



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for bygging av nye omsorgsboliger. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist, og viste til en rekke forbehold og avvik ved valgte leverandørs tilbud. Anførslene førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. januar 2025 i sak 2024/1092

Klager: Veidekke Entreprenør AS

Innklaget: Smøla kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Hanne Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Smøla kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. mars 2024 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for utførelse av nye omsorgsboliger. Boligene skulle bygges som en utvidelse av et eksisterende sykehjem. Tilbudsfrist var 15. mai 2024.
- (2) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet med lavest pris.
- (3) Konkurranses grunnlaget oppstilte en rekke kvalifikasjonskrav, herunder knyttet til leverandørenes økonomiske stilling:

Kvalifikasjonskriterium	Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon
Økonomisk stilling	Leverandøren skal dokumentere gjennom erklæring(er) fra garantist(er) at han kan stille nødvendige garantier ihht. NS 8407 pkt. 7.1 og 7.2.	Erklæringer fra garantist(er).

- (4) Under tabellen med kvalifikasjonskrav sto det følgende om underleverandører:

«Dokumentasjon skal også leveres for eventuelle underleverandører (prosjekterende og utførende) før kontrakts-inngåelse, men totalentreprenøren skal allerede ved inngivelse av tilbud gå god for at dette forholdet oppfylles.»

- (5) I punkt B3.2 «Kvalifikasjoner», sto det at «Dersom tilbud har manglende dokumentasjon av kvalifikasjonskravene og disse gjelder offentlig tilgjengelige dokumenter, vil det bli gitt en kort tilleggsfrist for ettersendelse av slik dokumentasjon.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt B1.4 «*Spesielle tilbudsbestemmelser*» sto det at tilbudsskjema i funksjonsbeskrivelsen skulle fylles ut og undertegnes, og at man her skulle fylle ut «*hvilke eventuelle underentreprenører totalentreprenøren tenker å bruke.*»

- (7) I punkt C2 «*Spesielle kontraktsbestemmelser*» sto det:

«NS 8407:2011 gjøres gjeldende med følgende endringer/presiseringer:

Byggherren stiller ikke sikkerhet for sine kontraktsforpliktelser.

Totalentreprenøren skal stille forsikringer og sikkerhetsstillelse – iht. NS 8407 punkt 7.1 og 7.2. Kopi av de komplette forsikringsbevisene, samt kvittering for betalt premie/bekreftelse fra forsikrings-selskapet på at premie er betalt, skal fremlegges byggherren før noen del av kontraktssummen utbetales og senest når totalentreprenøren påbegynner sitt arbeide på byggeplassen.

Leverandøren skal dokumentere gjennom erklæring(er) fra garantist(er) at han kan stille nødvendige garantier iht. NS 8407 pkt. 7.1 og 7.2 (kvalifikasjonskriterium).

Garantier skal fremlegges byggherren før noen del av kontraktssummen utbetales og senest når totalentreprenøren påbegynner sitt arbeide på byggeplassen.»

- (8) I beskrivelsen av hvordan tilbudene ville bli vurdert, sto det følgende om forbehold:

«For det tilfellet at entreprenører tar forbehold, skal han klargjøre hvordan forbeholdet skal prises. Forbehold som har priskonsekvens blir dratt med i totalsummen.»

- (9) Innklagede mottok fire tilbud, herunder fra klager og Consto AS. Consto AS leverte tilbudet 13. mai 2024. Øvrige leverandører leverte tilbud 15. mai 2024.

- (10) Consto AS skrev i tilbudsbrevet at «*Tilbudet er basert på tilbudsgrunnlag fra Smøla kommune på Mercell.*». Videre skrev Consto AS at «*Tilbudet er basert på de overenskomster, lover, forskrifter, sosiale utgifter, material- og transportpriser som var kjent og gjort gjeldende pr. mai 2024.*» Om lønns- og prisstigning skrev Consto AS at «*Lønns- og prisstigning iht. SSB, boligblokk i alt, siste kjente indeks per 13.05.24.*»

- (11) Til oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om nødvendige garantier i henhold til NS 8407 pkt. 7.1 og 7.2, leverte Consto AS en «*Bekreftelse på garantiramme hos Nordic Guarantee*» datert 3. mai 2024, som bekreftet en gyldig garantiramme på et gitt beløp for Consto AS med alle datterselskaper. Det sto i dokumentet at «*I så måte støtter Nordic Guarantee sikkerhetsstillelse i henhold til Norsk Standard kontrakt for gruppens behov.*»

- (12) Etter tilbudsfristen ba innklagede to leverandører, herunder Consto AS, om «*oversikt over hvilke firma man planlegger å samarbeide med (tilstrekkelig med enkel opplisting av firma, ref. liste på side B i del 3 i Funksjonsbeskrivelsen) for gjennomføring av kontraktsarbeidene.*» Consto AS ettersendte den etterspurte informasjonen.

- (13) I tildelingsbrev 28. mai 2024 orienterte innklagede om at Consto AS vant konkurransen (heretter valgte leverandør). Klager var innstilt som nummer to.

- (14) Klager klaget 7. juni 2024 på tildelingen med påstand om at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen og at innklagede omgjorde tildelingen og at kontrakten ble tildelt klager. I svarbrev 27. juni 2024 opplyste innklagede at klagen ikke ble tatt til følge.
- (15) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. juli 2024.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. januar 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør eller valgte leverandørs tilbud.
- (18) Valgte leverandør har tatt forbehold ved å opplyse at tilbudet baseres på tilbudsgrunnlaget i Merccell, da de ved dette har tatt forbehold mot blant annet grunnforhold, offentlige tillatelser og krav etter NS8407. Forbeholdet viser heller ikke til NS, og disse er derfor ikke en del av tilbudet.
- (19) Valgte leverandør har tatt forbehold ved å opplyse om at tilbudet er basert på overenskomster, lover, forskrifter, sosiale utgifter, material- og transportpriser som var kjent og gjort gjeldende pr. mai 2024. En lang rekke punkter er utelatt, herunder norske standarder, normer og seriøsitetskrav. Dette forbeholdet er ikke mulig å håndtere, og overfører en ukjent risiko til oppdragsgiver.
- (20) Valgte leverandør tar et ulovlig forbehold mot lønns- og prisstigning, ved å basere reguleringen av dette på SSBs indeks av 1. april 2024 i stedet for 1. mai 2024.
- (21) Valgte leverandør har fått ettersende ikke offentlig tilgjengelig dokumentasjon, som viser at tilbudet ikke inneholdt nødvendig informasjon på tilbudstidspunktet.
- (22) Valgte leverandør har ikke levert tilstrekkelig dokumentasjon på oppfyllelse av krav til garantistillelse. Garantirammedokumentene som valgte leverandør har levert, er ikke en prosjektspesifikk garantistillelse som oppfyller NS8407 pkt. 7.1 og 7.2.
- (23) Innklagede må omgjøre tildelingen og tildele kontrakten til klager som best rangert av de øvrige leverandørene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (25) Opplysningen om at tilbudet er basert på konkurransegrunnlaget er ikke noe annet enn en opplysning om at leverandøren har satt seg inn i dokumentene og de forhold som der er nevnt. Dette er ikke et forbehold.
- (26) Opplysningen om at tilbudet er basert på gjeldende lover, forskrifter m.m. per mai 2024 er heller ikke å regne som et forbehold. En alminnelig språklig forståelse tilsier at man har ment at tilbudet er basert på de til enhver tid gjeldende regelverk og standarder.

- (27) Valgte leverandørs valg av dato for indeksregulering er ikke i strid med konkurransegrunnlaget og utgjør ikke et avvik. Fordelen er uansett i beste fall 0,1 prosent per måned.
- (28) Ettersendelsen av dokumentasjon om underleverandører var i tråd med regelverket og konkurransedokumentene. Underleverandørene ville benyttes under kontraktsgjennomføringen, og var ikke benyttet til å oppfylle kvalifikasjonskrav.
- (29) Garantirammen oppfylte kravet til sikkerhetsstillelse.

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 totalentreprise for nye omsorgsboliger, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 fulgte anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (31) Klagenemnda tar først stilling til klagers anførsler om at valgte leverandør har tatt forbehold knyttet til hvilket grunnlag tilbudet er levert på, hvilke regler og forskrifter som gjelder samt hvilken dato som gjelder for kontraktens indeksregulering.
- (32) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene. Avvik foreligger blant annet dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten, inkludert kravspesifikasjonen, slik det blant annet er lagt til grunn i LB-2019-85112. Tilsvarende regel gjelder der leverandøren har tatt forbehold mot kontraktsvilkår eller punkter i kravspesifikasjonen. I vurderingen av om en leverandør har tatt forbehold mot kontraktsvilkårene, er det i rettspraksis lagt til grunn at formuleringen må ha en viss klarhet og presisjon for å kunne anses som et forbehold, jf. LF-2018-91633.
- (33) Klagenemnda vil først kommentere at valgte leverandørs opplysning om at tilbudet var basert på tilbudsgrunnlaget i Merzell, ikke er å regne som et forbehold. Ordlyden «*basert på*» indikerer ikke at valgte leverandør har tatt et forbehold, og etter nemndas syn innebærer ikke setningen noe annet enn en bekreftelse av hvilke dokumenter valgte leverandør har lagt til grunn ved tilbudsinngivelsen. Utsagnet binder ikke noen av aktørene utover det som uansett følger av konkurransen.
- (34) Heller ikke valgte leverandørs presisering av at tilbudet var basert på «*de overenskomster, lover, forskrifter, sosiale utgifter, material- og transportpriser som var kjent og gjort gjeldende pr. mai 2024*», er å regne som et forbehold. Utsagnet kan ikke forstås slik at det stenger for at regler eller andre forhold som ikke er opplistet, ikke kommer til anvendelse. Setningen kan heller ikke forstås slik at den stenger for at partene må forholde seg til endringer i regelverk eller annet som skjer etter mai 2024, så fremt dette følger av de nye reglene og kontraktsgrunnlaget for øvrig.
- (35) Videre er ikke valgte leverandørs opplysning om at tilbudet følger siste kjente indeksregulering per 13. mai 2024, altså reguleringen fra 1. april 2024, i strid med konkurransegrunnlaget. Leverandørene hadde anledning til å levere tilbud i hele tilbudsperioden, og det var ikke satt føringer for hvilken dato indeksreguleringen skulle følge. Valgte leverandørs opplysning utgjør dermed ikke et avvik.

- (36) Klager har videre anført at valgte leverandør har fått ettersende ikke offentlig tilgjengelig dokumentasjon, som viser at tilbudet ikke inneholdt nødvendig informasjon på tilbudstidspunktet. Den ettersendte informasjonen gjaldt bruk av underleverandører, og Klagenemnda forstår anførselen slik at klager for det første mener valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt tilstrekkelig informasjon om underleverandører på tilbudstidspunktet, og for det annet at avklaringen var ulovlig.
- (37) Dersom en leverandør støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav, skal han dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring, se § 16-10 (1) og (2). Denne dokumentasjonen skal i utgangspunktet fremlegges på tilbudstidspunktet, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2023/852 avsnitt 28. Hvis denne informasjonen mangler og leverandøren derfor ikke oppfyller et eller flere kvalifikasjonskrav, plikter oppdragsgiver å avvise leverandøren fra konkurransen.
- (38) I foreliggende sak skulle de aktuelle underleverandørene bistå ved kontraktsgjennomføringen – ikke som støttende virksomhet til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Det var derfor ikke krav om å bevise nødvendig rådighet over underleverandørene. Manglende informasjon om underleverandørene på tilbudstidspunktet hadde ikke betydning for kvalifikasjonsvurderingen, og det var ikke grunnlag for å avvise valgte leverandør på dette grunnlaget.
- (39) Det neste spørsmålet er om ettersendingen av informasjon om underleverandørene utgjorde en ulovlig forbedring av tilbudene.
- (40) Det sto i punkt B1.4 «*Spesielle tilbudsbestemmelser*» at leverandørene i tilbudet skulle fylle ut hvilke underentreprenører man hadde tenkt å bruke. Denne informasjonen manglet i valgte leverandørs tilbud, og innklagede etterspurte og fikk tilsendt denne.
- (41) Det fremgår av forskriften § 23-5 (1) at oppdragsgiver kan be om å få ettersendt og supplert opplysninger i tilbudet, dersom tilbudet synes å inneholde feil eller uklarheter, eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler. Denne adgangen begrenses av § 23-5 (2), hvor det fremgår at innhenting av opplysninger eller dokumentasjon ikke skal medføre «at *tilbudet forbedres*».
- (42) Forskriften § 23-5 gjennomfører bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 56 tredje ledd. Av denne bestemmelsen går det frem at oppdragsgiver kan be om at relevant dokumentasjon innleveres, men adgangen begrenses ved at slike forespørsler skal «*gjøres i fullt samsvar med prinsippene om likebehandling og innsyn*».
- (43) Ved gjennomføringen av en kontrakt har leverandørene frihet til å bruke underleverandører til å gjennomføre oppgavene, med mindre oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget har satt begrensninger på adgangen. Oppdragsgiver kan videre stille krav om at det opplyses om hvilke underleverandører som vil bli benyttet, at det gis nødvendig kontaktinfo, og underleverandører må også oppfylle gitte kvalifikasjonskrav. En leverandør har også rom for å bytte ut underleverandører under kontraktsgjennomføringen uten at oppdragsgiver kan nekte dette uten saklig grunn. Leverandøren er uansett bundet av sine kontraktsrettslige forpliktelser overfor oppdragsgiver. Ettersending av opplysninger om hvilken underleverandør som skal benyttes, er derfor i utgangspunktet ikke noe som vil innebære en forbedring av tilbudet eller vil stride mot prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Når foreliggende

sak er en ren priskonkurranse, der opplysninger om underleverandørene ikke har hatt betydning for evalueringen av tilbudene og utfallet av konkurransen, er det klart at ettersendingen ikke har medført at tilbudet ble forbedret, se også klagenemndas avgjørelse i sak 2022/1665 avsnitt 41.

- (44) Det var på denne bakgrunn ikke grunnlag for å se bort fra opplysningene eller avvise valgte leverandørs tilbud.
- (45) Klagers siste anførsel er at valgte leverandør ikke har levert tilstrekkelig dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav om økonomisk stilling, der det var stilt krav om garantistillelse.
- (46) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene». 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.
- (47) Det aktuelle kvalifikasjonskravet krevde at leverandøren gjennom garantierklæringer kunne «*stille nødvendige garantier ihht. NS 8407 pkt. 7.1 og 7.2.*» Kravet skulle dokumenteres ved å fremlegge en eller flere garantierklæringer.
- (48) Valgte leverandør leverte dokumentasjon på en garantiramme som langt overstiger kontraktsverdien i gjeldende sak, og der det står at den er en sikkerhetsstillelse «*i henhold til Norsk Standard kontrakt for gruppens behov.*» Klagenemnda legger til grunn at garantien etter sin ordlyd gjelder ansvar etter Norske standarder uten begrensninger opp til det angitte beløp, men at rammen ikke kun gjelder denne konkurransen, men for et ukjent antall kontrakter som Consto AS ellers dets datterselskap er del i.
- (49) Ordlyden i kvalifikasjonskravet stiller ikke nærmere krav til garantien enn at den er i tråd med NS 8407 pkt. 7.1 og 7.2, som krever at en garanti eller sikkerhetsstillelse er uten andre forbehold enn hva som følger av bestemmelsene og at den utgjør en viss prosentandel av kontraktssummen. Dette gjør at oppdragsgiver har et skjønn i vurderingen av om garantistillelsen oppfyller kvalifikasjonskravet.
- (50) Garantien i foreliggende sak er uten andre forbehold, og beløpet er langt utover de krav til sikkerhetsstillelse som følger av NS 8407 pkt. 7.1 og 7.2. Klagenemnda har derfor ingen rettslige innvendinger mot at innklagede mente kvalifikasjonskravet var oppfylt.

Konklusjon:

Smøla kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur