarden var tillatt.
- (41) Valgte leverandør tilbydde en alternativ løsning ved å fullisolere hele takkonstruksjonen slik at kravet om sprinkling falt bort ifølge dem selv. Innklagede har i klageomgangen kommentert at valgte leverandør har priset et standard sprinkleranlegg. I prisskjema fra valgte leverandør er det oppgitt et svar på «*Brannsløkking – sprinkling*». Det foreligger imidlertid ingen informasjon som tilsier at dette ikke var prisen for den alternative løsningen.
- (42) I konkurransegrunnlaget stod det at det ikke var adgang til å gi alternative tilbud. Tilbud på en annen løsning enn de spesifiserte eller som på annen måte ikke var i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, ville anses som et tilbud med forbehold eller avvik.

- (43) Innklagede har vist til at det var lagt opp til en samspillsperiode. Det at valgte leverandørs tilbud skal videreutvikles etter kontraktsinngåelse, er imidlertid ikke det samme som at det ikke er oppstilt rammer for tilbudene i konkurransen. Også der det er lagt opp til en samspillsperiode skal oppdragsgiver ha et forsvarlig grunnlag for å kunne sammenligne tilbudene og utpeke det beste tilbudet. Valgte leverandør har i denne saken innlevert et tilbud som ikke var i overenstemmelse med konkurransegrunnlaget. Valgte leverandørs løsning med å fullisolere hele takkonstruksjonen utgjorde dermed et avvik.
- (44) Den planlagte videreutviklingen av det beste tilbudet i samspillsfasen kan imidlertid ha betydning for vurderingen av om et avvik er «vesentlig». Hvis avviket kan håndteres i samspillsperioden, vil det kunne tilsi at avviket ikke er «vesentlig», se til sammenligning klagenemndas avgjørelser i sakene 2020/489 premiss 50-51, 2019/41, avsnitt 32–34 og 2019/277, avsnitt 21 og 22. En forutsetning for at et avvik skal kunne rettes i samspillsfasen, er imidlertid at avviket ikke har gitt leverandøren en konkurransefordel ved evalueringen, i strid med kravet til likebehandling i loven § 4.
- (45) Klager har påstått at dersom de hadde priset inn samme vinduer som valgte leverandør, ville klager hatt den laveste tilbudsprisen med relativt stor margin. Innklagede på sin side har hevdet at å skifte valgte leverandørs vinduer til aluminiumsvinduer vil utgjøre cirka 50 – 60 000 kroner i merutgifter. Ingen av partene har dokumentert sine påstander.
- (46) Partene har ikke konkretisert den eventuelle prisforskjellen for avviket med slokkeanlegget. Nemnda legger likevel til grunn at valgte leverandørs avvik vil ha en ikke ubetydelig priskonsekvens. Poengdifferansen mellom klager og valgte leverandørs tilbud er liten. Mellom tilbudsprisene skilte det bare cirka 140 000 kroner av totalen på over 17 millioner kroner. Valgte leverandørs avvik med fullisolering av takkonstruksjonen fikk også positiv uttelling i kvalitetsvurderingen. Avviket fikk dermed ikke bare en prismessig konsekvens, men hadde også betydning for poenguttellingen under tildelingskriteriet kvalitet. Klagenemnda er derfor av den oppfatning at avviket ga valgte leverandør en konkurransefordel i strid med kravet til likebehandling.
- (47) Klagenemnda har kommet til at avviket må anses vesentlig. Det foreligger dermed et brudd på forskriften § 9-6 første ledd bokstav b. Valgte leverandørs tilbud skulle derfor vært avvist.
- (48) På den bakgrunn, tar klagenemnda ikke stilling til om det forelå feil ved tildelingsevalueringen.
- (49) Bruddene 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:

Holmestrand Boligstiftelse har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør.

Holmestrand Boligstiftelse har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk