



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for blant annet legging av brosten i to sentrumsgater i Oslo. I kunngjøringen ble det bedt om liste over tidligere utført arbeid, og det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det var krav om at leverandørene hadde erfaring fra tilsvarende arbeid. Klager ble avvist fordi han manglet erfaring med arbeid i tilsvarende gater, det vil si travle sentrumsgater. Klagenemnda la til grunn at den forståelsen innklagede la til grunn ikke kom frem tilstrekkelig klart og tydelig av verken kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Kravet kunne da ikke danne grunnlag for avvisning av klager.

Klagenemndas avgjørelse i sak 2003 /209 den 3. mai 2004

Klager: Mesta AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller.

Saken gjelder: Plikt til å opplyse om særskilte kvalifikasjonskrav

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Bakgrunn:

(+)(1) Samferdselsetaten i Oslo kommune (heretter kalt ☐ innklagede ☐) kunngjorde 25.4.2003 en åpen anbudskonkurranse for bygningstekniske arbeider i forbindelse med rehabilitering av Øvre og Nedre Slottsgate. Arbeidene gjaldt riving av eksisterende belegg og gatevarmeanlegg, samt etablering av nytt gatevarmeanlegg og gate med belegg av granitheller og gatestein.

Formatert: Punktmerking og nummerering

(+)(2) I kunngjøringen fremgikk ingen kvalifikasjonskrav, men leverandørene måtte levere inn:

Formatert: Punktmerking og nummerering

☐ *Liste over de viktigste tjenesteytelsene/leveransene de siste tre år, herunder deres verdi og tidspunkt for offentlige eller private mottakere.*

☐

Liste over de arbeider som er utført de siste fem år. En slik skal vedlegges bevis for god utførelse av de viktigste arbeidene. Dette beviset skal angi arbeidets verdi, tid og sted for utførelsen, samt om arbeidet har vært fullt fagmessig utført og er blitt behørig avsluttet. ☐

(+)(3) Det ble avholdt befaring og en tilbudskonferanse, og referat fra tilbudskonferansen ble sendt ut til leverandørene som hadde mottatt konkurransegrunnlaget.

Formatert: Punktmerking og nummerering

(+)(4) I konkurransegrunnlaget fremgikk det blant annet at:

Formatert: Punktmerking og nummerering

☐ Vi ønsker tilbud fra entreprenører med det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfyllelse av kontrakten og med erfaring fra tilsvarende arbeid ☐.

(+)(5) Det var videre krav til fagbrev for beleggsarbeidene, og ADK 1 sertifikat eller tilsvarende for vann- og avløpsarbeid.

Formatert: Punktmerking og nummerering

(6)(6)

Innklagede mottok tilbud fra elleve leverandører, men avviste åtte av disse som ikke kvalifiserte for oppdraget. Dette gjaldt også Mesta AS (heretter kalt ☐klager☐), som hadde levert inn et tilbud, blant annet med vedlagt oversikt over tidligere oppdrag siste fem år.

Formatert: Punktmerking og nummerering

(7)(7)

I brev 12.6.2003 ble klager orientert om at avvisningen. Beslutningen ble begrunnet med at det i den aktuelle anskaffelsen var svært viktig at leverandørene hadde erfaring fra tilsvarende leveranser. Det ble vist til krav om fremleggelse av referanser fra tilsvarende arbeider, beskrevet i konkurransegrunnlaget, og konkludert med at klager ikke hadde levert inn liste over referanser.

Formatert: Punktmerking og nummerering

(8)(8)

Etter anmodning, ble avvisningen ytterligere begrunnet i brev 25.6.2003. Innklagede vedgikk nå at det ble gitt anledning til ettersendelse av blant annet referanseliste, og at klager hadde gjort dette. Avvisningen ble likevel opprettholdt. I brevet het det:

Formatert: Punktmerking og nummerering

☐Av den dokumentasjon Samferdselsetaten har mottatt fremkommer at de krav som er stilt for deltakelse i konkurransen ikke er tilfredsstillende jfr. §12-5.

Øvre og Nedre Slottsgate er gågater med forretninger på begge sider av gaten og med stor fotgjengertrafikk og transport av varer. Det er i forespørselen satt krav til at dette må tas hensyn til ved at handlende og næringsdrivende skal benytte gaten samtidig med at rehabiliteringen av gaten pågår. Dette ble også presisert på anbudskonferansen. Ut fra disse forhold er det satt krav til at entreprenøren skal ha erfaring med tilsvarende gater.

Av anskaffelsesforskriften § 15-12 (1) a følger det at oppdragsgivere skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt for leverandørens deltakelse i konkurransen ☐.

Klager har i det vesentlige anført:

1. Kunngjøringens kvalifikasjonskrav

(9)(9)

Klager oppfylte kravene til dokumentasjon som fremgikk av kunngjøringens punkt 6. Det kan av kravene til dokumentasjon ikke innfortolkes krav om erfaring fra en spesiell type prosjekt.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(10)~~(10) Innklagede kunne ikke oppstille ytterligere krav til leverandørenes kvalifikasjoner, utover det som fremgikk av kunngjøringen.

Formatert: Punktmerking og nummerering

2. Konkurranses grunnlagets kvalifikasjonskrav

- | ~~(11)~~(11) Det er uansett naturlig å forstå kvalifikasjonskravet til å omfatte erfaring med "arbeidene" slik de er beskrevet i anbudsgrunnlagets pkt. 1.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(12)~~(12) Det er i anbudsgrunnlaget ikke oppgitt at kvalifikasjonskravene også inkluderer erfaring med tilsvarende omgivelser som i Øvre og Nedre Slottsgate. Det er riktig nok opplyst at gatene er travle handlegater, men dette er ikke medtatt som et kvalifikasjonskrav.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(13)~~(13) Innklagedes krav, slik det fremgår i den etterfølgende korrespondanse - at leverandøren kan dokumentere erfaring med arbeider der "handlende og næringsdrivende skal benytte gaten samtidig med at rehabiliteringen av gaten pågår" - må antas å ha vært sentralt og avgjørende for innklagede under hele konkurransen. Kriteriet skulle derfor vært uttrykt eksplisitt i kunngjøringen som et særskilt kvalifikasjonskrav. Dette er ikke gjort. Innklagede har således uansett ikke anledning til å avvise klagers anbud.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(14)~~(14) Det mest sentrale spørsmålet er hva som kan innfortolkes i begrepet "tilsvarende arbeider/installasjoner". Når innklagede har unnlatt å presisere kravet nærmere, er det naturlig å forstå dette som at leverandørene må ha den tilstrekkelige faglige og tekniske bakgrunn for å kunne levere den ytelse som er beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- | ~~(15)~~(15) Innklagede viser i tilsvaret til en rekke vedlegg til konkurransegrunnlaget, der oppdraget er nærmere beskrevet. Innklagede synes å mene at det springer særskilte kvalifikasjonskrav ut av alle disse vedleggene, som innklagede kan ta hensyn til utvelgelsen. Dette er uriktig. Forskriftens § 12-6 (1) bestemmer at kvalifikasjonskravene i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen.

Formatert: Punktmerking og nummerering

3. Hvilke kvalifikasjonskrav som er anvendt

- (16) Det er i realiteten stilt krav om erfaring fra en spesiell type prosjekt gjennom avvisning av klager, og disse kravene er ikke varslet på forhånd. Det vises her til evalueringsrapporten s. 11, der det heter at klager har noe erfaring fra tilsvarende arbeider, men ikke i sentrumsgater. I konklusjonen heter det at klager avvises fordi selskapet ikke kan vise til tilsvarende arbeider. Det fremgår at innklagede i tillegg opererer med et krav om at erfaringen skal gjelde sentrumsgater. Kravet om at erfaringen må gjelde sentrumsgater spesielt er ikke angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Formatert: Punktmerking og nummerering

4. Klagers kvalifikasjoner: Erfaring med travle gater

- (17) Uansett viser de oversendte referanselister god nok dokumentasjon på at selskapet og dets underleverandører tilfredsstiller kravene.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (18) Klager har vist til en rekke referanseprosjekt med tilsvarende utfordringer, både i anbudet, og de ettersendte dokumentene vedlagt brev av 27.05.03 og 27.06.03. Dette gjelder arbeider i tilsvarende sentrumsområder med samme eller høyere brukertetthet. Klagers utvalgte underentreprenører for prosjektet har også kunnet vise til omfattende erfaring.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (19) For samtlige referanser som gjelder arbeider med vei, opphøyde gangfelt, rundkjøringer, fortau etc, gjelder at gatene ikke ble avstengt under arbeidet.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (20) Riktig nok gjelder ikke alle steinlegging. Dette må ha mindre betydning, ettersom kravet om erfaring fra sentrumsgater først og fremst synes å knytte seg til evnen til å organisere arbeidene slik at man sikrer tilgjengelighet og sikkerhet for trafikanter og næringsdrivende, uten at dette går på bekostning av fremdriften i prosjektet. Dette har vært en velkjent problemstilling i hoveddelen av alle sentrumsprosjektene klager har utført.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (21) Referanseliste for underentreprenører ble forespurt særskilt, og ettersendt i tide. Innklagede har dessuten godkjent klagers oppfyllelse av krav om fagbrev for steinarbeider, som

Formatert: Punktmerking og nummerering

ble fremlagt fra en av klagers underentreprenører. Det fremgår av evalueringsprotokollen at underentreprenørens erfaring og kvalifikasjoner har vært vurdert inngående, og synes å ha veid tungt ved vurderingen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

1. Generelt om fastsettelse av minstekrav til deltakelse i konkurransen

- | ~~(22)~~(22) Kravene til deltakelse i konkurransen fremgår av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Ut fra innlevert dokumentasjon vedrørende klagers faglige og tekniske kompetanse, var klager ikke kvalifisert til deltakelse i konkurransen. Avvisningen av klager var rettmessig.
- | ~~(23)~~(23) Hvor strenge krav det stilles leverandørenes deltakelse i konkurransen er innenfor oppdragsgivers frie skjønn. De kravene som stilles til deltakelse i konkurransen må ses sammenheng med anskaffelsens art, mengde og leveringstid. Innklagede har ved denne anskaffelsen stilt strenge minstekrav til leverandørenes kvalifikasjoner for deltakelse i konkurransen. Dette skyldes de høye kravene til kvaliteten på arbeidet som standard "DS 1136" forutsetter. Videre skyldes de strenge kvalifikasjonskravene prosjektets stramme tidsrammer og omgivelsene der arbeidet skal utføres.

Formatert: Punktmerking og nummerering

Formatert: Punktmerking og nummerering

2. Kunngjøringen av kvalifikasjonskravene

- | ~~(24)~~(24) Klager har anført at kvalifikasjonskravene ikke er angitt i kunngjøringen. Innklagede har i kunngjøringen anvendt Norsk lysningsblads kunngjøringsskjema, som er det obligatoriske dokumentet ved kunngjøringer av offentlige anskaffelser. Det er i kunngjøringsskjemaet beskrevet hvilke arbeid som skal utføres, tid og sted for utførelsen og hvilken dokumentasjon som skal innleveres. Vilåret i anskaffelsesforskriften § 12-6 (2) er at kvalifikasjonskravene skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen. Det er altså ikke krav om at man i detalj angir hvilke kvalifikasjonskrav som stilles.
- | ~~(25)~~(25) Det fremgår av kunngjøringen at det i vurderingen av tilbyderens tekniske kompetanse skal vedlegges "Liste over de viktigste tjenesteytelsene/leveransene de siste tre år..." og "Liste over de arbeider som er utført de siste fem år....". Ser man dette i sammenheng med blant annet kunngjøringens beskrivelse av arbeidet, dens angivelse av tid og sted arbeidet skal utføres, har man oppfylt vilåret i anskaffelsesforskriften

Formatert: Punktmerking og nummerering

Formatert: Punktmerking og nummerering

§ 12-6 (1), om at kravene til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen.

- (26) Tilbydernes tekniske kompetanse er vurdert på bakgrunn av den dokumentasjon det er bedt om i kunngjøringen, i forhold til det konkrete arbeidet som skal utføres i Øvre og Nedre Slottsgate. Det er ikke riktig at innklagede har stilt krav om erfaring fra "en spesiell type prosjekt" slik klager anfører.

Formatert: Punktmerking og nummerering

3. Konkurranses grunnlagets kvalifikasjonskrav

- (27) Konkurranses grunnlagets kapittel "INFORMASJON FOR KONKURRANSEN" pkt. 4 angir hvilke krav det stilles til deltakelse i konkurransen. Her står det at "Vi ønsker tilbud fra entreprenører med det faglige, tekniske og økonomiske grunnlaget som er nødvendig til oppfyllelse av kontrakten og med erfaring fra tilsvarende arbeider/installasjoner...". Dette skal dokumenteres med referanseprosjekter. Dette fremgår under pkt. 4 på side 5, hvor det står at man ønsker en "Oversikt over tilsvarende arbeider som er utført de tre siste år, anført med arbeidets verdi samt tid og sted for utførelsen og referanseperson for oppdraget.

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (28) Teksten gir kun en generell beskrivelse av arbeidet. For å få et fullstendig bilde av hva anskaffelsen omfatter må konkurransegrunnlaget ses i en helhet. Det er derfor for snevert å kun legge teksten i konkurransegrunnlagets pkt. 1 under kapittelet "INFORMASJON FOR KONKURRANSEN" til grunn, når man skal tolke begrepet "tilsvarende arbeider".

Formatert: Punktmerking og nummerering

- (29) Anskaffelsens art, mengde og leveringstid er nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det inkluderer forholdene og omgivelsene hvor arbeidet skal pågå og hvilke standard arbeidet skal utføres i henhold til. Det henvises her til:

Formatert: Punktmerking og nummerering

- ☐ informasjon for konkurransen pkt. 1. og pkt. 4
- ☐ kontraktsdokumentet pkt. 10.1 og 15.7.
- ☐ byggherrens plan for helse miljø og sikkerhet pkt. 3 og pkt. 4.
- ☐ prosjekthinformatjon og oppdragsomfang, se spesielt pkt. 4 og pkt. 5

- mengdeoppsettet hvor det fremgår at arbeidet skal utføres i henhold til standarden "DS 1136"

(30)(30) Hva som ligger i kravet "tilsvarende arbeider" må ses på bakgrunn av dette.

Formatert: Punktmerking og nummerering

(31)(31) I forbindelse med tilbudskonferansen presiserte innklagede hvilke utfordringer rehabiliteringen av Øvre og Nedre Slottsgate ville innebære, og at det ville bli stilt høye krav til deltakelse i konkurransen.

Formatert: Punktmerking og nummerering

(32)(32) På grunnlag av det ovennevnte tilbakeviser innklagede klagers anførsel om at konkurransens kvalifikasjonskrav ikke i tilstrekkelig grad var angitt i konkurransegrunnlaget.

Formatert: Punktmerking og nummerering

4. Evaluering av klagers kvalifikasjoner

(33)(33) Utgangspunktet er at det er kun den dokumentasjon som var vedlagt tilbudet som det kan tas hensyn til under evalueringen av tilbydernes kvalifikasjoner. Innklagede ga imidlertid samtlige tilbydere en mulighet til å ettersende dokumentasjon som manglet. Tilleggsfristen ble satt til den 30.05.2003. Klager hadde ikke vedlagt i sitt tilbud dokumentasjon på fagbrev for steinleggere. Dette ble ettersendt fra klager innen tilleggsfristens utløp.

Formatert: Punktmerking og nummerering

(34)(34) Etter fristen for ettersendelse av dokumentasjon var utløpt, startet evalueringen av tilbydernes kvalifikasjoner. Det forelå på dette tidspunktet ikke dokumentasjon fra klager som viste at de hadde erfaring med tilsvarende arbeid som rehabiliteringen av Øvre og Nedre Slottsgate. De referanseprosjektene klager viste til, var ikke travle sentrumsgater med alminnelig ferdsel i området hvor arbeidet ble utført. Videre gjaldt de vedlagte referanseprosjektene arbeid med kryssutbedring, opphøyde gangfelt og rundkjøringer, og kan derfor ikke sammenlignes med arbeidet i Øvre og Nedre Slottsgate, som innebærer komplett manuell steinlegging i hele gater. Kravet om "erfaring fra tilsvarende arbeider/installasjoner" var av den grunn ikke oppfylt. Innklagede måtte etter dette avvise klager, fordi de krav som

Formatert: Punktmerking og nummerering

var satt til deltakelse i konkurransen ikke var oppfylt, jf anskaffelsesforskriften § 15-12 (1) a.

~~(35)~~(35) Tilbyderne må selv bære risikoen for at det i tilbudet vedlegges relevante referanseprosjekt til evaluering av firmaets kvalifikasjoner. Klager har ved brev datert 27.06.2003 (bilag 8) ettersendt dokumentasjon på ytterligere referanseprosjekt. Disse referanseprosjektene har ikke vært inkludert i evalueringen av klager sine kvalifikasjoner, i og med disse ikke var vedlagt tilbudet etter ettersendt innen tilleggsfristens utløp. Det ville innebære brudd på anskaffelsesregelverket, hvis disse referanseprosjektene skulle vært gjenstand for evaluering etter utløpet av tilbudsfristen og den gitte tilleggsfrist.

Formatert: Punktmerking og nummerering

~~(36)~~(36) Klager har vist til et prosjekt i Lillestrøm. Dette prosjektet var ikke vedlagt som referanseprosjekt i klagers tilbud, og kan derfor ikke ha relevans som bevis for at klager må anses for å være kvalifisert.

Formatert: Punktmerking og nummerering

~~(37)~~(37) Det bestrides at kvalifikasjonskravene var uklart/mangelfullt angitt. Hvilke krav det er stilt til deltakelse i konkurransen fremgår både av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.

Formatert: Punktmerking og nummerering

~~(38)~~(38) Når det gjelder dokumentasjon på underentreprenørers erfaring, er ikke disse vurdert som relevante i kvalifikasjonsvurderingen. Dette skyldes at kravet om erfaring fra tilsvarende arbeider retter seg mot det firmaet som leverer tilbud til innklagede og eventuelt kan bli kontraktspartner.

Formatert: Punktmerking og nummerering

Klagenemndas vurdering

~~(39)~~(39) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider som etter sin verdi følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III.

Formatert: Punktmerking og nummerering

~~(40)~~(40) Krav til leverandørenes kvalifikasjoner skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen, jf forskriftens § 12-6 (1).

Formatert: Punktmerking og nummerering

Kunngjøringen skal også angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandøren er oppfylt. Slik innklagede anfører, vil oppdragsgiveren ha en betydelig skjønnsfrihet ved fastsettelsen av hvor strenge krav det stilles til deltakelse i konkurransen. Det ligger imidlertid en begrensning i at kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsen, og står i forhold til den ytelse som skal leveres, jf forskriftens § 12-5 (2).

| ~~(41)~~(41) I den foreliggende sak hadde innklagede i kunngjøringen bedt om dokumentasjon av de viktigste leveranser de siste tre år. Videre var det i konkurransegrunnlaget presisert at en ønsket tilbud fra entreprenører "med erfaring fra tilsvarende arbeider/installasjoner".

Formatert: Punktmerking og nummerering

| ~~(42)~~(42) Det fremgår imidlertid av avvisningsbrevet datert 12.6.2003 at leverandørene måtte ha □erfaring med tilsvarende gater□ for å kunne anses kvalifisert for arbeidet. Dette må regnes som et sentralt og avgjørende krav til leverandørenes kvalifikasjoner, og skulle således fremgått allerede av kunngjøringen, jf forskriftens § 12-6 (1). En naturlig forståelse av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var at innklagede ønsket dokumentasjon for kompetanse knyttet til den aktuelle typen arbeid, mer enn at slikt arbeid var utført i en identisk arbeidssituasjon.

Formatert: Punktmerking og nummerering

| ~~(43)~~(43) I klagenemndas avgjørelse i sak 2003/130 hadde oppdragsgiver operert med et krav om tidligere erfaring med drift av parkeringsanlegg. Klagenemnda la til grunn at dette kravet ikke fremgikk tilstrekkelig klart av kunngjøringen, selv om det der ble stilt krav om at leverandørene måtte levere inn en liste over de viktigste tjenesteytelser/leveranser de siste tre år.

Formatert: Punktmerking og nummerering

| ~~(44)~~(44) Klagenemnda kan ikke se at forholdet kan stille seg annerledes i den foreliggende sak. At innklagede stilte krav om at leverandørene skulle levere inn liste over tidligere leveranser, og en referanseliste, er ikke en tilstrekkelig klar og tydelig opplysning om at leverandørene skal ha slik erfaring som innklagede innfortolker i konkurransegrunnlaget.

Formatert: Punktmerking og nummerering

| ~~(45)~~(45) Selv om det riktig nok var beskrevet nærmere hvilke krav som ble stilt til gjennomføringen av kontrakten, herunder de særlige hensyn som måtte tas til næringsdrivende i området, kan heller ikke dette anses som en tilstrekkelig klart og tydelig opplysning om de nevnte særskilte kvalifikasjonskrav.

Formatert: Punktmerking og nummerering

| ~~(46)~~(46) Ved at innklagede har anvendt et sentralt og avgjørende krav til leverandørenes kvalifikasjoner som det ikke var opplyst om på forhånd, var avvisningen av klager på dette grunnlaget urettmessig.

Formatert: Punktmerking og nummerering

| ~~(47)~~(47) Klagenemnda vil bemerke at å stille opp et krav om at leverandørene skal ha erfaring fra arbeid i ☐ tilsvarende gater ☐ i seg selv ikke er uforenlig med regelverket. Dersom kravet hadde blitt opplyst på forhånd, kunne klagenemnda således ikke underkjent dette i den foreliggende sak.

Formatert: Punktmerking og nummerering

Konklusjon:

Oslo kommune har anvendt et krav om at leverandørene skulle ha erfaring fra arbeider i en tilsvarende arbeidssituasjon i en konkurranse om bygge- og anleggsarbeider i Øvre og Nedre Slottsgate, uten å opplyse tilstrekkelig klart om dette på forhånd. Beslutningen om å avvise klager på dette grunnlaget, er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 12-5.

For klagenemnda, 3.5.2004

Morten Goller