



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for drifts- og vedlikeholdsoppgaver på veinettet i Vestfold. Klager ble avvist fra konkurransen under henvisning til at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til gjennomføringsevne. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Klager anførte også at kvalifikasjonskravet var ulovlig. Anførsene førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2022 i sak 2022/730

Klager: Mesta AS

Innklaget: Vestfold og Telemark fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

(1) Vestfold og Telemark fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. desember 2021 en åpen anbudskonkurranse om drifts- og vedlikeholdsoppgaver på veinettet i Vestfold syd. Avtalens varighet var tre år med opsjon på forlengelse 1 + 1 år. Tilbudsfrist var 1. februar 2022.

(2) Et av kravene til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner var «*Gjennomføringsevne*»:

«*Kvalifikasjonskrav*»:

1. Det kreves at kontrakten er tilstrekkelig bemannet og at leverandøren har kapasitet og evne til å håndtere kontraktens oppgaver innen gitte frister.

2. Det kreves teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring hos nøkkelpersoner som disponeres for oppdraget. Formell kompetanse kan erstattes av god relevant erfaring. Prosjektleder og anleggsleder må ha tilstrekkelig erfaring fra drift og vedlikeholdskontrakter på det offentlige vegnettet.

3. Leverandøren må sannsynliggjøre at ovenstående krav vil være oppfylt ved kontaktsoppstart.»

(3) Som dokumentasjon for oppfyllelse skulle leverandørene fremlegge:

«*Dokumentasjonskrav*»:

1. En beskrivelse av leverandørens gjennomsnittlige årlige arbeidsstyrke.

2. En beskrivelse av bemanning og antall som leverandøren vil råde over til å utføre kontrakten (også eventuelle underentreprenører).

3. Organisasjonsplan og beskrivelse av organisasjon for kontrakten.

4. CV'er eller stillingsbeskrivelser med krav til formell kompetanse og erfaring for nedenstående nøkkelpersonell. Oppdragsgiver krever ikke at nøkkelpersonene er oppgitt ved navn i tilbudet. Dersom en person er tiltenkt å fylle flere roller vil oppdragsgiver foreta en konkret vurdering av om kontrakten er tilstrekkelig bemannet. Rollen som prosjektleder og anleggsleder kan ikke innehas av samme person. CV'er eller stillingsbeskrivelser skal leveres for følgende nøkkelpersonell:

- Prosjektleder

- Anleggsleder»

(4) Kontrakt ville tildeles tilbudet med den laveste prisen.

(5) Av konkurransegrunnlagets kapittel C2 «Spesielle kontraktsbestemmelser for drift og vedlikehold, Vestfold og Telemark fylkeskommune» punkt 4 fulgte det at:

«Opplysninger gitt av entreprenøren i tilbudet, og som er

- Grunnlag for byggherrens vurderinger av kvalifikasjoner og
- Grunnlag for byggherrens vurdering av tilbudet iht. fastsatte tildelingskriterier er forpliktende for entreprenøren

Dette innebærer bl.a. at entreprenøren er forpliktet til i hele kontraktsperioden å stille med personell som oppfyller de krav som følger av kvalifikasjonskravene og entreprenørens besvarelse av disse, jf. kap. B2 pkt. 2.4.3. Personer som er oppgitt eller personer med minst tilsvarende erfaring og kompetanse, skal ha de roller som fremgår av oversikt over tilbudte kvalifikasjoner. Dersom personer ikke er oppgitt, men stillingsbeskrivelser gitt med krav til formell kompetanse og erfaring, skal stillingene fylles av personell som oppfyller kravene. Videre legges entreprenørens opplysninger ift. fastsatte tildelingskriterier til grunn som premisser for utførelsen»

(6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra seks leverandører, herunder fra Mesta AS (heretter *klager*) og Presis Vegdrift AS.

(7) Både klager og Presis Vegdrift AS leverte stillingsbeskrivelser for anleggs- og prosjektleder. Stillingsbeskrivelsene var i begge tilbudene inndelt i åtte til ti punkter, som blant annet omhandlet stillingens formål, ansvarsområde, myndighet, hovedoppgaver og kompetansekrav. Det fremgikk ikke av stillingsbeskrivelsene hvem som var tiltenkt de aktuelle stillingene.

(8) Innklagede kontaktet klager 7. februar 2022 og ba klager påpeke hvor i stillingsbeskrivelsene eller eventuelt i øvrige deler av tilbudet dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «Gjennomføringsevne» punkt 2 fremgikk. Det ble presisert at klager ikke hadde anledning til å levere oppdaterte stillingsbeskrivelser.

(9) Klager besvarte henvendelsen 9. februar 2022:

«Kvalifikasjonskravet skal dokumenteres gjennom stillingsbeskrivelser eller CV'er. Mesta har lagt ved stillingsbeskrivelser. Som en del av tilbudet har Mesta også lagt ved egenerklæringsskjema hvor det bekreftes at alle kvalifikasjonskrav er oppfylt. Stillingsbeskrivelsene må dermed forstås i lys av at kvalifikasjonskravet er bekreftet oppfylt.

Både for stillingsbeskrivelsen for anleggsleder og prosjektleder er det i dokumentnavnet angitt «DV» som står for drift og vedlikehold. Konteksten forutsetter dermed at det kreves erfaring innen drift og vedlikehold.

Stillingsbeskrivelsen for anleggsleder beskriver i pkt. 3 at «AL skal organisere og lede anleggslaget på en hensiktsmessig måte samt sørge for nødvendig kompetanse». Anleggsleder kan ikke gjøre en hensiktsmessig organisering og i alle fall ikke sørge for nødvendig kompetanse uten selv å ha den nødvendige erfaringen. Her ligger det derfor en klar forutsetning om at anleggsleder må ha erfaring fra drift og vedlikehold på offentlig veg.

Videre ligger det implisitt også i pkt. 4 at det ansvar og de oppgaver som der er angitt krever at anleggsleder har erfaring med tilsvarende driftskontrakter.

Kompetansekravene som er beskrevet under pkt. 7 må også forstås med bakgrunn i at det her er tale om en anleggsleder for drift og vedlikehold. Det forutsettes også at søker har «erfaring fra faget». Med faget må det forstås drift og vedlikehold på offentlig vei. Videre kreves det evne til å sette seg inn i de administrative systemene og god kjennskap til relevante lover og avtaler. Også dette er krav som forutsetter erfaring med drift- og vedlikeholdskontrakter på offentlig vei.

Anleggslederen skal også ha erfaring med operativ ledelse. Ut fra konteksten er det vanskelig å forstå dette på annen måte enn at det er tale om ledelse innen drift og vedlikehold av offentlig veg. Når det kreves erfaring med «Drift og/eller Anlegg» vil dette i denne konteksten innebære at det kreves erfaring med enten drifts delen eller anleggs-/vedlikeholdsdelen av en drift- og vedlikeholdskontrakt på offentlig vei.

Stillingsbeskrivelsen for prosjektleder beskriver i pkt. 3 formålet med stillingen. Det fremheves her at det skal sikres optimal organisering og ledes slik at økonomiske, kvalitetsmessige og andre målsetninger oppnås. Det ligger i dette en klar forutsetning om at vedkommende må ha erfaring fra drift- og vedlikeholdskontrakter på offentlig vei for at stillingen skal kunne nå sitt formål.

Det ansvar og de oppgaver som beskrives i pkt. 4 gjør det også klart at det forutsettes erfaring fra drift- og vedlikeholdskontrakter på offentlig vei. Det kan her særlig fremheves at prosjektlederen skal sørge for at prosjektlaget har god kunnskap om kontrakten, omsette kalkyle til produksjon, sikre effektiv produksjon, opptre ihht. Mestas beste praksis, sikre tilstrekkelig kompetanse i laget mv.

Begge stillingsbeskrivelsene må leses ut fra den aktuelle konteksten, nemlig at de er utarbeidet for og gjelder drift- og vedlikehold av offentlig vei. Videre er det i egenerklæringsskjemaet bekreftet at alle kvalifikasjonskrav er oppfylt. Det ansvaret og de krav og oppgaver mv. som fremgår av stillingsbeskrivelsene er dermed naturlig å forstå slik at det kreves erfaring med drift- og vedlikeholdskontrakter på offentlig vei.

For øvrig må det påpekes at det i svardokument E2 pkt. 2.4.3 er angitt at tilbudt prosjektleder er prosjektleder i Mesta i dag, og er ansvarlig for de kontraktsmessige forpliktelsene overfor byggherre. Ved å opplyse om at prosjektleder har denne stillingen i dag, er det samtidig opplyst om at vedkommende har erfaring fra drift- og vedlikeholdskontrakt for offentlig vei.

(...)

Dersom oppdragsgiver, til tross for redegjørelsen vår ovenfor under pkt. 2, er av den oppfatning at kvalifikasjonskravet ikke er tilstrekkelig dokumentert, kan oppdragsgiver slik det er redegjort for ovenfor under pkt. 3, be Mesta om å ettersende, supplere, avklare eller utfylle i tråd med anskaffelsesforskriften § 23-5.»

- (10) Klager ble 23. februar 2022 avvist fra konkurransen. Det ble vist til at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til kompetanse for anleggs- og prosjektleder. Det ble opplyst at totalt fire leverandører ble avvist fra konkurransen grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (11) I samme brev ble det opplyst at kontrakt ble tildelt Presis Vegdrift AS (heretter *valgte leverandør*).
- (12) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 15. mars 2022.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. mai 2022.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. august 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klager fra konkurransen. Klager oppfyller det aktuelle kvalifikasjonskravet om teknisk og faglig kompetanse.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et ulovlig kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav. Denne feilen har påvirket konkurransen, og konkurransen skulle derfor ha vært avlyst.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Klager oppfylte ikke kvalifikasjonskravet, og innklagede var derfor forpliktet til å avvise leverandøren.
- (18) Innklagede er ikke enig i at det aktuelle kvalifikasjonskravet er ulovlig. Oppdragsgiver har en betydelig skjønnsfrihet ved utformingen av kvalifikasjonskravene.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder drifts- og vedlikeholdsoppgaver på vegnettet, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst, men anskaffelsen er gjennomført etter lov om

offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (20) Klagenemnda tar stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.
- (21) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a) at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (22) Det aktuelle kvalifikasjonskravet gjaldt gjennomføringsevne, og klager ble avvist for manglende oppfyllelse av kravet om at prosjektleder og anleggsleder måtte ha «tilstrekkelig erfaring fra drift og vedlikeholdskontrakter på det offentlige vegnettet». Kravet skulle dokumenteres oppfylt ved «CV' er eller stillingsbeskrivelser med krav til formell kompetanse og erfaring» for prosjektleder og anleggsleder.
- (23) Kvalifikasjonskravet legger opp til en skjønnsmessig vurdering av om nøkkelpersonenes erfaring er «tilstrekkelig». Denne skjønnsutøvelsen kan klagenemnda i begrenset grad overprøve. Hvordan kravet skal forstås, altså hvilke rettslige rammer konkurransegrunnlaget setter for innklagedes skjønnsutøvelse, kan nemnda prøve fullt ut. Ved fastsettelsen av innholdet i kravet skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå dette.
- (24) Det fremgikk av kvalifikasjonskravet at ressurspersonene som skulle benyttes som henholdsvis anleggsleder og prosjektleder måtte ha tilstrekkelig erfaring fra drift og vedlikeholdskontrakter på det offentlige vegnettet. Leverandørene trengte imidlertid ikke spesifisere hvilke ressurspersoner de ville benytte, men kunne dokumentere ressurspersonenes kompetanse og erfaring enten gjennom CV-er eller gjennom stillingsbeskrivelser. Ved levering av stillingsbeskrivelser, måtte disse vise hvilke krav til formell kompetanse og erfaring som var oppstilt for prosjektleder- og anleggslederrollene. Det ligger i dette at leverandørene måtte synliggjøre at det var påkrevd med erfaring fra drift- og vedlikeholdskontrakter på det offentlige vegnettet for å kunne bli benyttet i rollene som prosjekt- og anleggsleder.
- (25) Som dokumentasjon på oppfyllelse har klager levert stillingsbeskrivelser. For anleggsleder var det kun oppstilt veiledende kompetanse- og erfaringskrav til stillingen. De veiledende kravene til erfaring var begrenset til å gjelde erfaring med drift og/eller anlegg, samt erfaring fra ledelse i operativ virksomhet. For prosjektleder var det under «Krav til kompetanse» angitt at erfaring fra prosjektledelse var ønskelig for stillingen, og at bransjeerfaring var en fordel. Det er dermed ikke for noen av stillingene stilt krav om erfaring med drift- og vedlikeholdskontrakter på det offentlige vegnettet. Klagenemnda kan heller ikke se at de forholdene klager peker på i dokumentasjonen for øvrig er egnet til å dokumentere at ressurspersonene som skulle benyttes som anleggsleder og prosjektleder ville ha de nødvendige kvalifikasjonene. Klager har dermed ikke dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, og er rettmessig avvist.
- (26) Klager har også stilt spørsmål ved innklagedes manglende bruk av avklaringsadgangen i forskriften § 23-5. Forskriftens utgangspunkt er at oppdragsgiver har en rett, men ikke en plikt til å avklare uklarheter ved tilbudet. Klagenemnda kan ikke se at konkurransegrunnlaget inneholder uklarheter eller feil som gir grunnlag for en avklaringsplikt. I den grad dette er ment som en selvstendig anførsel, kan den dermed ikke føre frem.

- (27) Klagenemnda kan heller ikke se at kvalifikasjonskravet var ulovlig fordi leverandøren på tilbudstidspunktet skulle sannsynliggjøre at kravet ville være oppfylt ved kontaktsoppstart. Kvalifikasjonskravene skal sikre at leverandøren har evne til å levere i henhold til kontrakten og oppdragsgiver har en betydelig skjønnsfrihet ved utformingen av kvalifikasjonskravene og tilhørende dokumentasjonskrav. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Vestfold og Telemark fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk