



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av entreprenørarbeid knyttet til ny transformatorstasjon på Mongstad. Klager anførte at innklagede hadde oppstilt et kvalifikasjonskrav, og at valgte leverandør ikke oppfylte dette kvalifikasjonskravet. Klagenemnda kom frem til at kravet var et kontraktskrav, og at valgte leverandør oppfylte kontraktskravets dokumentasjonskrav.

Klagenemndas avgjørelse 21. april 2023 i sak 2023/42.

Klager: Romarheim Entreprenør AS

Innklaget: BKK Nett AS

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) BKK Nett AS (heretter *innklagede*) gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av entreprenørarbeid knyttet til ny transformatorstasjon på Mongstad i Alver og Austrheim kommune. Anskaffelsens verdi ble estimert til 100 187 779 kroner.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 fremgikk at innklagede hadde kvalifisert leverandørene gjennom kvalifikasjonsordningen Achilles UNCE, og at det kun var leverandører som hadde mottatt forespørsel om deltakelse i Anskaffelsesportalen som kunne levere tilbud.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 5 fremgikk at innklagede skulle velge leverandør basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var «*Kostnad*» (65 prosent) og «*Oppdragsforståelse herunder fremdrift*» (35 prosent).
- (4) Videre fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget punkt 2.5 «*Offentlige godkjenninger*»:

«Kontraktspart må kunne dokumentere han har nødvendige offentlige tillatelser til å drive slik virksomhet som kontraktarbeidet omfatter, herunder godkjenning i riktig tiltaksklasse.

BKK Nett krever at entreprenør må inneha kvalifikasjoner for at arbeidene tilsvarende tiltaksklasse 2 etter Plan og bygningsloven, og skal dokumentere dette ved innlevering.»

- (5) Innklagede skulle evaluere og velge ut et antall leverandører som fikk anledning til å delta videre i anskaffelsesprosessen. Innen tilbudsfristen ble det mottatt tilbud fra åtte leverandører hvorav tre av disse leverandørene ble invitert videre til forhandlinger.

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

Fyllingen Maskin AS, Romarheim Entreprenør AS (heretter *klager*) og Nordhordland Grunn og Betong AS (heretter *valgte leverandør*) ble invitert videre til forhandlingsrunden.

- (6) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk at ByggTeam Vest ville bli brukt som underleverandør på tømmerarbeider, og Lindås VVS ville bli brukt som underleverandør på rørleggerarbeid.
- (7) Innklagede gjennomførte forhandlinger med de tre inviterte leverandørene, og meddelte ved brev 18. november 2022 at kontrakt ville bli inngått med valgte leverandør.
- (8) Klager påklaget tildelingen 1. desember 2022. Innklagede besvarte klager 5. desember 2022, og opprettholdt tildelingsbeslutningen. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 8. desember 2022.
- (9) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. januar 2023.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. april 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Valgte leverandør oppfylte ikke kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet om nødvendige offentlige tillatelser, herunder godkjenning i tiltaksklasse 2 eller tilsvarende. Leverandøren skulle derfor vært avvist jf. forsyningsforskriften § 20-2 (1) bokstav a.
- (12) Valgte leverandørs tilbud inneholdt uansett vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, og skulle dermed vært avvist etter forsyningsforskriften § 20-8 (1) bokstav b.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Krav om offentlige godkjenninger var ikke et kvalifikasjonskrav, men et kontraktskrav. Innklagede hadde dermed ikke plikt til å avvise valgte leverandør.
- (14) Under enhver omstendighet så inneholdt ikke valgte leverandørs tilbud vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, og skulle dermed ikke vært avvist.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av ny 132/22kV transformatorstasjon på Mongstad. Anskaffelsens verdi er estimert til 100 187 779 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektoren 12. august 2016 nr. 73 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.
- (16) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt forskriften § 20-2 (1) bokstav a, ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av krav om kvalifikasjoner for arbeid tilsvarende tiltaksklasse 2.
- (17) Punkt 2.5 i konkurransegrunnlaget var formulert slik:

«Kontraktspart må kunne dokumentere han har nødvendige offentlige tillatelser til å drive slik virksomhet som kontraktarbeidet omfatter, herunder godkjenning i riktig tiltaksklasse.

BKK Nett krever at entreprenør må inneha kvalifikasjoner for at arbeidene tilsvarende tiltaksklasse 2 etter Plan og bygningsloven, og skal dokumentere dette ved innlevering.»

- (18) En eventuell avvisningsplikt etter forsyningsforskriften § 20-2 (1) bokstav a, forutsetter at dette punktet i konkurransegrunnlaget er å anse som et kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskrav er minimumskrav til leverandørene, og skal dokumentere leverandørens egnethet til å gjennomføre kontraktsforpliktelsene i den aktuelle anskaffelsen. Motsetningsvis oppfylles kontraktskrav i kontraktsperioden, hvor forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten.
- (19) Ordlyden i kravet i konkurransegrunnlaget punkt 2.5 gir etter klagenemndas oppfatning ikke klare føringer med hensyn til om kravet er å anse som et kvalifikasjonskrav eller et kontraktskrav. Første setning lest isolert tyder på at kravet er et kontraktskrav, der oppfyllelse skal skje i kontraktsperioden. Andre setning, som viser til at kravet skal dokumenteres ved tilbudsinnlevering, etterlater mer usikkerhet ettersom det er kvalifikasjonskrav, og ikke kontraktskrav, som må være oppfylt ved tilbudsinnlevering.
- (20) Et utslag av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 er at kvalifikasjonskravene skal være utformet så klart og fullstendig at en aktsom leverandør kan forstå innholdet, og utlede hvilke konkrete betingelser som stilles for deltakelse i konkurransen, se blant annet C-368/10 *Max Havelaar*. Et utslag av dette kravet er forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (3) der det fremgår at oppdragsgiver skal angi kvalifikasjonskravene sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Denne bestemmelsen får også anvendelse på forsyningsområdet jf. forskriften § 12-1 (2).
- (21) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 fremgikk at innklagede hadde kvalifisert leverandørene gjennom sin kvalifikasjonsordning, og at det kun var selskapene som hadde mottatt forespørsel om deltakelse gjennom Anskaffelsesportalen som kunne levere tilbud. Dette tilsier som et utgangspunkt at kvalifikasjonsfasen var ferdig, og at den resterende del av anskaffelsesprosessen bestod i evaluering av leverandørenes tilbud. I et slikt tilfelle må det fremgå tydelig om man oppstiller kvalifikasjonskrav utover det som har gjort leverandørene kvalifisert gjennom kvalifikasjonsordningen. Etter klagenemndas oppfatning fremstår det ikke som klart at konkurransegrunnlaget punkt 2.5 er ment som et kvalifikasjonskrav.
- (22) Klagenemnda vil også bemerke at selv om det ikke er et krav i regelverket om at kontraktskrav må være dokumentert oppfylt ved tilbudsinnlevering, så kan det likevel være en fordel at oppdragsgiver på et tidlig stadium får dokumentasjon også for at kontraktskrav vil oppfylles. Klagenemnda vil ikke utelukke at dette er årsaken til at kravet er plassert i konkurransegrunnlagets del I, og ikke del II (om kontraktsgrunnlaget). Det er dermed ikke avgjørende for kategoriseringen at innklagede krevde dokumentasjon allerede ved tilbudstidspunktet.
- (23) Klagenemnda har etter dette kommet til at konkurransegrunnlaget punkt 2.5 er å anse som et kontraktskrav, og ikke et kvalifikasjonskrav.

- (24) Innklagede har opplyst at valgte leverandør ikke har levert ESPD-skjema eller forpliktelseserklæringer for sine underleverandører. Klagenemnda nevner kort at ESPD-skjema og forpliktelseserklæring kun må fremlegges for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (25) Det er ikke et krav om å oppstille dokumentasjonskrav for kontraktsvilkår. I denne saken har imidlertid innklagede likevel valgt å kreve at leverandørene dokumenterer å *«inneha kvalifikasjoner for at arbeidene tilsvarende tiltaksklasse 2 etter Plan og bygningsloven»*. Klagenemnda går dermed over til å vurdere hvorvidt kontraktskravets dokumentasjonskrav er oppfylt.
- (26) Klager har vist til at valgte leverandørs underleverandører for tømrer- og VVS-arbeidene kun er kvalifisert til arbeid i tiltaksklasse 1. Innklagede fremholder at det kun var for betongarbeidene at tiltaksklasse 2 var nødvendig, ettersom VVS- og tømrerarbeidet var av enkelt og begrenset omfang.
- (27) Dokumentasjonskravet for oppfyllelse av kontraktskravet var knyttet til *«arbeidene»*, uten at rekkevidden var nærmere spesifisert. En slik generell henvisning uten en nærmere avgrensning av kravets utstrekning fremstår som uklar. Kravet kan, isolert sett, tyde på at kravet om tiltaksklasse 2 måtte omfatte alt arbeid på kontrakten, inkludert arbeidet til alle utførende underleverandører og uavhengig av arbeidets omfang og karakter.
- (28) I dokumentasjonskravets første punkt fremgikk imidlertid at kontraktspart måtte dokumentere *«nødvendige offentlige tillatelser til å drive slik virksomhet som kontraktarbeidet omfatter, herunder godkjenning i riktig tiltaksklasse.»* Et krav om *«nødvendige offentlige tillatelser (...), herunder godkjenning i riktig tiltaksklasse»* tyder på at krav om tiltaksklasser må ses opp mot det aktuelle arbeidet som skal utføres. Dersom kravet forstås som et krav om tiltaksklasse 2, uavhengig av arbeidets omfang og karakter, så vil store deler av setningen i første punkt være overflødig. Etter klagenemndas oppfatning er det derfor naturlig å forstå kravet slik at det ikke var alt av arbeider som skulle dokumenteres på innleveringstidspunktet, men de delene av arbeidet som krevde tiltaksklasse 2. Kravet om tiltaksklasse 2 var dermed knyttet til dokumentasjonstidspunktet, og omfattet ikke alt av arbeider.
- (29) Klagenemnda har dermed kommet til at det ikke var et krav om tiltaksklasse 2 for alle arbeidene som skulle utføres, men for arbeidene der dette var nødvendig hensyntatt arbeidets omfang og karakter. Valgte leverandørs underleverandør på tilbudstidspunktet var ikke godkjent i tiltaksklasse 2 for VVS- og tømrerarbeidet. Dette arbeidet utgjorde imidlertid en svært liten andel av den totale kontraktssummen, og var av enkel karakter. Klagenemnda legger derfor til grunn at godkjenning i tiltaksklasse 1 var tilstrekkelig for disse arbeidene. Valgte leverandør hadde godkjenning i tiltaksklasse 2 for grunn- og betongarbeidene som utgjorde over 60 prosent av kontraktssummen, og var av størst kompleksitet. Valgte leverandør har dermed oppfylt kontraktskravets dokumentasjonskrav.

Konklusjon:

BKK Nett AS har ikke brutt reglene for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk