



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Feil i/uklart konkurransegrunnlag

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om andre fase av utviklingen av en grønn park ved Lervigsbukta. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager fra konkurransen, da klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om nøkkelpersonellets utdanning og kompetanse. Som følge av resultatet, tok ikke nemnda stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 18. juni 2024 i sak 2024/570

Klager: Grunn-Service AS

Innklaget: Stavanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

(1) Stavanger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. september 2023 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om andre fase av utviklingen av en grønn park ved Lervigsbukta. Anskaffelsens verdi var estimert til 40 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 8. november 2023.

(2) I kunngjøringsdetaljene i Merzell, var det under «*Prosedyre*» angitt at konkurransen var en åpen tilbudskonkurranse. I konkurransegrunnlaget punkt 6 var konkurransen beskrevet slik:

«Denne konkurransen gjennomføres etter lov og forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, og følger prosedyren åpen anbudskonkurranse. I en åpen anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører gi tilbud.

(...)

I utgangspunktet evalueres tilbudene slik de foreligger ved tilbudsfristens utløp. Dersom oppdragsgiver likevel ser behov for dialog, avklaringer eller forhandlinger om tilbudets innhold, kan vi innlede slike avklaringer eller forhandlinger.»

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 8, var det stilt krav til leverandøren om å fylle ut det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD). Det var presisert at dersom leverandøren støttet seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene, måtte hvert firma fylle ut et separat ESPD-skjema, og det skulle foreligge forpliktelserklæringer.

(4) Et av kvalifikasjonskravene i konkurransen var at leverandøren skulle ha «*meget god gjennomføringsevne og erfaring fra minimum tre tilsvarende prosjekt de siste 10 år*».

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (5) Det var også stilt et kvalifikasjonskrav til nøkkelpersonell, som var definert som prosjektleder/anleggsleder og formann. Nøkkelpersonellet skulle «*ha nødvendig utdanning og kompetanse innen bygge- og anleggsfagene til å utføre det arbeid han, eller hun er satt til å utføre*». Kvalifikasjonskravet var utdypet slik:

«Tilbudt personell skal ha minst 8 års relevant erfaring fra bygge- og anleggsbransjen hvor minst 4 år i tilsvarende rolle for tilsvarende prosjekter. Med tilsvarende rolle i tilsvarende prosjekt menes anleggsleder og formann med håndtering av, eller har hatt ansvar for oppgaver med:

- *Graving og peling samt plastring og tørmuring i og over sjø.*

- *Bygging av mindre betong og trekonstruksjoner.*

Erfaring i ovennevnte trenger ikke å være i ett referanseprosjekt. Det forventes at tilbudt nøkkelpersonell i rollen formann har sitt daglige virke ved gjennomføring av prosjektet på byggeplassen. Det bes spesielt om en redegjørelse for relevante prosjekter der de tilbudte nøkkelpersonene har hatt tilsvarende roller. Dette er viktig for å kunne identifisere kompetanse som er av særlig betydning for det aktuelle oppdraget.

Referanseprosjektene skal ikke være eldre enn fem år, og må være ferdigstilt innen august 2023. Minst ett av prosjektene skal ha en kontraktsverdi på over 25 millioner kroner.»

- (6) Kvalifikasjonskravet til tilbudt nøkkelpersonell skulle dokumenteres ved utfylling av et CV-skjema vedlagt konkurransegrunnlaget. I CV-ene skulle det oppgis referanseprosjekter for nøkkelpersonene. Det var angitt at det skulle oppgis tre referanseprosjekter utført de siste fem årene, hvor tilbudt nøkkelpersonell hadde hatt tilsvarende rolle. Det skulle gis en beskrivelse av oppdraget og gjennomføringen, og skjemaet inneholdt også følgende punkt:

Spesifikke erfaring som er viktig for Stavanger kommune sitt oppdrag. (Gjerne kryss av)	☐ Graving og peling, plastring og tørmuring i og over sjø	☐ Bygging av mindre betong og trekonstruksjoner
	☐ Graving for og legging av vann og avløpsledninger	☐ Parkanlegg med lekeutstyr, steindekker
	☐ Sortering og behandling av forurensede masser	☐ Bygging av fonteneanlegg inkl. drift

- (7) I den generelle delen av konkurransegrunnlagets tekniske beskrivelse var det angitt en punktliste over arbeidet som skulle utføres:

- *Sortering og behandling av forurensede masser*
- *Graving for og legging av vann og avløpsledninger.*
- *Bygging av fonteneanlegg*

- *Graving og peling samt plastring og tørrmuring i og over sjø.*
 - *Bygging av mindre betong og trekonstruksjoner.*
 - *Opparbeidelse av parkanlegg med lekeutstyr, trimpark, steindekker og kanter samt beplantning med busker og trær*
- (8) Under «Byggetid – frister» var det spesifisert at arbeid i sjø ikke kunne utføres i februar til april av hensyn til torsk i gytetiden. I den tekniske beskrivelsen var det også opplyst at det var søkt om tillatelse fra Statsforvalteren i Rogaland for arbeid i sjø.
- (9) I den tekniske spesifikasjonen punkt 01.1.13 fremgikk det at de koordinerende ytelsene under kontrakten omfattet koordinering mot havnemyndigheter og/eller eventuelt utrykningssituasjoner når det gjaldt arbeider på, i og langs sjøen. Det fremgikk også av den tekniske spesifikasjonen at kontraktsarbeidene blant annet omfattet:
- Utlekking av løsmasser i lag under vann, og fylling i sjøfront.
 - Plasstøpt betong i søyler i sjø langs sjøkanten og under brygge.
 - Stålsøyler i sjø.
 - Ny sjøbunn skulle etableres.
- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Grunn-Service AS (heretter *klager*).
- (11) Klager hadde krysset «*Nei*» i ESPD-skjemaet på spørsmålet om leverandøren støttet seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene. I tilbudsbrevet var det angitt:
- «Underentreprenører/leverandører:**
- Våre underentreprenører og leverandører oppfyller krav gitt i denne konkurransen, liste over disse kan fremlegges.»*
- (12) Klager hadde oppgitt fem referanseprosjekter for selskapet.
- (13) For klagers tilbudte prosjektleder var det innledningsvis i CV-skjemaet angitt at prosjektlederen hadde «*spesialkompetanse innen ledelse av underentreprenører som betongfag og tømmerfag. Samt svært god kompetanse innen graving og peling i og over sjø*».
- (14) Klager oppga tre referanseprosjekter for prosjektlederen, som gjaldt Varafjell vindpark, Okla Vindpark og VVA Hesthammer. For to av referanseprosjektene, Vardafjell vindpark og Okla Vindpark, var det krysset av for erfaring med graving og peling, plastring og tørrmuring i og over sjø.
- (15) I brev 16. januar 2024 tildelte innklagede kontrakten til klager. Det var angitt i tildelingsmeddelelsen at klager oppfylte kvalifikasjonskravene.

- (16) Den 7. februar 2024 ba innklagede om dokumentasjon som viste at klager oppfylte kvalifikasjonskravene uten å støtte seg på andre virksomheters kapasitet, spesielt med tanke på disse punktene:

«· Graving og peling, samt plastring og tørrmuring i og over sjø.

· Bygging av mindre betong – og trekonstruksjoner.»

- (17) Klager besvarte forespørselen dagen etter. Det ble oversendt en liste over underleverandører og forpliktelseserklæringer fra Byggmester Øystein Torgersen AS, Lie Ventilasjon AS, Seabrokers Fundamentering AS, Stålteknikk AS og Skaarland & Vasvik Entreprenør AS. Alle forpliktelseserklæringene var signert 31. januar 2024.
- (18) Klager ble avvist fra konkurransen 21. februar 2024, på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at leverandøren skulle ha gjennomføringsevne og erfaring fra minimum tre tilsvarende oppdrag de siste ti årene.
- (19) Klager påklaget avvisningen 29. februar 2024, og innklagede opprettholdt avvisningen 12. mars 2024.
- (20) Klager påklaget avvisningen på nytt 15. mars 2024. I brev av 22. mars 2024 opprettholdt innklagede avvisningen, og viste i tillegg til at klager heller ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til tilbudt nøkkelpersonell. Det ble angitt at nøkkelpersonellets referanseprosjekt ikke kunne anses som «tilsvarende prosjekter», fordi de ikke omfattet graving og peling samt plastring og tørrmuring i og over sjø. Manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til nøkkelpersonellet ble begrunnet slik:

«GS har likevel ikke lagt frem dokumentasjon på referanseprosjekter som omfatter peling fra lekter. Stavanger kommune finner det heller ikke dokumentert at tilbudt prosjektleder/anleggsleder og formann har erfaring eller referanseprosjekt fra tilsvarende prosjekt med peling og plastring i og over sjø, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2023/0784.

Referanseprosjektet, Orkla Vindpark, til Prosjektleder [...] er det eneste prosjektet som omfatter pelearbeider. Arbeidet er utført fra land, og anses derfor ikke som «tilsvarende prosjekter», jf. kvalifikasjonskravene i konkurransen. Videre kan dette prosjektet alene uansett ikke oppfylle kravet til «relevant erfaring».

- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 11. april 2024.
- (22) Innklagede avventer ny tildeling og kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. juni 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager fra konkurransen.
- (25) Klager oppfylte kvalifikasjonskravet til leverandørens gjennomføringsevne og erfaring på tilbudstidspunktet. Klager har ettersendt dokumentasjon om underleverandører i tråd

med bestemmelsene i konkurransegrunnlaget og avklaringsadgangen. Referanseprosjektene oppfylte uansett kvalifikasjonskravet.

- (26) Klager oppfylte kvalifikasjonskravet til nøkkelpersonellet. Det var ikke spesifisert i konkurransegrunnlaget at erfaring fra peling kun skulle gjelde peling fra lekter. At peling skulle gjøres fra lekter er et kontraktskrav, og ikke et kvalifikasjonskrav.
- (27) Subsidiært, dersom klagenemnda skulle komme til at innklagedes avvisning var rettmessig, skulle konkurransen vært avlyst.
- (28) For det første var det uklart om konkurransen skulle bli gjennomført som en åpen tilbudskonkurranse etter forskriften del II, eller om en åpen anbudskonkurranse etter reglene i del III. Feil eller uklarheter med hensyn til konkurranseform, vil medføre avlysningsplikt.
- (29) For det andre var konkurransegrunnlaget uklart med hensyn til hva leverandørene skulle levere av dokumentasjon sammen med tilbudet. En naturlig språklig forståelse av konkurransegrunnlaget var at leverandøren skulle bekrefte oppfyllelse av kvalifikasjonskravene på tilbudstidspunktet, og fremlegge dokumentasjon på forespørsel før kontraktsinngåelsen. For det tilfellet at klager avvises fra konkurransen, vil årsaken ligge i feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget.
- (30) For det tredje forutsetter avvisningen av klager at avklaringen innklagede gjennomførte var ulovlig. Dersom dialogen var ulovlig, har innklagede opptrådt i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Dette er en feil ved gjennomføringen av konkurransen som bør lede til avlysning.
- (31) Klager ber klagenemnda om å ta stilling til vilkårene for erstatning for både positiv og negativ kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (32) Innklagede har opptrådt i tråd med loven og i samsvar med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket.
- (33) Det forelå plikt til å avvise klager, jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav a.
- (34) Klager oppfyller ikke kvalifikasjonskravet til leverandørens gjennomføringsevne og erfaring. Referanseprosjektene som klager har levert i tilbudet, oppfyller ikke kvalifikasjonskravet. Klager svarte nei på spørsmålet om de støttet seg på underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskrav. Det forelå heller ingen objektive holdepunkter for at leverandøren støttet seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Klager har etter tilbudstidspunktet vedlagt dokumentasjon fra underleverandører på de fagene som klager ikke selv oppfyller. Dette må vurderes som et ulovlig supplement til det opprinnelige tilbudet.
- (35) Klager oppfyller ikke kvalifikasjonskravet til nøkkelpersonell. Det er ikke dokumentert at tilbudt prosjektleder/anleggsleder og formann har erfaring eller referanseprosjekt fra tilsvarende prosjekt med peling og plastring i og over sjø. Klager har ikke fremlagt dokumentasjon på referanseprosjekter som omfatter peling fra lekter. Referanseprosjektet til tilbudt prosjektleder, Orkla Vindpark, er det eneste prosjektet som omfatter pelearbeidet. Arbeidet er utført fra land, og anses derfor ikke som tilsvarende prosjekter.

(36) Konkurranses grunnlaget er ikke uklart, og det foreligger dermed ikke avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

(37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kontrakt om andre fase av utviklingen av en grønn park ved Lervigsbukta, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi estimert til 40 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.

Uklart konkurransegrunnlag

(38) Klagenemnda vil innledningsvis kommentere klagers anførsel om at det var uklart om konkurransen skulle gjennomføres som en åpen tilbudskonkurranse etter forskriften del II, eller som en åpen anbudskonkurranse etter reglene i del III.

(39) Konkurransen var kunngjort som en åpen tilbudskonkurranse, og anskaffelsens estimerte verdi tilsa også at anskaffelsen fulgte forskriften del II. Det var i tillegg angitt i konkurransegrunnlaget at anskaffelsen ville gjennomføres etter forskriften del I og II, men det var angitt at anskaffelsen «følger prosedyren åpen anbudskonkurranse». Etter klagenemndas syn måtte det være klart for leverandørene at henvisningen til prosedyreformen åpen anbudskonkurranse var feil, og at riktig konkurranseform var åpen tilbudskonkurranse.

(40) Konkurranses grunnlaget var etter dette ikke uklart om hvilken prosedyreform som gjaldt, og regelverket er derfor ikke brutt.

Avvisning av klager

(41) Klager ble først tildelt kontrakten, men ble senere avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er om omgjøringen av tildelingsbeslutningen var lovlig. Omgjøringen vil være lovlig dersom den opprinnelige tildelingen var i strid med forskriften, jf. forskriften § 10-1 (3). Tildeling av en kontrakt til en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, vil være i strid med forskriften § 9-5 (1) bokstav a.

(42) Klagenemnda vil først ta stilling til om det var riktig å avvise klager fordi tilbudt prosjektleder ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om erfaring.

(43) Ved tolkningen av kvalifikasjonskravene må det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. Det kan ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget gir grunnlag for. Videre kan det ikke innfortolkes et krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, se HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 51.

(44) Det aktuelle kvalifikasjonskravet stilte krav om at nøkkelpersonellet skulle ha nødvendig utdanning og kompetanse innen bygge- og anleggsfagene til å utføre det arbeidet han eller hun var satt til å utføre. Nøkkelpersonell var definert som prosjektleder/anleggsleder og formann. Det var nærmere angitt at kvalifikasjonskravet stilte krav om relevant erfaring fra bygge- og anleggsbransjen, hvorav minst fire år i tilsvarende rolle for tilsvarende

prosjekter. Det var angitt at erfaringen skulle omfatte håndtering av eller ansvar for oppgaver med blant annet *«graving og peling samt plastring og tørrmuring i og over sjø»*.

- (45) Oppdragsgivers skjema for nøkkelpersonellets CV-er bekrefter at nøkkelpersonellet måtte vise erfaring med peling i og over sjø, for at kvalifikasjonskravet skulle anses oppfylt. Leverandørene skulle gi en beskrivelse av referanseprosjektene, og krysse av for spesifikk erfaring som var viktig for oppdragsgiver, herunder graving og peling, plastring og tørrmuring *«i og over sjø»*. Nemnda er derfor ikke enig med klager som hevder at det ikke er et krav om at prosjektleder skal ha spesifikk erfaring fra peling i sjø.
- (46) Denne forståelsen av kvalifikasjonskravet er også naturlig sett i sammenheng med beskrivelsen av oppdraget i anskaffelsesdokumentene. I den generelle delen av den tekniske beskrivelsen var graving, peling, plastring og tørrmuring *«i og over sjø»* fremhevet i listen over hvilke arbeider kontrakten omfattet. Det var videre angitt hvilke tidspunkt arbeid i sjøen ikke kunne utføres, og opplyst om at det var søkt om tillatelse fra Statsforvalteren i Rogaland for arbeid i sjø. I den tekniske spesifikasjonen fremgikk det at de koordinerende ytelsene under kontrakten omfattet koordinering mot havnemyndighetene når det gjaldt arbeid på, i og langs sjøen. Den detaljerte spesifikasjonen av arbeidene viste også at det var lagt opp til arbeid i sjøen.
- (47) En del av innklagedes begrunnelse for at klagers prosjektleder ikke oppfylte kvalifikasjonskravet, var at det ikke *«ikke [var] lagt frem dokumentasjon på referanseprosjekter som omfatter peling fra lekter»*. Klager viser til at det var først underveis i konkurransen at det ble kjent at det skulle peles fra lekter, og at det ikke var spesifisert i konkurransegrunnlaget at kravet til erfaring innebar peling fra lekter.
- (48) Selv om det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at nøkkelpersonellet måtte vise erfaring med peling fra lekter, var det tydelig angitt at kvalifikasjonskravet stilte krav om erfaring med peling *«i og over sjø»*.
- (49) I referanseprosjektene til klagers prosjektleder, var det krysset av for at personen hadde hatt ansvar for peling i prosjektene Vardafjell vindpark og Okla Vindpark. Disse referanseprosjektene gjelder vindparker i fjellet, og eventuell peling i disse prosjektene må ha vært utført fra land. Referanseprosjektene viste dermed ikke at prosjektlederen hadde den erfaringen som var etterspurt i kvalifikasjonskravet. Klager har for øvrig heller ikke under klagebehandlingen fremlagt opplysninger som viser at prosjektleder tilfredsstiller dette kvalifikasjonskravet. Slik klagenemnda ser det, har innklagede riktig lagt til grunn at kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt. Innklagede hadde dermed en plikt til å avvise klager, jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav a.
- (50) Sett hen til resultatet klagenemnda har kommet til, er det ikke nødvendig å ta stilling til om klager oppfylte kvalifikasjonskravet til leverandørens gjennomføringsevne og erfaring, og om ettersendingen av dokumentasjon om underleverandører var i tråd med konkurransegrunnlaget og avklaringsadgangen. Det er heller ikke nødvendig å ta stilling til om konkurransegrunnlaget var uklart knyttet til disse punktene.

Konklusjon:

Stavanger kommune har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur