



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør til sanering av idrettshall. Klager anførte blant annet at innklagede hadde brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen. Anførelsen førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 31. mai 2023 i sak 2023/223

Klager: AF Decom AS

Innklaget: Sola kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Sola kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 21. desember 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør til sanering av Solahallen. Anskaffelsens verdi var estimert til 6 millioner kroner. Tilbudsfrist var 1. februar.
- (2) Kontrakt ville bli tildelt på grunnlag av den laveste prisen.
- (3) Som kvalifikasjonskrav ble det blant annet stilt krav om at leverandøren måtte ha erfaring «*fra oppdrag som totalentreprenør av relevant art, omfang, og kompleksitet*». Som dokumentasjon måtte man inngi en «*[L]iste over de 3 viktigste relevante oppdrag de siste 5 år, herunder opplysninger om:*
✓ Kontraktsverdi
✓ Oppdragets innhold, herunder entrepriseform.
✓ Tidsrom for leveransen
✓ Referanseperson (navn, telefon, e-post)»
- (4) I kravspesifikasjonen punkt C.2 «*Konkurransegrunnlag*» sto det:
«Det stilles kvalifikasjonskrav for gjennomføring av rivearbeidene. Basert på kompleksiteten og konsekvensen for helse, miljø og sikkerheten er det satt tiltaksklasse 3, ref. byggesaksforskriften § 9-4 (Byggesaksforskriften, 2010), som krav til tilbydere for riveentreprise.»
- (5) Av kontraktsgrunnlaget punkt C.3 følger det at «*Totalentreprenør skal sørge for at alle ansvarsområder i tiltaket dekkes av et ansvarlig foretak*».
- (6) I kontraktsgrunnlaget punkt E3 ble det stilt følgende krav om tiltaksklasse:

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

«Totalentreprenør innehar rollen som ansvarlig søker i tiltaksklasse 2 for hele kontraktsarbeidet

Totalentreprenør er ansvarlig for alle søknader og tillatelser i forbindelse med arbeidene, samt kostnadene knyttet til disse.»

- (7) Av kontraktsgrunnlaget punkt B2 («*Spesielle kontraktsbestemmelser*») fremgikk det at totalentreprenøren skulle fremlegge prosjektorganisasjon for godkjenning av byggherre før kontraktssignering, der roller som beskriver ansvarsområder skulle underbygges og dokumenteres med «*formell/relevant*» kompetanse. Det fulgte videre av kontraktsgrunnlaget punkt H («*Dokumenter som skal fremlegges*») at totalentreprenøren før signering skulle legge frem prosjektorganisasjon for godkjenning av byggherre.
- (8) Innklagede mottok seks tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra AF Decom AS (heretter *klager*) og Miljøsanering Nord AS (heretter *valgte leverandør*). I tildelingsbrev av 16. februar 2023 orienterte innklagede om utfallet av konkurransen, der klager var innstilt som nummer to.
- (9) Til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav om erfaring fra oppdrag av relevant art, erfaring og kompleksitet, hadde valgte leverandør vist til fire referanseoppdrag. Oppdragene gjaldt riving av en barneskole, sanering av to skolebygg, utskifting av forurensede masser samt riving av gammelt salgslag.
- (10) Det første oppdraget gjaldt riving av en barneskole på omtrent 7 000 m², og inkluderte sanering av miljøfarlig avfall. Prosjektet fulgte NS8407. I oversikten over referanseprosjekter står det oppført at valgte leverandør var ansvarlig prosjekterende og ansvarlig utførende i tiltaksklasse 3. Av Rana kommunes tillatelse til igangsetting, fremgår det at kommunen var ansvarlig søker og ansvarlig prosjekterende i tiltaksklasse 2, mens valgte leverandør var ansvarlig utførende i tiltaksklasse 3.
- (11) Det andre oppdraget gjaldt sanering av to skolebygg, inkludert sanering av miljøfarlig avfall og asbest. En ansatt hos valgte leverandør var oppført som ansvarlig utførende i tiltaksklasse 2. Prosjektet fulgte NS8407. Ifølge gjennomføringsplanene var kommunen ansvarlig prosjekterende i tiltaksklasse 2, og valgte leverandør var ansvarlig utførende i tiltaksklasse 2.
- (12) Det tredje referanseprosjektet gjaldt utskifting av PFAS-forurensede masser på en flystasjon. Valgte leverandørs erklæring om ansvarsrett viser at valgte leverandør var ansvarlig utførende i tiltaksklasse 2, mens ifølge gjennomføringsplanen var to andre selskaper ansvarlig søker og prosjekterende i tiltaksklasse 2.
- (13) Det fjerde referanseprosjektet gjaldt riving av gammelt salgslag på omtrent 14 000 m², samt sanering av miljøfarlig avfall. Av valgte leverandørs ansvarserklæring fremgår det at valgte leverandør var ansvarlig søker i tiltaksklasse 1, prosjekterende i tiltaksklasse 2 og utførende i tiltaksklasse 3.
- (14) I brev av 23. februar 2023 hevdet klager at valgte leverandør ikke hadde ansatte med kompetanse til å påta seg ansvarsrett i tiltaksklasse for referanseprosjektene. Klager viste til at valgte leverandør hadde fått delvis avslag på søknad om sentral godkjenning, der avslaget gjaldt godkjenningsområdene «*Prosjektering av Miljøsanering i tiltaksklasse 2*»

og «Utførelse av Riving og miljøsanering i tiltaksklasse 3». På denne bakgrunn mente klager at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen.

- (15) I brev av 10. mars 2023 svarte innklagede at det ikke forelå en plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (16) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. mars 2023.
- (17) Innklagede har opplyst at de avventer kontraktsignering til utgangen av mai måned. Klagenemnda har derfor prioritert saken.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. mai 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Klager anfører prinsipalt at innklagede har en plikt til å avvise valgte leverandør grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra oppdrag som totalentreprenør av relevant art, omfang og kompleksitet.
- (20) Konkurranses grunnlaget må for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør forstås slik at det stilles krav om at leverandørene har utført rive-/saneringsoppdrag som totalentreprenør, der man har hatt funksjonen som ansvarlig søker i tiltaksklasse 2, og ansvarlig utførende i tiltaksklasse 3. Valgte leverandørs referanseprosjekt oppfyller ikke disse kravene.
- (21) Subsidiært anfører klager at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist grunnet et vesentlig avvik fra konkurranses grunnlaget, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Dersom klagenemnda ikke forstår konkurranses grunnlaget slik at det er stilt et slikt kvalifikasjonskrav som anføres over, anfører klager at kravspesifikasjon må forstås slik at det er stilt et minstekrav om at leverandøren må kunne erklære ansvarsrett som utførende i tiltaksklasse 3. Valgte leverandør oppfylte ikke kravet på tilbudstidspunktet. Et slikt avvik må anses vesentlig, da det innebærer at valgte leverandør ikke kan utføre oppdraget, og formuleringen som «kvalifikasjonskrav» viser at dette er ment som et absolutt krav som leverandørene må oppfylle for ikke å bli avvist.
- (22) Atter subsidiært anfører klager at innklagede ikke kan signere kontrakt med valgte leverandør, siden valgte leverandør ikke kan dokumentere før signering at man har ressurser som lovlig kan erklære ansvarsrett.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved kontraktstildelingen.
- (24) Innklagede anfører at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet om relevant erfaring. Referanseprosjektene som valgte leverandør har vist til er dekkende for å oppfylle kravet. Det er ikke avgjørende at valgte leverandør ikke var totalentreprenør i samtlige prosjekter – den relevante erfaringen kunne tilegnes uten å være totalentreprenør. De andre leverandørene, inkludert klager, var heller ikke totalentreprenør i alle referanseprosjektene.

- (25) Det var ikke stilt krav om at leverandørene i referanseprosjektene skulle dokumentere å ha erklært ansvarsrett i de samme tiltaksklassene som vil bli krevd i foreliggende prosjekt. Det var stilt krav om oppdrag av relevant – ikke tilsvarende – art, omfang og kompleksitet. Kvalifikasjonskravet gjaldt ikke ansvarsrett, og gjaldt ikke enkeltansattes erfaring. Det fulgte heller ikke et tilhørende dokumentasjonskrav.
- (26) Det er kommunene der tiltakene gjennomføres som har ansvar for å følge opp kravene til ansvarlig foretak i byggesakene, og kommunene hvor de aktuelle referanseprosjektene er utført, har ikke påberopt noen rettslige mangler ved tiltakene.
- (27) Innklagede hadde grunn til å anse opplysningene fra valgte leverandør som troverdige, og det forelå ikke holdepunkter for innklagede til å gjøre nærmere undersøkelser.
- (28) Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke vesentlige avvik. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at kun innstilt totalentreprenør skal dokumentere at krav til ansvarlige foretak i tilbudet er oppfylt. Dette skal skje etter at konkurransen er avsluttet. Til eksempel har ingen av leverandørene levert dokumentasjon som oppfyller kravet til ansvarlige foretak i tilbudet.
- (29) Valgte leverandør skal dokumentere oppfyllelse av krav til ansvarlig foretak før kontraktsinngåelsen. Dette tidspunktet er ikke inntrådt ennå.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder sanering av en idrettshall, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 6 000 000 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av leverandør

- (31) Klagenemnda skal ta stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen. Oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav a.
- (32) Det aktuelle kvalifikasjonskravet stilte krav om at «*[L]everandøren måtte ha erfaring fra oppdrag som totalentreprenør av relevant art, omfang, og kompleksitet*». Som dokumentasjon måtte man inngi en liste over de tre viktigste relevante oppdragene de siste fem årene. Kvalifikasjonskravet krevde dermed at leverandøren har erfaring fra oppdrag som totalentreprenør, og at referanseoppdragene var av relevant art, omfang og kompleksitet. Ordlyden «*relevant*» gir innklagede et visst skjønn i vurderingen av hvilke referanseoppdrag som oppfyller kravet.
- (33) Klager anfører at kvalifikasjonskravet, sett sammen med konkurransegrunnlaget for øvrig, stiller krav om at leverandørene har utført rive-/saneringsoppdrag som totalentreprenør, hvor man har hatt funksjonen som ansvarlig søker i tiltaksklasse 2, og ansvarlig utførende i tiltaksklasse 3.

- (34) Det er klart at ordlyden i kvalifikasjonskravet og det tilhørende dokumentasjonskravet ikke stiller krav om at leverandørene måtte dokumentere å ha hatt funksjonen som ansvarlig søker og utførende i gitte tiltaksklasser.
- (35) I kravspesifikasjonen punkt C.2 «Konkurransegrunnlag», sto det at man stilte «kvalifikasjonskrav» til rivearbeidene, og det fulgte at «[B]asert på kompleksiteten og konsekvensen for helse, miljø og sikkerheten er det satt tiltaksklasse 3, ref. byggesaksforskriften § 9-4 (...), som krav til tilbydere for riveentreprise».
- (36) Det er i kontraktens punkt E.3 stilt krav om at totalentreprenør innehar rollen som ansvarlig søker i tiltaksklasse 2 for hele kontraktsarbeidet, og videre at totalentreprenør er ansvarlig for alle søknader og tillatelser i forbindelse med arbeidene. I kontraktpunkt C.3, står det at «[T]otalentreprenør skal sørge for at alle ansvarsområder i tiltaket dekkes av et ansvarlig foretak.»
- (37) Ordlyden i kravspesifikasjonen C.2 taler om «kvalifikasjonskrav» til rivearbeidene. Beskrivelsen er imidlertid plassert i kravspesifikasjonen, og dens ordlyd beskriver etter klagenemndas syn arbeidenes kompleksitet. Dette punktet i kravspesifikasjonen kan ikke alene tilsi at kvalifikasjonskravet må forstås slik at det stilles krav om at leverandørene selv kan erklære ansvarsrett i tiltaksklasse 3.
- (38) Etter klagenemndas syn må punktet ses i sammenheng med kontraktpunkt E.3 og C.3. Disse punktene sier at valgte leverandør under kontrakten skal ha rollen som ansvarlig søker i tiltaksklasse 2, og for øvrig sikre at alle ansvarsområder dekkes av et ansvarlig foretak. Disse punktene tilsier at innklagede ikke har ment å stille et kvalifikasjonskrav om at valgte leverandør må kunne erklære ansvarsrett for tiltaksklasse 3, men at valgte leverandør for kontraktsarbeidet må sørge for at det er ansvarlige foretak som har de nødvendige kvalifikasjonene for å kunne erklære ansvarsrett. Dette skal valgte leverandør dokumentere, og få godkjent, hos byggherren før kontraktsignering, jf. kontraktpunkt B.2.
- (39) Det er etter dette klart at kvalifikasjonskravet om relevant erfaring ikke skal forstås slik at det stilles krav til at totalentreprenør har hatt funksjonen som ansvarlig søker i tiltaksklasse 2 og ansvarlig utførende i klasse 3.
- (40) Kvalifikasjonskravet stilte krav om «erfaring fra oppdrag som totalentreprenør (...)». Minst to av valgte leverandørs referanseoppdrag var gjennomført etter NS8407, som er standardkontrakten for totalentreprisekontrakter. I det fjerde referanseprosjektet har valgte leverandør hatt rollen som totalentreprenør, og vært ansvarlig søker, prosjekterende og utførende. Referanseprosjektene viser at valgte leverandør har erfaring med NS8407, og at man i det minste for ett prosjekt har vært både prosjekterende og utførende.
- (41) Etter klagenemndas syn var det ikke grunnlag for å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

Avvisning av tilbud

- (42) Videre vil klagenemnda ta stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget. Klager anfører at kravspesifikasjon må forstås slik at det er stilt et minstekrav om at leverandøren må kunne erklære

ansvarsrett som utførende i tiltaksklasse 3. Valgte leverandør oppfylte ikke kravet på tilbudstidspunktet.

- (43) I kravspesifikasjonen punkt C.2 «Konkurransegrunnlag» sto det:

«Det stilles kvalifikasjonskrav for gjennomføring av rivearbeidene. Basert på kompleksiteten og konsekvensen for helse, miljø og sikkerheten er det satt tiltaksklasse 3, ref. byggesaksforskriften § 9-4 (Byggesaksforskriften, 2010), som krav til tilbydere for riveentreprise.»

- (44) Etter klagenemndas syn krever ikke kontraktspunkt C.2 og E.3 at valgte leverandør må kunne erklære ansvarsrett for tiltaksklasse 3. Innklagede har ansvar for at alle ansvarsområdene dekkes av et ansvarlig foretak, men det fremgår ikke at dette må være valgte leverandør selv. Dette skal dokumenteres ved kontraktsinngåelse. Valgte leverandørs tilbud inneholder på denne bakgrunn ikke et vesentlig avvik.

Kontraktsignering

- (45) Atter subsidiært anfører klager at innklagede ikke kan signere kontrakt med valgte leverandør, siden valgte leverandør ikke kan dokumentere før signering at man har ressurser som lovlig kan erklære ansvarsrett.
- (46) Klagenemnda bemerker at tidspunktet for kontraktsignering ikke er inntrådt, og at nemnda derfor ikke tar stilling til anførselen.

Konklusjon:

Sola kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk