



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse, Avvisning av leverandør, Feil i/uklart konkurransegrunnlag

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av driftskontrakt for vedlikehold av veier i Trøndelag for 2023-2024. Klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget ikke var uklart, at det ikke var oppstilt et ulovlig kvalifikasjonskrav og at avvisningen av klager var lovlig. Innklagede hadde ikke brutt kravet om etterprøvbarhet i § 4 i forbindelse med vurderingen av referanseprosjekter under kvalifikasjonskravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Klagenemndas avgjørelse 8. oktober 2024 i sak 2024/129

Klager: Brødrene Bjerkli AS

Innklaget: Statens vegvesen

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Hanne S. Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. juni 2023 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av vedlikeholdsoppgaver på riksveger, med tilhørende sideanlegg, sideområder, utstyr og installasjoner mv. i Trøndelag fylke. Anskaffelsens verdi ble estimert til 50,5 millioner kroner. Tilbudsfrist var 1. august 2023.
- (2) Det var oppstilt fire kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget kapittel B. Disse inneholdt krav til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling, leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet, leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner og Helse, miljø og sikkerhet (HMS) og kvalitet. Relevant for denne saken er særlig kravene til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder de underordnede kravene «*byggherrers erfaring*» og «*gjennomføringsevne*».
- (3) Kravet til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgikk av konkurransegrunnlaget kapittel B, punkt 2.4. Herunder var det krav til relevant erfaring, byggherrens erfaringer og gjennomføringsevne. Punkt 2.4.2 «*Byggherrers erfaring*» lød som følger:

«Kvalifikasjonskrav:

Statens vegvesens og andre erfaringer med tilbyder vil bli vurdert.

Det kreves at tilbyder kan vise til referanser til relevante kontrakter som han selv har gjennomført på en tilfredsstillende måte.

Forhold som vil bli vurdert er knyttet til bla:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- Dokumentasjon av utført kvalitet
- Oppfyllelse av kontrakter
- Etterlevelse av bestemmelser og rutiner for HMS
- Etterlevelse av bestemmelser for lønns og arbeidsvilkår
- Overholdelse av frister
- Oppfølging i reklamasjonstiden
- Bruk av lærlinger

(4) Kravet skulle dokumenteres slik:

«En liste over inntil 5 og ikke mindre enn 3 kontrakter som leverandøren har gjennomført eller gjennomfører i løpet av de siste fem årene regnet fra tilbudsfristen.

Listen skal, jf. skjema inntatt i kapittel E, inneholde følgende for hver av kontraktene:

- Navn på mottaker (oppdragsgiver)
- Beskrivelse av hva kontraktarbeidene gikk ut på, herunder relevansen i forhold til kvalifikasjonskravets punkt 1 og 2.
- Hvilke arbeider som ble utført av leverandøren selv, og hvilke arbeider som ble utført av underleverandører (kontraktsmedhjelpere).
- Tidspunkt for leveransen.
- Kontraktens verdi.
- Referanseperson/kontaktperson hos oppdragsgiver med kontaktdata (telefonnummer og e-postadresse), og angivelse av vedkommendes rolle hos oppdragsgiver under kontrakten. Leverandøren er ansvarlig for at referansepersonen er tilgjengelig og avgir referanse.»

(1) Det underordnede kravet «Gjennomføringsevne» var formulert slik:

««Kvalifikasjonskrav:

1. Det kreves at kontrakten er tilstrekkelig bemannet og at leverandøren har kapasitet og evne til å håndtere forutsette og uforutsette forhold i kontrakten, herunder CoVid-19.
2. Det kreves teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring hos nøkkelpersoner som disponeres for oppdraget.

Dokumentasjonskrav:

1. En beskrivelse av leverandørens gjennomsnittlige årlige arbeidsstyrke og antallet medarbeidere i ledelsen i løpet av de siste tre årene.
2. En beskrivelse av bemanningen som leverandøren råder over til å utføre kontrakten.
3. Organisasjonsplan og beskrivelse av organisasjon for kontrakten.
4. CV og stillingsbeskrivelser for nøkkelpersonell, jf. kapittel C, herunder følgende ressurser:
 - Prosjektleder
 - Anleggsleder
 - Kvalitetsstyringsansvarlig
 - HMS-ansvarlig»

- (2) Det fremgikk videre av konkurransegrunnlaget B2 punkt 3: «Bestemmelsene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren fremgår av anskaffelsesforskriften § 9-5. Det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) gjelder som dokumentasjon bl.a. for at det ikke foreligger avvisningsgrunner, jf. forskriften § 8-10.»
- (3) Det fulgte av kapittel B2 punkt 6.2 hvilke krav som ble stilt til leverandørenes dokumentasjon av kvalifikasjonskravene:

«Leverandøren skal dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene gjennom:

1. Utfylt ESPD-skjema
2. Utfylt svarskjema, slik dette er angitt i kapittel E,
3. Skatteattest, jf. punkt 3.2. ovenfor.

Dokumentasjon som etterspørres i henhold til punkt 1, 2 og 3 skal leveres som en del av tilbudet innen tilbudsfristen, jf. kapittel B3 punkt 2.1.

Innsendte vedlegg/dokumenter skal navngis og nummereres tydelig i forhold til det kvalifikasjonskrav vedlegget/dokumentet hører inn under, slik dette fremkommer av kapittel E.

Oppdragsgivers vurdering av om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene vil som utgangspunkt kun bli gjennomført basert på innlevert dokumentasjon, herunder eventuelle oppgitte referanser. Oppdragsgiver forbeholder seg likevel retten til å legge vekt på eventuelle egne erfaringer (positive og negative) med leverandøren (og evt. samarbeidende foretak, jf. punkt 4). Tilsvarende gjelder for andre offentlige oppdragsgiveres erfaringer. Oppdragsgivers adgang til å be om ettersending og avklaring fremgår av punkt 7 med videre henvisning.»

- (4) Av svardokumenter skulle følgende dokumentasjon legges ved tilbudet innen tilbudsfrist:

E1 Dokumentasjon fra tilbyder

Dokumentasjon som skal inngå i tilbudet (evt. også med tilhørende vedlegg).
Dokumentasjon av kvalifikasjoner, E2
Beskrivelse med utfylte priser, E3
Prisskjema: Timespriser for mannskap og maskiner, E4
Prisskjemaer/Produktliste/hjelpeskjema D2 Hp4 og Hp7
Tilbudsskjema, E5

Datafil med priser fra kap. D1/E3

- (5) Kapittel E2 regulerte hva leverandørene skulle levere av dokumentasjon for vurdering av leverandørenes kvalifikasjoner. Her ble det vist til samtlige kvalifikasjonskrav med dokumentasjonskrav. For kvalifikasjonskravet «gjennomføringsevne» var det for eksempel angitt: «Dokumenteres i tråd med bestemmelsen i kapittel B2 punkt 2.4.3».
- (6) I konkurransegrunnlaget kapittel B3 punkt 6 ble det opplyst at innklagede planla dialog etter anskaffelsesforskriften § 9-3: Det fremgikk at «[o]ppdragsgiver vil etter tilbudsfristens utløp ta stilling til hvorvidt dialog skal gjennomføres eller ikke, jf. anskaffelsesforskriften § 9-2 (3).»
- (7) Pris var eneste tildelingskriterium, vektet med 100 prosent.
- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fem leverandører, herunder Veidekke Industri AS (heretter *valgte leverandør*) og Brødrene Bjerkli AS (heretter *klager*).
- (9) Som en del av tilbudet leverte klager dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ved ESPD-skjema. Klager var den eneste leverandøren som kun leverte ESPD-skjema som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav:

Del IV: Kvalifikasjonskrav a: Samlet angivelse for alle kvalifikasjonskravene
--

Leverandøren oppfyller de angitte kvalifikasjonskravene.

Leverandøren skal bare fylle ut dette feltet hvis oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen, eller i anskaffelsesdokumentene referert til i kunngjøringen, at leverandørene kan nøye seg med å fylle ut avsnitt a i del IV og ikke behøver å fylle ut andre avsnitt i del IV (A-D).

Leverandør besvart? ☒ Ja ☐ Nei

- (10) Klager leverte tilbud med lavest pris, men ble avvist 15. august 2023 som følge av manglende dokumentasjon på fem kvalifikasjonskrav, inkludert underordnede krav. Dette gjaldt leverandørens organisatoriske og juridiske stilling (B2 punkt 2.2), Gjennomføringsevne (B2 punkt 2.4.3), SHA-system (B2 pkt 2.5.1), Miljø (B2 punkt 2.5.2) og Kvalitet (B2 punkt 2.5.3).
- (11) Oppdraget ble tildelt valgte leverandør, som hadde den nest laveste tilbudssummen i konkurransen.
- (12) Klager påklaget avvisningen, men innklagede opprettholdt avvisningen og tildelingsbeslutningen.
- (13) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 13. september 2023.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. januar 2023.

(15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. september 2024.¹

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager. Klager leverte ESPD-skjema og hadde krysset av for at alle kvalifikasjonskrav var oppfylt. Avkrysning vil være tilstrekkelig som grunnlag for ettersending. Dersom innklagede mente det skulle innleveres dokumentasjon utover kapittel E2 «Svarskjema for vurdering av leverandørenes kvalifikasjoner», burde dette fremgått tydelig i innklagedes innledende beskrivelse. Under enhver omstendighet er det i strid med forholdsmessighetsprinsippet i loven § 4 og formålet om effektive anskaffelser, at laveste tilbud avvises som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, når dokumentasjon kunne vært etterspurt i tråd med avklaringsretten i regelverket.
- (17) Avvisningen av klager er i strid med likebehandlingsprinsippet i lov om offentlige anskaffelser § 4. Valgte leverandør har fått ettersende dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene etter forskriften § 9-3 (1), uten at klager har fått tilsvarende anledning til dette. Forskjellsbehandlingen er ikke saklig. Dokumentasjon fra klager ble ikke innlevert som en del av tilbudet fordi klager forsto konkurransegrunnlaget dithen at dette ikke skulle leveres som en del av tilbudet på tilbudstidspunktet.
- (18) Konkurransegrunnlaget er uklart. Innklagede hadde en avklaringsplikt da konkurransegrunnlaget inneholdt uklarheter når det gjaldt krav til kvalifikasjonsdokumentasjon. Uklarheten hefter innklagede for og skulle derfor ha sørget for en avklaring overfor tilbyderne vedrørende hvilke krav om dokumentasjon som var stilt. Klager har forstått konkurransegrunnlaget slik at dokumentasjon på krav angitt i konkurransegrunnlaget skulle etterspørres av vinnende tilbyder, og at man sammen med tilbudet kun skulle fylle ut vedlagt mal i kapittel E. Innklagede har frivillig benyttet ESPD-skjema og dette gjør uklarheten i konkurransegrunnlaget større.
- (19) Kvalifikasjonskravet 2.4.2 om byggherrers erfaringer er et ulovlig kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskravet om vurdering av innklagede og andre oppdragsgiveres erfaringer med tilbyder er ikke et krav til leverandørenes kvalifikasjoner, og ikke relevant for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre kontrakten. Kriteriet oppstiller vurderingsmomenter, uten å si noe om hva som skal til for at kravet vil anses som oppfylt.
- (20) Evalueringen av kvalifikasjonskravet 2.4.1 og 2.4.2 er i strid med prinsippet om etterprøvbarhet, da den består av to setninger som ikke sier noe om hva som er blitt vektlagt, eller hva gjennomgangen med angitte referansepersoner har dokumentert.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klager. Klager ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav a. Avvisningsbrevet listet opp mangler på fem kvalifikasjonskrav. I klagebehandlingen ble det presisert at klager primært ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav 2.4.3 Gjennomføringsevne. Det ble også presisert at klager ville fått ettersende den samme dokumentasjon som valgte leverandør. Klager hadde imidlertid

¹ I den opprinnelige versjonen av vedtaket var «30. september 2023» angitt som «DATO». Ordet «DATO» er nå slettet.

andre mangler som ikke kunne avhjelpes med avklaring, og forskjellsbehandlingen er saklig og objektivt begrunnet.

- (22) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget er uklart og at det forelå en avklaringsplikt. Konkurransegrunnlaget inneholder ikke noe som tilsier at kvalifikasjonskravet kan dokumenteres eller oppfylles etter tilbudsfristen. Selv om klager hadde krysset av for at alle kvalifikasjonskrav var oppfylt i ESPD-skjema, må innklagede forholde seg til at det av konkurransegrunnlaget kommer frem at all dokumentasjon skal sendes inn sammen med tilbudet. Etter omstendighetene kan avkrysning i ESPD-skjema være tilstrekkelig som grunnlag for ettersending, men ikke når konkurransegrunnlaget forutsetter at kvalifikasjonskravene også skal være dokumentert oppfylt på tilbudstidspunktet. Oppdragsgiver står fritt til å benytte ESPD-skjema i del II, og kan samtidig kreve at kvalifikasjonskravene skal være dokumentert oppfylt på tilbudstidspunktet.
- (23) Kvalifikasjonskravet «Byggherrers erfaringer» er ikke i strid med anskaffelsesregelverket, jf. forskriften § 8-7. Kravet er relevant og gjelder leverandørens kvalifikasjoner og erfaringer. Kvalifikasjonskravet 2.4.2 henger sammen med 2.4.1 om relevant erfaring der dokumentasjonskravet er det samme dokumentet.
- (24) Evalueringsdokumentasjonen av «Byggherrers erfaringer» inneholder to setninger knyttet til vurderingen av om valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet. Innklagede erkjenner at evalueringsdokumentasjonen var tynn. Evalueringen er likevel gjennomført i tråd med loven § 4. Dersom det skulle være brudd har ikke bruddet påvirket utfallet av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vegvedlikehold som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 50, 5 millioner 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.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (26) Klagenemnda tar i det følgende stilling til om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å stille et ulovlig kvalifikasjonskrav. Spørsmålet er om kravet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, med det underordnede kravet til «2.4.2 Byggherrers erfaring», jf. avsnitt 2, er ulovlig.
- (27) Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver selv bestemmer hva som skal anskaffes, og dermed også hvilke kvalifikasjonskrav og spesifikasjoner som anses hensiktsmessig å stille for å oppnå dette, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2024/813 avsnitt 23 og sak 2021/649 avsnitt 40.
- (28) Det følger av anskaffelsesforskriften § 8-7 første ledd at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner. I annet ledd stilles det krav om at kvalifikasjonskravene «skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen og være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre kontrakten». Det skal ikke settes strengere krav til leverandørens kvalifikasjoner enn det som er nødvendig for å sikre at

leverandørene utfører kontrakten. Kvalifikasjonskravene skal ikke medføre unødvendige begrensninger i konkurransen, i strid med prinsippet om konkurranse og likebehandling i lovens § 4. Kravene må være objektive og ikke-diskriminerende og formuleres slik at enhver rimelig og fornuftig opplyst leverandør forstår kravenes rekkevidde og kan tolke dem på samme måte, jf. blant annet Høyesteretts dom i HR-2022-1964-A (*Flage Maskin*) avsnitt 48-50 med videre henvisninger.

- (29) Ved vurderingen av om et kvalifikasjonskrav er egnet til å sikre at leverandørene er i stand til å oppfylle kontrakten, og om kravet står i forhold til den ytelsen som skal leveres, utøver oppdragsgiver et betydelig innkjøpsfaglig skjønn, jf. KOFA-sak 2018/1 avsnitt 46 med videre henvisninger. Klagenemndas kompetanse er begrenset til å prøve om skjønnsutøvelsen er usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig.
- (30) Det underordnede kravet «2.4.2 Byggherrers erfaringer» stilte krav til at leverandøren kunne vise til «*referanser til relevante kontrakter som han selv har gjennomført på tilfredsstillende måte.*» Forhold som ville bli vurdert var knyttet til blant annet:
- «*Dokumentasjon av utført kvalitet*
 - *Oppfyllelse av kontrakter*
 - *Etterlevelse av bestemmelser og rutiner for HMS*
 - *Etterlevelse av bestemmelser for lønns og arbeidsvilkår*
 - *Overholdelse av frister*
 - *Oppfølging i reklamasjonstiden*
 - *Bruk av lærlinger*».
- (31) Klager gjør for det første gjeldende at kvalifikasjonskravet ikke oppstiller krav til leverandørens kvalifikasjoner som er relevant for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre kontrakten.
- (32) Den aktuelle kontrakten gjelder vedlikeholdsoppgaver på riksveier. Etter nemndas forståelse er det relevant for den aktuelle kontrakten at leverandørene kan vise til tidligere referanseprosjekter der kontrakt er tilfredsstillende oppfylt. Videre er det relevant at referanseprosjektene kan vise kvalitet på leveransen, etterlevelse av HMS, oppfølging i reklamasjonstiden og bruk av lærlinger der dette har vært et krav. Dette sier noe om leverandørens erfaring og kontraktsoppfyllelse i tidligere prosjekter, som igjen er relevant for om de er kvalifisert til det aktuelle oppdraget.
- (33) I forskriften del III § 16-5 (2) åpnes det for at oppdragsgiver ved bygge- og anleggsarbeider kan stille krav til leverandørens faglige kvalifikasjoner på grunnlag av hans ferdigheter, effektivitet og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider. Kvalifikasjonskravene i denne konkurransen gjelder nettopp leverandørens faglige kvalifikasjoner slik oppstilt i FOA § 16-5 (2). Reglene i del III gjelder ikke for denne anskaffelsen, men del II er generelt et noe mer lempelig regelverk slik at oppdragsgivers handlingsrom er større enn ved del III anskaffelser. Dette underbygger at det aktuelle kvalifikasjonskravet er lovlig.
- (34) Kravet har dermed tilknytning til leveransen og er relevant for å sikre at leverandøren har kvalifikasjoner til å gjennomføre kontrakten, jf. § 8-7. Kravet er ikke usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

- (35) Videre gjør klager gjeldende at kvalifikasjonskravet er i strid med de grunnleggende prinsippene i § 4, da kriteriet er for vagt og upresist fordi det ikke fremgår noe minstenivå for når kriteriet anses oppfylt.
- (36) Kvalifikasjonskravet «*Byggherrers erfaringer*» oppstiller krav om at leverandørene skal ha referanser knyttet til «*relevante*» kontrakter som vedkommende selv har gjennomført på en «*tilfredsstillende*» måte. Selv om konkurransegrunnlaget skal utformes klart, presist og utvetydig, er det ikke til å unngå at visse kvalifikasjonskrav kan få en skjønnsmessig utforming, jf. HR-2022-1964-A, avsnitt 54. Terskelen i dette kvalifikasjonskravet er imidlertid angitt ved at referanseprosjektene må være både relevante og tilfredsstillende. Videre er det angitt hvilke momenter som vil vektlegges i denne vurderingen som gir klare retningslinjer for hva innklagede vil legge vekt på i vurderingen av om leverandøren oppfyller kravet. Dette tilsier at det er oppstilt minstekrav med retningslinjer for vurderingen av om disse er oppfylt. På denne bakgrunn har nemnda kommet til at det aktuelle kvalifikasjonskravet er tilstrekkelig klart.
- (37) Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

Uklart konkurransegrunnlag

- (38) Videre skal klagenemnda ta stilling til om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Spørsmålet er om det var uklart for leverandørene når kvalifikasjonskravene skulle dokumenteres oppfylt, og om det var tilstrekkelig å levere utfylt ESPD-skjema og utfylt svarskjema i kapittel E.
- (39) Det følger av kravet til forutberegnelighet og likebehandling at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst leverandør vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC) avsnitt 42 og HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 48-50 med videre henvisninger. Konkurransegrunnlaget må dermed gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal kunne gi tilbud på likt grunnlag. Det skal fremgå klart hva det skal gis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget jf. anskaffelsesforskriften § 8-4 (3).
- (40) ESPD-skjema er i utgangspunktet et objektivt holdepunkt for at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene for offentlige anskaffelser som følger del III. Det er en midlertidig bekreftelse, og benyttes normalt i tilfeller hvor oppdragsgiver forbeholder seg retten til å innhente kvalifikasjonsdokumentasjon på et senere tidspunkt i konkurransen. I B2 punkt 6 fremgikk det at «*ESPD-skjemaet gjelder som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, samt at det ikke foreligger avvisningsgrunner*». Dette kan isolert sett tilsi at det var tilstrekkelig å bekrefte at kravene var oppfylt i ESPD-skjemaet.
- (41) Kvalifikasjonskravene ble listet opp i konkurransegrunnlaget punkt B2. I kapittel B2 punkt 6.2 fremgikk det at leverandørene skulle dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene gjennom:
- « 1. Utfylt ESPD-skjema
 2. Utfylt svarskjema, slik dette er angitt i kapittel E,
 3. Skatteattest, jf. punkt 3.2. ovenfor.

Dokumentasjon som etterspørres i henhold til punkt 1, 2 og 3 skal leveres som en del av tilbudet innen tilbudsfristen, jf. kapittel B3 punkt 2.1.

Innsendte vedlegg/dokumenter skal navngis og nummereres tydelig i forhold til det kvalifikasjonskrav vedlegget/dokumentet hører inn under, slik dette fremkommer av kapittel E.

Oppdragsgivers vurdering av om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene vil som utgangspunkt kun bli gjennomført basert på innlevert dokumentasjon, herunder eventuelle oppgitte referanser. Oppdragsgiver forbeholder seg likevel retten til å legge vekt på eventuelle egne erfaringer (positive og negative) med leverandøren (og evt. samarbeidende foretak, jf. punkt 4). Tilsvarende gjelder for andre offentlige oppdragsgiveres erfaringer. Oppdragsgivers adgang til å be om ettersending og avklaring fremgår av punkt 7 med videre henvisning.»

- (42) Ordlyden «*leveres som en del av tilbudet innen tilbudsfristen*» tilsier klart at de dokumentene som ble etterspurt skulle fremlegges før tilbudsfrist. Referansen til punkt 1, 2 og 3 kan isolert sett tyde på at det er tilstrekkelig med ESPD skjema, samt utfylt skjema som går frem av kapittel E. Det går likevel frem av neste avsnitt at innsendte vedlegg og dokumenter skal relateres til det aktuelle kvalifikasjonskrav slik dette «*fremkommer av kapittel E.*» Dersom man leser kapittel E ser man at det går frem av punkt E1 hvilken dokumentasjon som skal inngå i tilbudet: «*Dokumentasjon som skal inngå i tilbudet (evt. også med tilhørende vedlegg)*». «*Dokumentasjon av kvalifikasjoner, E2*» var opplistet som dokumentasjon som skulle inngå i tilbudet. I E2 «*Svardokument for vurdering av leverandørens kvalifikasjoner*», er alle kvalifikasjonskravene opplistet, med tilhørende dokumentasjonskrav, og det går klart frem at dokumentasjonen skulle vedlegges tilbudet. Oppdragsgiver må kunne forvente at en påpasselig leverandør setter seg inn i konkurransegrunnlaget og det som etterspørres.
- (43) Klager er eneste leverandør som bare leverte ESPD-skjema og utfylt svarskjema fra kapittel E. De øvrige leverandørene har etter det opplyste fremlagt dokumentasjonen som var etterspurt. Dette underbygger at konkurransegrunnlaget ikke var uklart på dette punktet.
- (44) Etter klagenemndas vurdering viser konkurransegrunnlaget lest i sammenheng tilstrekkelig klart at det skulle leveres dokumentasjon på at alle kvalifikasjonskravene var oppfylt, innen tilbudsfristen. Det er dermed også klart at det ikke var tilstrekkelig å fylle ut ESPD-skjema for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (45) Konkurransegrunnlaget er følgelig ikke uklart, og klagers anførsel fører ikke frem.

Likebehandlingsprinsippet – avvisning av klager

- (46) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet ved ikke å gi klager muligheten til å ettersende dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (47) Det fremgår av forskriften § 9-3 (1) at dialog «*kan gjelde alle sider ved tilbudene og andre mottatte dokumenter eller opplysninger og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger*». Videre fremgår det i § 9-3 fjerde ledd at oppdragsgiver «*skal behandle leverandørene likt i dialogen*». I LB-2018-147988 uttalte Borgarting lagmannsrett at det

vil kunne foreligge avklaringsplikt dersom det «i lys av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene kan fremstå som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet» å ikke foreta avklaring. For øvrig er det overlatt til oppdragsgivers skjønn hva det skal inngås dialog om og hvordan dialogen skal foregå. Oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 8-4 (3) og leverandør har risikoen for uklarheter i tilbudet, jf. § 9-1 (2).

- (48) Klager ble avvist som følge av manglende innlevering av dokumentasjon på at fire ulike kvalifikasjonskrav, inkludert underordnede krav, var oppfylt, med henvisning til forskriften § 9-5 (1) bokstav a. Det eneste klager har gjort for å oppfylle kvalifikasjonskravene var å krysse av i ESPD-skjema for at alle krav var oppfylt og fylle ut et skjema som var en del av kapittel E2 i konkurransegrunnlaget. Dette innebærer at det ikke ble levert fullstendig dokumentasjon for leverandørens organisatoriske og juridiske stilling (B2 punkt 2.2), og det ble ikke levert noen dokumentasjon for «Gjennomføringsevne» (B2 punkt 2.4.3), «SHA-system» (B2 pkt 2.5.1), «Miljø» (B2 punkt 2.5.2) og «Kvalitet» (B2 punkt 2.5.3).
- (49) Som vist ovenfor var det tilstrekkelig klart ut fra konkurransegrunnlaget at det skulle leveres dokumentasjon for alle de fire kvalifikasjonskravene, og det var dermed ikke noen uklarhet i konkurransegrunnlaget som gjorde det urimelig eller uforholdsmessig ikke å hente inn den manglende dokumentasjonen.
- (50) Det er ikke omtvistet at valgte leverandør fikk ettersende et manglende dokument som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens system for ivaretagelse av SHA og innholdsfortegnelse til systemet (helt konkret en HMS-plan), samt revisjonsberetning for 2021. Det er heller ikke omtvistet at klager ikke har fått tilsvarende mulighet til å ettersende dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Spørsmålet for klagenemnda er om dette er i strid med likebehandlingsprinsippet.
- (51) Valgte leverandør hadde sendt inn dokumentet “04. B2.2.3 Årsregnskap VDI 2021” med «revisjonsberetning for 2021» på side 62-63, samt de øvrige etterspurte revisjonsberetningene, innen tilbudsfristen. Dersom det hadde vært riktig at revisjonsberetning for 2021 manglet, var det dermed tydelig at det var en feil at denne ikke ble sendt inn. Det viste seg at denne fulgte med årsregnskapet for 2021 og at innklagede hadde oversett dette da revisjonsberetningen for 2021 ble etterspurt. Videre viste det seg at valgte leverandør ved en feil hadde sendt inn et dokument to ganger, noe som medførte at HMS-planen ikke ble mottatt. Filnavnet «A2.1 HMS- VDI» var imidlertid sendt innen tilbudsfrist. I et slikt tilfelle, der det er sendt inn feil fil med riktig filnavn, er det klare holdepunkter for at leverandøren kan dokumentere på tilbudstidspunktet at kravet er oppfylt. Det var som nevnt ovenfor, også klare holdepunkter for at valgte leverandør hadde en revisjonsberetning som ikke var sendt inn på forventet måte. Det var derfor naturlig at det ble foretatt en innhenting av den manglende dokumentasjonen.
- (52) Klager sto i en annen stilling siden klager ikke hadde levert inn noen dokumentasjon for oppfyllelse av flere av kvalifikasjonskravene. Det var dermed ingen konkrete holdepunkter i klagers tilbud for at klager kunne dokumentere at kravene var oppfylt på tilbudstidspunktet eller for at dokumentasjonen var uteglemt ved en feil. Likebehandlingsprinsippet tilsier dermed ikke at klager skulle fått mulighet til å ettersende dokumentasjon i dette tilfellet. Saken har likhetstrekk med LB-2018-147988, der lagmannsretten kom til at en leverandørs tilbud «i så liten grad ga holdepunkter for

at kvalifikasjonskravet var oppfylt, eller for at noe var uteglemt i tilbudet ved en feil eller misforståelse» at oppdragsgiver ikke hadde noen særlig foranledning til å igangsette noen avklaring av tilbudet på dette punktet. Nemnda viser også til lagmannsrettens uttalelser om at det er leverandørens risiko at tilbudet som leveres er komplett.

- (53) Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt likebehandlingsprinsippet ved ikke å be klager å ettersende dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene var oppfylt.

Etterprøvbarehet

- (54) Klagenemnda går så videre til spørsmålet om evalueringen av kvalifikasjonskravet om teknisk og faglige kvalifikasjoner, herunder byggherrers erfaringer, er i strid med kravet om etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 4.
- (55) De grunnleggende prinsippene i loven § 4 stiller krav til hvordan en evaluering skal gjennomføres. Leverandørene skal likebehandles, og måten kvalifikasjonskravene blir evaluert på skal være forutberegnelig og gjennomsigtig. Oppdragsgiver må også dokumentere hvordan evalueringen er foretatt i henhold til kravet om etterprøvbarehet. Vurderingen av om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene beror på en konkret vurdering av innlevert dokumentasjon opp mot kvalifikasjonskravene satt i konkurransen, jf. LH-2016-4864.
- (56) For vurderingen av kvalifikasjonskravet punkt 2.4.2 «*Byggherrers erfaringer*» under «*Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner*» skulle leverandøren vise til referanser til relevante kontrakter som han selv har gjennomført på tilfredsstillende måte. Det skulle leveres en liste over inntil 5 og ikke mindre enn 3 kontrakter som leverandøren hadde gjennomført eller gjennomførte i løpet av de siste fem årene regnet fra tilbudsfristen. Det var innklagede og andre byggherrers erfaringer med leverandøren som skulle bli vurdert.
- (57) Som begrunnelse for at klager var kvalifisert fremgikk følgende: «*Hovedentreprenør for begge driftskontraktene i området. Gjennomgang med noen angitte referansepersoner*». I tillegg var det krysset «ja» for at innklagede har mottatt dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravet.
- (58) Innklagede erkjenner at evalueringen er tynn, og at begrunnelsen i evalueringen burde inneholdt mer enn to setninger. Samtidig hevder innklagede det ikke var noen tvil om at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet fordi de kjente godt til leverandøren.
- (59) I vurderingen av om et kvalifikasjonskrav er oppfylt er det bare et spørsmål om leverandøren er kvalifisert eller ikke. Det er ikke en evaluering der leverandørene sammenlignes med hverandre i en konkurransesituasjon. Etter nemndas syn kan det derfor ikke stilles de samme kravene til begrunnelse for at en leverandør er kvalifisert, som for poenggivningen og evalueringen av tilbudene. Derimot vil det måtte gis en fylldigere begrunnelse til en leverandør som får sitt tilbud avvist på grunn av manglende oppfyllelse. Da valgte leverandør i dette tilfelle hadde levert all dokumentasjon og ble ansett kvalifisert, er det ikke strenge krav til begrunnelsen. Det er gitt informasjon om at valgte leverandør er hovedentreprenør for begge driftskontraktene i området, og at

referansepersoner var kontaktet. Det er naturlig å forstå dette som at referansene ble vurdert som tilfredsstillende.

- (60) Klagenemnda legger derfor til grunn at vurderingen av om kvalifikasjonskravet om byggherrers erfaringer var oppfylt er tilstrekkelig etterprøvbar, jf. loven § 4.

Konklusjon:

Statens vegvesen har ikke brutt anskaffelsesregelverket i forbindelse med utformingen av konkurransegrunnlaget og vurderingen av kvalifikasjonskravene.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur