



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
T. Holand Maskin AS
Ytre Torvhusveien 8
4374 EGRSUND
Norge
Kristen Holand

Deres ref.:

Vår ref.: 2023/0009-6

Saksbehandler: Mildrid Sulen Henden

Dato: 31.03.2023

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 5. januar 2023 på offentlig anskaffelse av entreprise for bygging av en ny overføringsledning. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Eigersund kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 7. november 2022 en åpen anbudskonkurranse etter forsyningsforskriften del II for anskaffelse av entreprise for bygging av en overføringsledning. Anskaffelsens verdi var estimert til 60-70 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var satt til 7. desember 2022.
- (2) Entreprisen omfattet en av to deler av en ny overføringsledning mellom en vannkilde og et vannbehandlingsanlegg. Det skulle bygges omtrent 5,5 kilometer hovedvannledning med tilhørende ventilkummer, luftekummer, lokal forsyningsledning og spillvannsledning, trekkerør og kabler. I tillegg skulle det bygges en gangvei på omtrent 1200 meter.
- (3) Kontrakt skulle tildeles basert på lavest pris.
- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 5.4 var det oppstilt flere krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner. Ett av dem var:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Krav	Vedlegg nr. Type dokumentasjon
Dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende (eller Sentral godkjenning), i tiltaksklasser og godkjenningsområder som angitt i Del II kontraktsgrunnlaget, pkt. A.2.	Vedlegg 2.3 Dokumentasjon (eller Sentral godkjenning) som godtgjør at entreprenøren kan erklære ansvarsrett for samtlige fag som prosjektet krever.

- (5) I kontraktsgrunnlaget pkt. A.2 var det angitt hvilke godkjenningsområder som var aktuelle for entreprisen, og hvilke tiltaksklasser som var påkrevd for disse godkjenningsområdene:

Innmåling og utstikking av tiltak	Tiltaksklasse 3
Veg- og grunnarbeider	Tiltaksklasse 3
Vannforsynings- og avløpsanlegg	Tiltaksklasse 3
Plasstøpte betongkonstruksjoner	Tiltaksklasse 2

- (6) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen, fra Bertelsen & Garpestad AS, BJ Mydland AS, Risa AS, Bjelland AS og T. Holand Maskin AS (heretter *klager*). Klager støttet seg på underleverandørene Hoem & Aamodt Oppmåling AS, Hervik Rør AS og Velde Asfalt AS.
- (7) Klager ble avvist fra konkurransen den 16. desember 2022. Begrunnelsen for avvisningen var manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav:

«Tilbudt underentreprenør Hoem & Aamodt Oppmåling har Innmåling og utstikking av tiltak i tiltaksklasse 3. Tilbudt underentreprenør Hervik Rør har ikke godkjenninger i høyere klasse enn T Holand Maskin for relevante godkjenningsområder. Den sentrale godkjenningen dekker ikke de etterspurte tiltaksklasser i konkurransegrunnlaget Del II pkt. A.2. Dokumentasjon i tilbudet sannsynliggjør ikke at dere kan få alle nødvendige godkjenninger og gjennomføre jobben med organisasjonen som er tilbudt.

Vi legger ellers til at T. Holand Maskin AS også har mangler mht kvalifiserende oppdrag og erfaring for nøkkelpersonell. Ut fra dette legger vi til grunn at dere ikke oppfyller kvalifikasjonskravene gitt i konkurransen at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet knyttet til dokumentert kompetanse.»

- (8) Samme dag ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Bertelsen & Garpestad AS (heretter *valgte leverandør*).
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. januar 2023.
- (10) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør er inngått.

Sekretariatets vurdering:

- (11) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder entrepriser for bygging av en overføringsledning som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 60-70 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (12) Sekretariatet tar først stilling til om innklagede har oppstilt et ulovlig kvalifikasjonskrav.
- (13) Klager har i den forbindelse vist til at det var oppstilt et absolutt krav om sentral godkjenning for de tiltaksklasser som var angitt i konkurransegrunnlaget.
- (14) Klagenemnda har i en rekke saker lagt til grunn at det ikke er tillatt å stille et absolutt krav om sentral godkjenning, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2018/500, avsnitt 38. Siden 1. desember 2018 går dette nå også eksplisitt frem av byggesaksforskriften § 9-1 andre ledd.
- (15) I vår sak var det aktuelle kvalifikasjonskravet formulert slik:

«Dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende (eller Sentral godkjenning), i tiltaksklasser og godkjenningsområder som angitt i Del II kontraktgrunnlaget, pkt. A.2.»

- (16) Dette skulle dokumenteres ved å levere:
- (17) *«Dokumentasjon (eller Sentral godkjenning) som godtgjør at entreprenøren kan erklære ansvarsrett for samtlige fag som prosjektet krever».*
- (18) I motsetning til det som var tilfellet i blant annet sak 2018/500, gikk kvalifikasjonskravet i vår sak ut på at leverandørene skulle dokumentere kompetanse *«som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende (eller Sentral godkjenning)»*. Sentral godkjenning var derfor en av flere alternative måter å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet på. Det er altså ikke riktig at det var stilt et absolutt krav om sentral godkjenning, slik klager forutsetter.
- (19) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig kvalifikasjonskrav, kan derfor klart ikke føre frem.

Avvisning av klager

- (20) Sekretariatet tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.
- (21) Det følger av forsyningsforskriften § 20-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver *«skal»* avvise en leverandør som *«ikke oppfyller kvalifikasjonskravene»*.
- (22) Den skjønnsmessige vurderingen av om en leverandør har de nødvendige kvalifikasjonene for å delta i konkurransen, kan bare i begrenset grad overprøves rettslig. Det som kan prøves, er hvordan kvalifikasjonskravet skal forstås, og om innklagedes

kvalifikasjonsvurdering er innenfor de rettslige rammene konkurransegrunnlaget setter for skjønnsutøvelsen. Ved fastsettelsen av innholdet i kravet skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå det. Det vil videre kunne være nødvendig å se hen til dokumentasjonskravet, hva kontrakten konkret går ut på, samt hvilke krav innklagede har stilt til ytelsen. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/257, avsnitt 26 med videre henvisninger.

- (23) For å oppfylle kvalifikasjonskravet, skulle leverandørene som nevnt dokumentere kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende, alternativt levere sentral godkjenning i de tiltaksklassene og godkjenningsområdene som var angitt i konkurransegrunnlaget. I dokumentasjonskravet var det presisert at dokumentasjonen skulle godtgjøre at entreprenøren kunne erklære ansvarsrett for samtlige fag som prosjektet krevde.
- (24) Av kontraktsgrunnlaget pkt. A.2. fremgikk det at det var krav om tiltaksklasse 3 for godkjenningsområdene «*Innmåling og utstikking av tiltak*», «*Veg- og grunnarbeider*» og «*Vannforsynings- og avløpsanlegg*». Det var krav om å kunne erklære ansvarsrett for tiltaksklasse 2 for godkjenningsområdet «*Plasstøpte betongkonstruksjoner*».
- (25) Partene er enige om at kvalifikasjonskravet er dokumentert oppfylt for godkjenningsområdet «*Innmåling og utstikking av tiltak*» gjennom sentral godkjenning for klagers underleverandør Hoem & Aamodt Oppmåling AS.
- (26) Klager ble imidlertid avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet for de tre øvrige godkjenningsområdene. For å kunne erklære ansvarsrett som ansvarlig utførende, må foretakets faglige ledelse oppfylle de utdanningskrav som er angitt i byggesaksforskriften § 11-3 første ledd, jf. § 11-2 første ledd. Utdanningen og arbeidserfaringen må være relevant for de aktuelle godkjenningsområdene. For tiltaksklasse 3 innebærer dette enten høyere fagskolegrad med 120 studiepoeng, eller tilsvarende sammen med åtte års arbeidserfaring, eller bachelorgrad i ingeniørutdanning, høgskolegrad eller tilsvarende med 180 studiepoeng, eller tilsvarende sammen med fem års arbeidserfaring.
- (27) Klager har i klagen vist til at både klager og daglig leder hos klager har erfaring med prosjekter som har vært av større vanskelighetsgrad og tilsvarende tiltaksklasse som prosjektet i denne anskaffelsen. Slik saken er opplyst for sekretariatet, var det imidlertid ikke dokumentert i tilbudet at den faglige ledelsen hos klager har fullført utdanning på det nivået som kreves etter byggesaksforskriften § 11-3, jf. § 11-2. Innklagede har opplyst at daglig leders CV som ble levert i tilbudet ikke inneholdt vedlegg. CVen som er oversendt sekretariatet inneholdt vedlegg i form av vitnemål og kursbevis. Det er leverandørens ansvar å dokumentere at de krav som er stilt er oppfylt, og som bærer risikoen for uklarheter i tilbudet, jf. forsyningsforskriften § 19-3 (2).
- (28) Klager har også flere innvendinger mot innklagedes vurdering av deres underleverandør Hervik Rør AS. Det er for det første vist til at Hervik Rør AS har lang erfaring og kompetanse som er relevant for vurdering av om kravet er oppfylt. Slik sekretariatet forstår klager, er det også vist til at Hervik Rør AS tidligere ikke har hatt sentral godkjenning for tiltaksklasse 3, men at underleverandøren har satt i gang prosessen med å få denne kompetansen dokumentert og formalisert. Det er ikke presisert hvilket godkjenningsområde klager sikter til. Uavhengig av dette har ikke klager levert dokumentasjon i tilbudet som sannsynliggjør at Hervik Rør AS innehar den formelle kompetansen som kreves etter byggesaksforskriften § 11-3, jf. § 11-2 på

tilbudstidspunktet, nærmere bestemt krav til utdanning hos den faglige ledelsen. Det bemerkes også at det kun er for tiltaksklasse 1 at kommunen i særlige tilfeller kan godkjenne at relevant praksis kan redusere kravet til utdanning, jf. § 11-4 sjette ledd bokstav b.

- (29) Ytterligere har klager vist til en tidligere konkurranse hvor Hervik Rør AS først ikke ble vurdert som kvalifisert, men denne vurderingen ble endret etter en klage. Hvorvidt innklagedes kvalifikasjonsvurdering er i tråd med regelverket, må vurderes opp mot rammene som er satt i konkurransegrunnlaget i den konkrete anskaffelsen. Det er derfor ikke relevant å se hen til hva som har skjedd i andre anskaffelser.
- (30) Til slutt har klager vist til at Hervik Rør AS også er engasjert som underleverandør for to av de øvrige leverandørene, Risa AS og Bjelland AS. Til dette bemerker sekretariatet at selv om en underleverandør er del av flere leverandørers tilbud, innebærer ikke dette nødvendigvis at disse leverandørene støtter seg på denne underleverandøren for å oppfylle de samme kvalifikasjonskravene. Leverandørene kan oppfylle kravet selv. Leverandørene kan potensielt også anses kvalifisert ved å støtte seg på denne underleverandøren, dersom det i tilbudet er dokumentert at underleverandøren oppfyller kvalifikasjonskravet.
- (31) På bakgrunn av det ovennevnte, vurderte innklagede at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om kompetanse, herunder for godkjenningsområdene «*Veg- og grunnarbeider*» og «*Vannforsynings- og avløpsanlegg*», hvor det var stilt krav om å kunne erklære ansvarsrett for tiltaksklasse 3.
- (32) Sekretariatet kan etter dette ikke se at det hefter feil ved innklagedes vurdering av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (33) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Line Rakner
Seksjonssjef

Mildrid Sulen Henden
Juridisk rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
T. Holand Maskin AS	Ytre Torvhusveien 8	4374 EBERSUND Norge	Kristen Holand kristen@thmaskin.no

Kopi til:

Eigersund kommune	Postboks 580	4379 EBERSUND Norge	post@eigersund.kommune.no Oddvar Siqveland Oddvar.Siqveland@norconsult.com
Norconsult AS			