



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør.

Innklagede kunngjorde en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av en utførelsesentreprise for etablering av gang- og sykkelvei, herunder bygging av en gangbro. Klager anførte at kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner var oppfylt, slik at avvisningen av klager var urettmessig. Klagenemndas flertall ga klager medhold i anførselen.

Klagenemndas avgjørelse 20. januar 2025 i sak 2024/1731

Klager: Aurstad Tunnel AS

Innklaget: Møre og Romsdal fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Elisabeth Wiik, Tarjei Bekkedal og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

- (1) Møre og Romsdal fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 5. august 2024 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av en utførelsesentreprise for etablering av gang- og sykkelvei, herunder bygging av en gangbro. Anskaffelsens verdi ble estimert til 40 millioner kroner. Tilbudsfrist var 17. september 2024.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det angitt at kontrakten skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» og «Klima- og miljøpåvirkning». Kvalifikasjonskravene ville bare bli vurdert for den leverandøren som ble innstilt for tildeling av kontrakt.
- (3) I kunngjøringsskjemaet var det oppstilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Leverandøren skal ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad fra følgende sentrale fagområder: 1. Veibygging 2. Brubygging. Leverandøren skal selv ha erfaring fra utførelsen av arbeider angitt som sentrale fagområder. Det er ikke tilstrekkelig at Leverandøren kun har erfaring fra å styre underentreprenørenes utførelse. Hvis Leverandøren kun har erfaring fra å styre underentreprenører må Leverandøren støtte seg på andre virksomheter som har den nødvendige erfaringen fra utførelsen av de aktuelle arbeidene (fagområder).»

- (4) Det var oppstilt følgende dokumentasjonskrav:

«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)

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- *Beskrivelse av hva kontraktsarbeidene gikk ut på, herunder relevansen i forhold til angitte sentrale fagområder*
 - *Hvilke arbeider som ble utført av leverandøren selv, og hvilke arbeider som ble utført av underleverandører (kontraktsmedhjelpere)*
 - *Tidspunkt for leveransen*
 - *Kontraktens verdi.»*
- (5) Til konkurransegrunnlaget var det vedlagt en beskrivelse av gangbroen som skulle bygges under anskaffelsen. Her fremgikk det at konstruksjonen skulle bygges i spennarmert betong over Bådalselva.
- (6) Innklagede mottok tilbud fra seks leverandører, herunder VUKU Naturstein AS og Aurstad Tunnel AS (heretter *klager*).
- (7) For å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner, hadde klager blant annet vist til oppdrag på «*Sandesambandet*». Denne kontrakten hadde en verdi på «*ca. 175*» millioner kroner inkl. mva. I beskrivelsen av arbeidet fremgikk blant annet:

«Kontraktsarbeider gjelder oppgradering av fergekaiene på Sandesambandet. Fergekaier som skal oppgraderes er:

- *Larsnes fergekai*
- *Voksa fergekai*
- *Kvamsøya fergekai*
- *Åram fergekai*

Alle skal det større ferge inn i sambandet, så alle kaiene skal derfor forlenges, og det skal installeres 9x18 fergekai bruer.

Larsnes fergekai:

Arbeidet på Larsnes fergekai består av breddeutvidelse av brubås, mudring/utdypning, og oppføring av nytt tilleggsarbeid i stål med ny fendring. Arbeidet vil omfatte full utskifting av landkar, fyllingskant og erosjonssikring. Eksisterende kai med installasjoner skal rives, eksklusive dykdalb.

Arbeidene skal i hovedsak foregå uten fergetrafikk. Omfattende pelearbeid med peler med diameter 1m

Voksa fergekai:

Arbeidet på Voksa fergekai består av breddeutvidelse av brubås, mudring/utdypning, og oppføring av ny tilleggs kai i stål med ny fendring. Arbeidet vil omfatte full utskifting av landkar, fyllingskant og erosjonssikring. Eksisterende kai med installasjoner skal rives.

Arbeidene skal hovedsak foregå med fergetrafikk til interimskai. Omfattende pelearbeid med peler med diameter 1m.»

- (8) Tilsvarende beskrivelser var vedlagt for Kvamsøy fergekai og Åram fergekai. På to av fergekaiene innebar arbeidet «*oppføring av nytt tilleggsarbeid i stål med ny fendring*», og på de to andre fergekaiene skulle hele eller deler av eksisterende kai forlenges.
- (9) Etter tilbudsevalueringen var det klager som hadde inngitt tilbudet med best forhold mellom pris og kvalitet. I kvalifikasjonsvurderingen kom imidlertid innklagede til at klager ikke hadde dokumentert relevant erfaring fra fagområdet «*brubygging*». Innklagede avviste derfor klager fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner. I avvisningsbrevet fremhevet innklagede at klagers arbeid med utbedring og oppgradering av kaianlegg, både i art og utførelse var forskjellig fra fagområdet «*brubygging*».
- (10) Avvisningen ble påklaget 18. oktober 2024, hvor klager blant annet viste til at fergekaibroer var omfattet av Statens vegvesens definisjon av «*bro*». Avvisningen ble opprettholdt 24. oktober 2024. I en etterfølgende e-post pekte klager på en rekke faktorer som gjorde arbeidet på fergekaiene relevant for fagområdet «*brubygging*», herunder at det dreide seg om ettspennsbroer og at oppdraget omfattet betongarbeider med tilsvarende krav til utførelsesklasse som gangbroen i den pågående konkurransen.
- (11) Som følge av avvisningen, ble VUKU Naturstein AS (heretter *valgte leverandør*) innstilt til kontrakten.
- (12) Klagen ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. november 2024.
- (13) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse avventes til klagenemnda har behandlet saken. Klagen er derfor gitt prioritert behandling.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. januar 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Avvisningen av klager under henvisning til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav om tekniske og faglige kvalifikasjoner, er urettmessig. Kvalifikasjonskravet går ut på relevant erfaring fra fagområdet «*brubygging*», og det er ikke angitt at erfaringen må knytte seg til en spesifikk type bro. Klager har dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt gjennom referanseprosjektet «*Sandesambandet*». Her dokumenteres erfaring fra bygging av fire fergekaier med 9x18 meter fergekaibroer. Fergekaibroene er definert som broer i henhold til Statens Vegvesens vegnormal N400. Disse broene er, i likhet med broen som skal bygges under anskaffelsen, ettspennsbroer. De er dessuten gjenstand for mer komplisert installasjon og større laster enn broen anskaffelsen gjelder.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Klager oppfyller ikke kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner, slik at avvisningen er rettmessig. Kravet om erfaring fra «*brubygging*» må forstås i lys av konkurransegrunnlagets beskrivelser av kravene til den aktuelle broen som skal bygges. Herunder er det av betydning at det dreier seg om en plasstøpt ettspenns bjelkebro i

spennarmert betong. Dermed er det først og fremst erfaring med betongarbeider med relevans for denne broen, som må til for å oppfylle kvalifikasjonskravet.

- (17) Gjennom prosjektet «*Sandesambandet*» har klager dokumentert erfaring fra ettspenns fergekaibroer. Disse er imidlertid stålkonstruksjoner og gjenstand for andre krav enn det som stilles til betongbroer av den typen anskaffelsen gjelder, og de kan derfor ikke dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Det fremgår dessuten ikke tilstrekkelig klart i hvilken grad klager har erfaring med *bygging* av disse broene, da klager selv har beskrevet at det skal «*installeres 9x18 fergekaibruer*».

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder etablering av gang- og sykkelvei, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen 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.
- (19) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen, under henvisning til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (20) Det følger av anskaffelsesforskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver «*skal*» avvise en leverandør som «*ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».
- (21) Hvorvidt en leverandør oppfyller et kvalifikasjonskrav, beror på en tolking av kravet og tilbudet. Ved tolking av kvalifikasjonskrav skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. Ordlyden står sentralt, men det kan også være nødvendig å se hen til hva anskaffelsesdokumentene ellers beskriver at kontrakten går ut på. Det kan imidlertid ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva konkurransegrunnlaget samlet sett gir grunnlag for, og det kan ikke innfortolkes krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, se Høyesteretts uttalelse i HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 48-51 med henvisninger til EU-domstolens avgjørelse i sak C-27/15 (Pippo Pizzo) avsnitt 35 flg.
- (22) Også ved tolking av tilbudet, skal det legges til grunn en objektiv forståelse av ordlyden, se lagmannsrettens avgjørelse i LB-2017-61961. Kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, og ut fra den dokumentasjon som er innlevert på det tidspunktet, se klagenemndas avgjørelse i sak 2023/590 avsnitt 37. Det følger av anskaffelsesforskriften § 9-1 (2) at det er leverandøren som har risikoen for uklarheter i tilbudet.
- (23) Kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner stilte krav om at leverandørene måtte ha «*tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad fra følgende sentrale fagområder: 1. Veibygging 2. Brubygging*».
- (24) Kravet skulle dokumenteres gjennom en liste over tre til fem kontrakter som leverandøren gjennomfører eller har gjennomført i løpet av de siste fem årene. Listen skulle blant annet inneholde en beskrivelse av «*hva kontraktarbeidene gikk ut på, herunder relevansen i forhold til angitte sentrale fagområder*».

- (25) Kvalifikasjonskravets ordlyd «*erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad*» legger opp til en sammenligning av leverandørenes dokumenterte erfaring, og arbeidet kontrakten går ut på. Ordlyden «*relevant*» tilsier at erfaringens art og vanskelighetsgrad må ha en viss tilknytning og overføringsverdi til det arbeidet som skal utføres. En naturlig forståelse av «*tilstrekkelig*» er at erfaringen med de bestemte arbeidene må være god nok til å vise at leverandøren er egnet til å gjennomføre den aktuelle kontrakten. Kvalifikasjonskravets formulering indikerer en lavere terskel for oppfyllelse enn der erfaringen må være av «*sammenlignbar*» eller «*tilsvarende*» art som det kontrakten gjelder, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sakene 2024/1470 avsnitt 25 og 2018/204 avsnitt 32. Ordlyden gir derfor ikke grunnlag for å oppstille et krav om at leverandørene må ha erfaring med bygging av en betongbro tilsvarende den som skal bygges under anskaffelsen, slik innklagede anfører. Det vises til Høyesteretts uttalelse om et tilsvarende kvalifikasjonskrav i HR-2022-1964-A premiss 54:

«Til dette bemerker jeg at selv om konkurransegrunnlaget skal utformes klart, presist og utvetydig, er det ikke til å unngå at visse kvalifikasjonskrav kan få en skjønsmessig utforming. Dette vil eksempelvis være tilfellet når det kreves 'tilstrekkelig erfaring fra arbeider av relevant art og vanskelighetsgrad'. Ved vurderingen av om slike krav er oppfylt, vil oppdragsgiveren ha et handlingsrom, se til illustrasjon KOFA-2014-81 avsnitt 53. Vurderingen må imidlertid skje innenfor de rammene som kvalifikasjonskravene angir og være i samsvar med de grunnleggende prinsippene som følger av anskaffelsesloven § 4.»

- (26) Når det gjelder selve vurderingen av om klager har dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, har klagenemnda delt seg i et flertall og et mindretall. Både flertallet og mindretallet forstår partenes anførsler slik at det er enighet om at det kun er referanseprosjektet «*Sandesambandet*» som skal legges til grunn for vurderingen.
- (27) *Flertallet, bestående av nemndsmedlemmene Wiik og Bekkedal, viser til at kvalifikasjonskravet ikke krever erfaring fra bygging av broer tilsvarende den som skal bygges under anskaffelsen, men at det må vurderes konkret om erfaringen fra bygging av fergekaibroer er tilstrekkelig relevant for å bygge en gangbro. Dette må ifølge konkurransegrunnlaget, vurderes på bakgrunn av broenes «art og vanskelighetsgrad». I en slik vurdering vil det blant annet være relevant å se på byggemåte/konstruksjon, materialvalg, størrelse og kompleksitet, se Høyesteretts uttalelse i HR-2022-1964-A premiss 51:*

«Ved tolkningen av kravene må det tas utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. For å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravene, kan det være nødvendig å tolke og utfylle det generelle kvalifikasjonskravet med andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på. I den forbindelse vil også ordlyden i dokumentasjonskravet være av betydning, jf. blant annet KOFA-2022-909 avsnitt 34 flg.»

- (28) Gangbroen skal ha betongdekke, mens fergekaibroene er av stål. Dette er en relevant forskjell som det er saklig å legge vekt på. På den andre side er det ikke omtvistet at klager har dokumentert erfaring med betongarbeid knyttet til fergekaibroene, og derfor har erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad. Både gangbroen og fergekaibroene er ettpennsbroer, noe som indikerer en viss likhet i broenes konstruksjon og byggemåte. Videre oppgis fergekaibroene å være større enn den aktuelle gangbroen. Fordi fergekaibroene skal lede kjøretøy mellom ferge og land, må de også antas å være bygget

for å tåle større belastning enn det gangbroen skal utsettes for, noe som tilsier at fergekaibroene er mer komplekse enn en gangbro. Dette tilsier også at erfaringen er tilstrekkelig relevant for byggingen av gangbroen.

- (29) Innklagede har i kvalifikasjonsvurderingen lagt vekt på at klager i sin oppsummering av Sandesambandet, har skrevet at arbeidet blant annet besto av å installere fergekaibroene, og at dette er noe annet enn å bygge fergekaibroer. Det går imidlertid klart frem av beskrivelsen av delprosjektene i Sandesambandet, at klager også har erfaring med «*oppføring*» av fergekaibroene, og erfaring med arbeid som går utover kun å installere fergekaibroene. I den konkrete beskrivelsen av delprosjektene i Sandesambandet beskriver klager erfaring som enten er eller må likestilles med, bygging. Når innklagede har sett vekk fra den konkrete beskrivelsen av delprosjektene som var vedlagt tilbudet, har innklagede derfor lagt feil faktum til grunn i sin vurdering av om klager oppfyller kvalifikasjonskravet. Flertallet har etter dette kommet frem til at innklagede har gått utenfor det handlingsrom kvalifikasjonskravet med tilhørende dokumentasjonskrav, gir.
- (30) Flertallet har etter dette kommet til at klager har dokumentert «*tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad*» fra fagområdet «*brubygging*». Klager oppfyller dermed kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner, og skal ikke avvises fra konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 9-5 (1) bokstav a.
- (31) Mindretallet, bestående av nemndsmedlem Gulsvik, tar utgangspunkt i at det er oppstilt et kvalifikasjonskrav om «*tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad*», og Høyesteretts uttalelse om et identisk utformet kvalifikasjonskrav i HR-2022-1964-A premiss 54, som også er gjengitt ovenfor:

«Til dette bemerker jeg at selv om konkurransegrunnlaget skal utformes klart, presist og utvetydig, er det ikke til å unngå at visse kvalifikasjonskrav kan få en skjønnsmessig utforming. Dette vil eksempelvis være tilfellet når det kreves 'tilstrekkelig erfaring fra arbeider av relevant art og vanskelighetsgrad'. Ved vurderingen av om slike krav er oppfylt, vil oppdragsgiveren ha et handlingsrom, se til illustrasjon KOFA-2014-81 avsnitt 53. Vurderingen må imidlertid skje innenfor de rammene som kvalifikasjonskravene angir og være i samsvar med de grunnleggende prinsippene som følger av anskaffelsesloven § 4.»

- (32) Det er en grense for hvor lavt oppdragsgiver kan sette terskelen for at en tilbyder har tilstrekkelig erfaring, og det er grense for hvor høyt oppdragsgiver kan sette terskelen. I denne saken er spørsmålet om oppdragsgiver har satt terskelen for høyt, og dermed gått utenfor sitt handlingsrom slik rammene for kvalifikasjonskravet angir.
- (33) Kvalifikasjonskravet etterspør erfaring fra fagområdet «*brubygging*». Etter Høyesteretts uttalelse gjengitt ovenfor, skal det tas utgangspunkt i ordlyden, men «*[f]or å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravene, kan det være nødvendig å tolke og utfylle det generelle kvalifikasjonskravet med andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på.*»
- (34) Oppdragsgiver har lagt terskelen slik at det ikke er nok å ha erfaring med broer i enhver form, men at det kreves erfaring med bro av «*relevant art og vanskelighetsgrad*». Gjennom referanseprosjektet «*Sandesambandet*» har klager dokumentert erfaring med fergekaibroer, som er den kjørbare forbindelsen mellom ferge og land. En plasstøpt bro i betong og en fergekaibro i stål, er ulike konstruksjoner med ulike byggemåter og

materialer. Mindretallet forstår at en fergekaibro prefabrikkeres i stål og sendes til kaien, hvor den så skal installeres med hev-senk-funksjonalitet slik at fergekaibroen kan reguleres og tilpasses fergen som skal legge til kaien.

- (35) Som nevnt ovenfor, er ikke kvalifikasjonskravets ordlyd isolert sett nødvendigvis til hinder for at også erfaring fra slike broer kan utgjøre tilstrekkelig relevant erfaring, men kvalifikasjonskravet må tolkes ut fra hva kontrakten gjelder.
- (36) Klager har beskrevet at oppdraget på «*Sandesambandet*» innebærer at fergekaibroer skal «*installeres*». En naturlig forståelse av «*installeres*» er at mer eller mindre ferdige konstruksjoner bringes sammen. Etter mindretallets syn gir formuleringen anvisning på en annen form for arbeid enn «*bygging*», som vanligvis brukes om å bygge en konstruksjon fra bunnen av. Kontrakten gjelder en bro som skal støpes på stedet, i motsetning til fergekaibroene som var prefabrikkert i stål og skulle installeres. Formuleringen som er brukt i tilbudet, trekker dermed i retning av at kvalifikasjonskravet ikke er dokumentert oppfylt.
- (37) Partene er enige om at fergekaibroene er stålkonstruksjoner, og ikke betongkonstruksjoner. Det er nærliggende å legge til grunn at det utføres andre type arbeidsoperasjoner, og at det stilles ulike krav til utførelsen, ved arbeid med henholdsvis stål og betong. For mindretallet er det vanskelig å se at klagers dokumentasjon i tilbudet synliggjør at det likevel er tilstrekkelig med likheter mellom konstruksjonene, og deres art eller vanskelighetsgrad. Også dette tilsier at kvalifikasjonskravet ikke er dokumentert oppfylt.
- (38) På denne bakgrunn har mindretallet kommet til at oppdragsgiver har satt terskelen for hva som er tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad, innenfor den øvre grensen i handlingsrommet oppdragsgiver har slik kvalifikasjonskravet er utformet, og at klager ikke oppfyller kvalifikasjonskravet slik terskelen lovlig er satt. Klager «*skal*» derfor avvises fra konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 9-5 (1) bokstav a.
- (39) Siden klagenemndas flertall har kommet til at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen, og feilen «*kan*» ha påvirket konkurranseutfallet, skal klagegebyret tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur