



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avlysning/totalforkastelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for oppgradering av en sykkelvei. Klager anførte at de ikke skulle vært avvist fra konkurransen, som følge av at de oppfylte kvalifikasjonskravet til relevant erfaring fra lignende prosjekter. Klager anførte videre at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, som følge av at de ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til relevant erfaring for nøkkelpersonell. Klager anførte også at konkurransen skulle vært avlyst, på grunn av uklarheter i konkurransegrunnlaget. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. juni 2023 i sak 2023/182

Klager: Trasé AS

Innklaget: Oslo kommune v/Bymiljøetaten

Klagenemndas medlemmer: Elisabeth Wiik, Alf Amund Gulsvik og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/Bymiljøetaten (heretter *innklagede*) kunngjorde 26. juni 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for oppgradering av sykkelfelt i Ullevålsveien. Tilbudsfristen ble satt til 5. september 2022.
- (2) Anskaffelsen var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlagets vedlegg 02 - Funksjonsbeskrivelse. Av punkt 01 fremgikk det blant annet:

«Prosjektet omfatter ombygging av Ullevålsveien mellom Colletts gate og Thor Olsens gate, en strekning på ca. 1100 meter. Veien skal bygges om iht. reguleringsplan S-5124, vedtatt 16.6.2021, med mindre justeringer som beskrevet i dette dokumentet. Hensikten med prosjektet er å bedre forholdene for myke trafikanter.»

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3 var det stilt krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder til relevant erfaring:

«Det kreves relevant erfaring fra lignende prosjekter. De relevante prosjekter skal inkludere følgende elementer:

- *Anlegg i tett by*
- *Lokal overvannshåndtering*
- *Minst ett prosjekt skal ha vært totalentreprise basert på NS 8407»*

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

- (4) Det tilhørende dokumentasjonskravet var formulert slik:

«Beskrivelse av 3 relevante prosjekter fullført de siste 10 årene. Prosjektene skal beskrives med arbeidets art, tidspunkt, entrepriseform og referanseperson hos byggherren.

Leverandøren kan benytte vedlegg 13 «mal for referanser i henhold til kvalifikasjonskrav» eller egne prosjektbeskrivelser.»

- (5) Det ble også stilt kvalifikasjonskrav om *«[m]inimum 3 års relevant erfaring fra tilsvarende prosjekter for tilbudt nøkkelpersonell (prosjektleder, anleggsleder samt prosjekteringsansvarlig)».*

- (6) Oppfyllelse av kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres med:

«Maksimalt 4 CV'er for nøkkelpersonell. Leverandøren kan benytte vedlegg 12 «CV-mal» eller egne maler for CV. Det skal dokumenteres med CV tilbudt ressurs for:

- Prosjektleder*
- Anleggsleder*
- Prosjekteringsansvarlig»*

- (7) Innklagede mottok ingen tilbud innen den angitte fristen. Innklagede henvendte seg 3. oktober 2022 til leverandørene som hadde meldt interesse, og det ble påpekt at det var vanskelig å levere tilbud innen fristen på grunn av ferieavvikling. I tillegg viste to leverandører til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

- (8) Av Trasé AS' (heretter *klager*) tilbakemelding 6. oktober 2022 fremgikk følgende:

«Vi hadde dessverre ikke mulighet til å levere tilbudet på grunn av ferieavvikling og én kvalifikasjonskrav:"

Minst ett prosjekt skal ha vært totalentreprise basert på NS 8407

Vi er absolutt interessert i å levere tilbud denne gangen. Trasé samarbeider med Multiconsult og ønsker dem som prosjekterende i gjennomføringsfasen. Vi leser i konkurransedokumentene at " TE står fritt til å velge prosjekterende i gjennomføringsfasen." Fint om dere bekrefter at vi kan ha Multiconsult med på laget.

Vil bare nevne at Trasé har jobbet i tett by i flere år og at vi ferdigstiller nå tilsvarende prosjekt (Ytre ringvei) for Bymiljøetaten. Ullevålsveien er et prosjekt som passer godt i vår prosjektportefølje og vi tror vi kan levere konkurransedyktig tilbud.

Vi håper at kravet om NS8407 tas ikke med i den nye konkurransen og at vi får anledning til å levere tilbud på Ullevålsveien prosjektet.»

- (9) Innklagede besvarte klagers henvendelse 12. oktober 2023, hvor det blant annet fremgikk:

«Vi har tatt en ny vurdering vedrørende kravet om ett referanseprosjekt med NS 8407.

BYM anser tidligere erfaring med NS8407 som nødvendig for å sikre god gjennomføring av kontrakten for akkurat dette prosjektet.

BYM vil ta tilbakemeldingen til etterretning og vil ta det med i betraktning ved fremtidige utlysninger av konkurranser.

Det påpekes for ordens skyld at trasé har anledning til å støtte seg på underleverandører for å oppfylle kravet. (Se pkt. 3 i konkurransegrunnlaget og forpliktelseserklæringen).

Vi har sendt ut forespørsel til dere i KGV, så dere har mulighet til å levere tilbud hvis ønskelig.»

- (10) Etter tilbakemeldingene fra leverandørene ble konkurransen gjennomført på nytt som en anskaffelse under forskriftens del I, jf. § 5-2 (1) bokstav e. Alle leverandørene som hadde meldt interesse og gitt uttrykk for at de ønsket å delta i en ny konkurranse ble invitert til å inngi tilbud. Ny tilbudsfrist ble satt til 5. desember 2022.
- (11) Ved tilbudsfristens utløp forelå det tre tilbud, fra Isachsen anlegg AS (heretter *valgte leverandør*), klager og Braathen Landskapsentreprenør AS.
- (12) Kontrakt ble først tildelt klager 16. desember 2022. Av anskaffelsesprotokollen fremgikk det følgende under kvalifikasjonsvurdering av klager:
«Trasé AS, levert skatteattest uten restanse, kredittvurdering med AAA-rating. Referanseprosjekter (støtter seg på Multiconsults erfaring med Totalentreprise), ISO sertifisering 14001:2015 og 9001:2015.»
- (13) Valgte leverandør klaget på tildelingen 21. desember 2022, og fremholdt at klager skulle vært avvist fra konkurransen.
- (14) Innklagede tok klagen til følge, og avviste klager fra konkurransen 5. januar 2023 på grunn av manglede oppfyllelse av kvalifikasjonskrav til relevant erfaring. Av avvisningsbeslutningen fremgår det blant annet:

«Etter en ny vurdering er BYM kommet til at det foreligger avvisningsplikt av Trasé AS sitt tilbud etter anskaffelsesforskriften (FOA) § 24-2 (1) bokstav a:

«1) Oppdragsgiveren skal avvise en leverandør

a. som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene»

Bakgrunnen er at Trasé AS ikke oppfyller kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlagets pkt 3:

«Det kreves relevant erfaring fra lignende prosjekter. De relevante prosjekter skal inkludere følgende elementer:

- Anlegg i tett by*
- Lokal overvannshåndtering*
- Minst ett prosjekt skal ha vært totalentreprise basert på NS 8407»*

Slik det følger av kvalifikasjonskravet, skal leverandøren ha erfaring i rollen som totalentreprenør i et av referanseprosjektene. Trasé AS har ikke levert et referanseprosjekt i rollen som totalentreprenør, og oppfyller således ikke kvalifikasjonskravet.

Det følger av forpliktelseserklæringen, vedlagt tilbudet, at Trasé AS støtter seg på underleverandør – Multiconsult Norge AS (heretter «Multiconsult») – for blant annet dette kvalifikasjonskravet. Referanseprosjektet som er levert fra Multiconsult – Bussveien Stavanger – er et prosjekt der et annet selskap, Risa AS, var totalentreprenør. Multiconsult hadde rollen som rådgiver/prosjekterende til totalentreprenør.

Etter ny vurdering av referanseprosjektet konkluderes det med at Multiconsult heller ikke har tilstrekkelig relevant erfaring fra lignende prosjekter, og således ikke oppfyller kvalifikasjonskravet. Multiconsult har ikke levert et referanseprosjekt hvor Multiconsult har hatt rollen som totalentreprenør basert på NS 8407. Det å inneha rollen som prosjekterende/rådgiver til totalentreprenør er ikke tilstrekkelig for å oppfylle kravet, slik det er oppstilt i konkurransegrunnlaget. Rollen som totalentreprenør krever en annen erfaring og faglig kvalifikasjoner enn det å være prosjekterende/ rådgivende i en totalentreprise.

Ettersom verken Trasé AS eller Multiconsult oppfyller kvalifikasjonskravet, har BYM avvinningsplikt. På bakgrunn av det overnevnte er BYM pliktig til å omgjøre tildelingsbeslutningen, og avvise Trasé AS.»

- (15) Kontrakt ble deretter tildelt valgte leverandør 5. januar 2023. Det ble også utarbeidet en ny anskaffelsesprotokoll.
- (16) Klager klaget på tildelingen 10. januar 2023. Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede.
- (17) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. mars 2023.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. juni 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Prinsipielt har innklagede avvist klager i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (20) Subsidiært skulle valgte leverandør vært avvist fra konkurransen, som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om minimum 3 års relevant erfaring fra tilsvarende prosjekter for tilbudt nøkkelpersonell. Verken tilbudt anleggsleder eller prosjekteringsansvarlig har den nødvendige erfaringen til å oppfylle kvalifikasjonskravet.
- (21) Atter subsidiært skulle konkurransen vært avlyst, som følge av uklarheter knyttet til innholdet i kvalifikasjonskravene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser som anført i klagen.

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 en totalentreprise for oppgradering av sykkelvei, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til 55 millioner kroner.
- (24) Konkurransen er gjennomført som en anskaffelse under forskriftens del I, jf. § 5-2 (1) bokstav e. Det følger imidlertid av konkurransegrunnlaget at avvisningsreglene i del II gjelder fullt ut. Klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede har forpliktet seg til å følge forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del II.

Avvisning av leverandør

- (25) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.
- (26) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a, at oppdragsgiver «skal» avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (27) Ved fastleggelsen av innholdet i et kvalifikasjonskrav skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravet. Det nærmere innholdet av kvalifikasjonskravet må fastlegges på bakgrunn av kravets ordlyd. Det vil videre kunne være nødvendig å se hen til det tilhørende dokumentasjonskravet, konkurransegrunnlaget for øvrig, og hva kontrakten konkret går ut på, jf. HR-2022-1964-A (Flage Maskin) med videre henvisninger.
- (28) Det aktuelle kvalifikasjonskravet var formulert slik:

«Det kreves relevant erfaring fra lignende prosjekter. De relevante prosjekter skal inkludere følgende elementer:

- Anlegg i tett by*
- Lokal overvannshåndtering*
- Minst ett prosjekt skal ha vært totalentreprise basert på NS 8407»*

- (29) Av det tilhørende kvalifikasjonskravet fremgikk det videre:

«Beskrivelse av 3 relevante prosjekter fullført de siste 10 årene. Prosjektene skal beskrives med arbeidets art, tidspunkt, entrepriseform og referanseperson hos byggherren.

Leverandøren kan benytte vedlegg 13 «mal for referanser i henhold til kvalifikasjonskrav» eller egne prosjektbeskrivelser.»

- (30) Klager anfører at kvalifikasjonskravet ikke kan forstås slik at leverandøren faktisk må ha vært totalentreprenør for minst ett prosjekt basert på NS 8407. Slik klager ser det, åpner kvalifikasjonskravet for å kumulere leverandørens og eventuelle underleverandørers erfaring, slik at de til sammen kan oppfylle kravet.

- (31) Klagenemnda forstår kvalifikasjonskravet slik at man måtte dokumentere erfaring med rollen som totalentreprenør for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Nemnda bemerker at klager i utgangspunktet ikke anså seg selv kvalifisert til å delta i konkurransen, som følge av at de ikke hadde gjennomført kontrakter etter NS 8407. Etter nemndas syn tilsier dette at en normalt påpasselig leverandør må ha forstått kravet slik at man måtte dokumentere erfaring med rollen som totalentreprenør. Nemnda kan ikke se at innklagedes opplysning om at det var anledning til å tilknytte seg underleverandører for å oppfylle kravet endrer denne forståelsen. Det ble presisert at erfaring med NS 8407 var nødvendig for å sikre god gjennomføring av akkurat dette prosjektet.
- (32) Klager har ikke erfaring med rollen som totalentreprenør. Underleverandøren har heller ikke dokumentert erfaring som totalentreprenør, da deres referanseprosjekt bare viser at selskapet har vært prosjekterende for en annen totalentreprenør. Innklagedes avvisning av klager var dermed rettmessig.
- (33) På grunn av klagenemndas resultat, er det ikke nødvendig å ta stilling til hvilken forpliktelse fra underleverandøren som ville være tilstrekkelig for at klager kunne støttet seg på underleverandøren for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.

Avvisning av valgte leverandør

- (34) Klagenemnda skal i følgende ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å avvise valgte leverandør fra konkurransen, på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (35) Det aktuelle kvalifikasjonskravet var formulert slik:
- «Minimum 3 års relevant erfaring fra tilsvarende prosjekter for tilbudt nøkkelpersonell (prosjektleder, anleggsleder samt prosjekteringsansvarlig)»*

- (36) Oppfyllelse av kravet skulle dokumenteres med:

«Maksimalt 4 CV'er for nøkkelpersonell. Leverandøren kan benytte vedlegg 12 «CV-mal» eller egne maler for CV. Det skal dokumenteres med CV tilbudt ressurs for:

- Prosjektleder*
- Anleggsleder*
- Prosjekteringsansvarlig»*

- (37) Klager anfører at valgte leverandørs anleggsleder og prosjektansvarlig ikke har tilstrekkelig erfaring, og at kvalifikasjonskravet dermed ikke er oppfylt.
- (38) I vurderingen av om leverandørens tilbudte nøkkelpersonell har tilstrekkelig relevant erfaring, har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, basert på feilaktig faktum eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4, jf. eksempelvis Rt. 2007 side 1783 (NIDA), avsnitt 44 og klagenemndas avgjørelse i sak 2018/246, avsnitt 37. Dette beror i første rekke på om skjønnet er utøvd i tråd med det som en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder hadde grunn til å forvente, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2018/232, avsnitt 26.

- (39) Innklagede har fremholdt at både anleggsleder og prosjekteringsansvarlig har tre års relevant erfaring fra tilsvarende prosjekter. Slik innklagede ser det, er det avgjørende at erfaringen er relevant og at prosjektet er tilsvarende. Ifølge innklagede er det ikke nødvendig at nøkkelpersonell må ha hatt samme stillingstittel over en treårsperiode, slik klager har anført. Det er vist til at anleggsleder har erfaring som anleggsleder fra januar 2022 til august 2022, og som prosjektingeniør/driftsleder fra 2018-2022. Innklagede har videre vist til at prosjektansvarlig har erfaring som assisterende prosjektleder i perioden 2018-2020, og som prosjektleder fra januar 2020 av.
- (40) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes vurdering av anleggsleders og prosjektansvarligs erfaring er usaklig eller vilkårlig, eller basert på feilaktig faktum eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4. Innklagede har vist til de vedlagte CV-ene, og vurdert nøkkelpersonellets erfaring opp mot det aktuelle prosjektet. Nemnda er følgelig av den oppfatning at innklagede har utøvd et forsvarlig innkjøpsfaglig skjønn ved vurderingen av nøkkelpersonellets erfaring.
- (41) Valgte leverandør oppfylte dermed kvalifikasjonskravet til relevant erfaring for nøkkelpersonell, og innklagede hadde følgelig ikke plikt til å avvise dem fra konkurransen.
- (42) Klager har for øvrig også anført at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen, som følge av uklarheter i konkurransegrunnlaget når det gjelder kvalifikasjonskravet til relevant erfaring fra lignende prosjekt.
- (43) På bakgrunn av det som fremgår ovenfor av avgjørelsens premiss 31, er det klagenemndas syn at det aktuelle kvalifikasjonskravet var tilstrekkelig klart utformet. Nemnda kan dermed ikke se at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (44) Ingen av klagers anførsler har etter dette ført frem.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser som anført i klagen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent, og har ingen signatur.