



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført prekvalifisering i en begrenset anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtaler på bygg- og anleggsarbeider i Oslo kommune. Klager har anmodet om deltakelse i prekvalifiseringen, men ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav vedrørende våtromssertifisering. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt loven § 5 ved å stille krav om at leverandøren var godkjent i henhold til Byggebransjens våtromsnorm eller tilsvarende ordning.

Klagenemndas avgjørelse 30. august 2010 i sak 2010/158

Klager: Roald Larsen AS

Innklaget: Oslo kommune v/Boligbygg KF

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Bjørg Ven, Magni Elsheim

Saken gjelder: Oppfyllelse av kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav

Bakgrunn:

- (1) På vegne av Oslo kommune v/Boligbygg KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde Nekom AS 23. november 2009 en begrenset anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtaler på bygg- og anleggsarbeider knyttet til tømrer/snekkerarbeider, malerarbeider, elektrikerarbeider, rørleggerarbeider og vask av leiligheter. Anskaffelsen gjelder istandsetting av ubebodde leiligheter og arbeidene skulle utføres som generalentrepriser. Anskaffelsens verdi var estimert til 140 millioner kroner i kontraktperioden på 2 år, jf kunngjøringsteksten punkt II.2.1). Frist for innlevering av søknad om prekvalifisering var 22. desember 2009.
- (2) Fra kvalifikasjonsgrunnlagets punkt 3 "Krav til leverandøren" refereres følgende vedrørende leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

"3.5 Tekniske og faglige kvalifikasjoner

Kvalifikasjonskrav	
<i>Krav 3: Det kreves at leverandøren viser god evne til å gjennomføre oppdraget mht. kravene nedenfor:</i>	
Krav	Dokumentasjon
<i>a) [...].Det kreves at leverandøren eller den underleverandøren som skal forestå våtromsarbeidene er godkjent ihht BVN (Byggebransjens våtromsnorm) og at entreprenøren eller underentreprenørene har godkjente</i>	• [...] • Dokumentasjon på at leverandøren, eller den underleverandøren som skal forestå våtromsarbeidene, er godkjent bedrift ihht. BVN (byggebransjens våtromsnorm) og at leverandøren eller

<i>fagarbeidere ihht BVN, eller tilsvarende ordning.</i>	<i>underleverandøren har godkjente fagarbeider i hht. BVN eller annen dokumentasjon på tilsvarende krav.</i>
<i>[...]</i>	<i>[...]</i>

- (3) Innenfor prekvalifiseringsfristens utløp mottok innklagede tretti forespørsler om deltagelse i konkurransen, herunder fra Roald Larsen AS (heretter kalt klager). Seks tilbydere ble avvist som følge av manglende dokumentasjon av kravet i punkt 3.a vedrørende våtrom.
- (4) Fra evalueringen av 29. januar 2010 refereres følgende vedrørende kvalifikasjonsvurderingen:

"Flere søkere har dokumentert godkjent våtromsbedrift, men ikke godkjente fagarbeidere hos søker eller hos underentreprenør på våtromsarbeidene. Dette er akseptert da godkjenningsbevis på våtromsbedrift bekrefter at det benyttes godkjente fagarbeider. Flere søkere har dokumentert godkjente fagarbeidere, enten i eget foretak eller hos underentreprenør som er ansvarlig for våtromsarbeidene, men ikke godkjent våtromsbedrift. Variasjonene på kompetansen hos disse fagarbeidene er varierende. Alt fra grunnkurs til ulike moduler. Disse søkerne har ikke på en tilstrekkelig tilfredsstillende måte dokumentert krav 3a og anbefales derfor avvist.

[...]

Også søker nr. 30 Solhus e.hf. er det heftet betydelig tvil om i forhold til dette kravet. Dette foretaket er et islandsk foretak og kan derfor ikke avkreves samme krav som norske foretak i forhold til særnorsk ordning med våtromsgodkjenning. Det var derfor i kvalifikasjonsgrunnlaget stilt krav om annen dokumentasjon på tilsvarende krav. Slik dokumentasjon er ikke fremlagt og det er derfor betydelig tvil om dette foretaket eller tilbudte underentreprenører har den nødvendige kompetansen innen dette området. Dokumenterte referanser tyder ikke på det.

[...]

Søker nr.14, Roald Larsen AS har en tiltenkt underentreprenør på våtrom, Oslo flis og Mur DA. Dette er et foretak uten ansatte i henhold til HMS- egenerklæringen. Det står oppført 2 deltakere på hjemmesiden til foretaket. Innehaver av foretaket har godkjenningsbevis som fagarbeider i henhold til byggebransjens våtromsnorm, men er ikke firmagodkjent. Spørsmålet er om slik firmagodkjenning gis til DA- foretak med kun 1 ansatt. Det er derfor tvil om denne søkeren tilfredsstiller kravene i grunnlagets punkt 3.a.

[...]

Det er vurdert som kurant å stille krav om "at leverandøren eller den underleverandøren som skal forestå våtromsarbeidene er godkjent i hht BVN (Byggebransjens våtromsnorm) og at entreprenøren eller underentreprenørene har

godkjente fagarbeidere i hht BVN, eller tilsvarende ordning”, med tilhørende dokumentasjonskrav. Dette ligger innenfor foa. § 17-9 (1), litra f nr.1.”.

- (5) Innklagede avviste klager fra konkurransen i brev 18. mars 2010, som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav 3a). Følgende refereres fra avvisningen:

”Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver kan stille krav om ”at leverandøren eller den underleverandøren som skal forestå våtromsarbeidene er godkjent i hht BVN (Byggebransjens våtromsnorm) og at entreprenøren eller underentreprenørene har godkjente fagarbeidere i hht BVN, eller tilsvarende ordning”, med tilhørende dokumentasjonskrav.

Dette ligger innenfor forskrift om offentlige anskaffelser (foa.) § 17-9 (1), litra f nr 1.

For oppdragsgiver har det vært av meget stor betydning at entreprenør eller den underentreprenør som skal forestå våtromsarbeidene, som for øvrig utgjør en relativ betydelig del av oppdragene i rammeavtalen, kan vise til tilfredsstillende kompetanse innen våtromsarbeider. Oppdragsgiver har tidligere hatt uheldige erfaringer knyttet til slik utførelse.

Det var i søknaden dokumentert at tiltenkt underentreprenør har en godkjent fagarbeider i Byggebransjens våtromsnorm, men ikke dokumentert at leverandøren eller underleverandøren som skal forestå våtromsarbeidene er godkjent våtromsbedrift. Det var kumulative dokumentasjonskrav under dette kvalifikasjonskravet.

I medhold av forskrift av 07.04.2006, nr. 402- forskrift om offentlige anskaffelser som gjelder for denne anskaffelsen, § 20-12 (1) litra a, skal en leverandør avvises når leverandøren ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen.

Alternativ bestemmelse finnes i foa. § 20-12 (2), litra g, som er en hjemmel der oppdragsgiver kan avvise leverandør som har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragrafen eller krav til leverandøren.

På disse grunnlag er dessverre søknaden om prekvalifisering avvist.”.

- (6) Klager påklaget avgjørelsen i brev av 29. mars 2010.
- (7) Innklagede opprettholdt avvisningen i brev av 16. april 2010, hvorav følgende refereres.

”Roald Larsen AS er med virkning fra mars 2010 gitt godkjenning som våtromsbedrift i henhold til Byggebransjens våtromsnorm (BVN). Slik godkjenning som våtromsbedrift forelå ikke på tidspunkt for søknad om prekvalifisering den 22.12.2009 og krav 3a) i kvalifikasjonsgrunnlaget var derfor dessverre ikke tilfredsstillt på dette tidspunktet.

[...]

For å få godkjenninger innen Byggebransjens våtromsnorm, kreves utdanning i form av kurs i ulike moduler for fagarbeidere. For å bli godkjent våtromsbedrift kreves blant annet at bedriften oppfyller opplæringskravene i BVN, at bedriften har en faglig leder for våtrom, at bedriften benytter sertifiserte prosjekterende/fagarbeidere/takstmenn for våtrom og at bedriften har tilgjengelig oppdatert utgave av BVN.”

- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 11. mai 2010.
- (9) Innklagede har i e-post av 26. mai 2010 informert om at man vil avvente kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse av klagesaken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig dokumentasjonskrav

- (10) Klager anfører at det ikke er anledning til å oppstille krav om våtromssertifisering som dokumentasjon på leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner i henhold til forskriften § 17-9.

Brudd på kravet til ikke-diskriminering

- (11) Kravet er under enhver omstendighet i strid med kravene til ikke-diskriminering i loven § 5. For det første vises det til at sertifisering for våtrom er en frivillig ordning, som det i praksis bare vil være norske bedrifter som oppfyller. Siden det ikke er et obligatorisk krav, må oppdragsgiver stille krav til dokumentasjon på det faglige nivået for leverandørenes kvalifikasjoner, uten å snevre dette inn til kun en sertifisering. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2005/60 og 2005/197, hvor krav om sentral godkjenning ble underkjent.
- (12) For det andre vises det til at det ikke er anledning til å oppstille et generelt krav om medlemsskap i branseorganisasjonen. Fagsjef i "*Fagrådet for våtrom*" har opplyst at det ikke finnes tilsvarende systemer i Norge eller i verden for øvrig. Organisasjonene i Sverige, Danmark og Storbritannia er ikke sammenlignbare med BVN og kan ikke betegnes som "*tilsvarende ordning*". Det engelske "*The Bathroom Academy*" har opplæringsprogrammer med fokus på "*Bathroom design workshop*" og "*Competition law*". Den danske og den svenske ordningen synes primært å være beregnet for arbeid knyttet til gulvarbeid. Den norske ordningen har en egen standard som ligger over det rent forskriftsbestemte, og er primært rettet mot rørleggerbedrifter. En utenlandsk tilbyder ville måtte foreta en grundig sammenligning av egen nasjonal ordning og våtromsnormen for å kunne delta i angjeldende konkurranse. Det vises til EU-domstolens avgjørelse i sak C199/07 premiss (40) – (42), hvor det var i strid med diskrimineringsforbudet at en utenlandsk tilbyder måtte foreta skritt for å klargjøre innholdet av oppstilte krav.

Brudd på kravet til forutberegnelighet

- (13) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å ha avvist forespørsel fra klager om deltakelse i konkurransen uten å ha foretatt en vurdering av i hvilken grad kvalifikasjonskravene er oppfylt uavhengig av medlemsskapet i BVN. Innklagede plikter å vurdere innsendt dokumentasjon på klagers egne kvalifikasjoner og dokumentasjon på at underleverandøren har sertifisering for våtrom, jf. vilkåret "*eller tilsvarende ordning*".

Innklagedes anførsler:

Ulovlig dokumentasjonskrav

- (14) Innklagede anfører at det etter forskriften § 17-9 (1), litra f kan kreves fremlagt vitnesbyrd og attester om utdanning og yrkespraksis for leverandørene som dokumentasjon for leverandørenes kvalifikasjoner. Dette gjelder konkrete opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner som kan dokumentere om den aktuelle leverandøren er egnet til å utføre angjeldende våtromsarbeider.

Brudd på kravet til ikke-diskriminering

- (15) Innklagede bestrider at angjeldende dokumentasjonskrav kun kan oppfylles av norske bedrifter, da det også er åpnet opp for at leverandører som tilfredsstiller tilsvarende krav i andre ordninger også kan oppfylle det aktuelle kvalifikasjonskravet. Hensikten med denne presiseringen er å åpne opp for andre lignende ordninger enn den norske, slik at det ikke skal skje noen diskriminering.
- (16) Det sentrale er at leverandøren eller underleverandøren kan dokumentere at innholdet i kravene i henhold til BVN eller en tilsvarende godkjenning er oppfylt slik at oppdragsgiver er trygg på at våtromsarbeidene utføres faglig forsvarlig. I Norge gis slik godkjenning av Fagrådet for våtrom (FFV), som er en tverrfaglig og uavhengig medlemsorganisasjon med oppgave å bidra til å redusere våtromsskader. Godkjenningen gis etter forskjellige utdanningsmoduler, hvor kjernen i BVN er kompetanse, tverrfaglighet og prosjektstyring. For å oppfylle kravene i BVN må bedriften ha en faglig leder som er våtromssertifisert, og i tillegg må alle involverte fagarbeidere som skal jobbe med våtrom være våtromssertifiserte. Den svenske ordningen (AB Svensk Våtrumskontroll) er eksempelvis relativ lik den norske ved at den utdanner, autoriserer, informerer og kontrollerer. Den danske ordningen har samme funksjon som den norske ordningen, ved at den kontrollerer og garanterer at virksomheter som er godkjent har nyeste viten om legging av gulv. Det foreligger også en lignende ordning i England.
- (17) I henhold til forskriften § 17-7 er det adgang for foretak i hele EØS- området til å søke om deltakelse og å bli prekvalifisert dersom leverandørens underleverandør oppfyller kvalifikasjonskravet. Slike firmaer kan enkelt søkes opp på FFV sin nettside. Utenlandske firmaer kan godkjennes i henhold til BVN. Slik godkjenning fordrer at selskapets ansatte har en utdanning som kan godkjennes i Norge, samt at nødvendige kurs og prøver gjennomføres.
- (18) De avgjørelsene fra klagenemnda som klager har vist til, gjelder avvisning av klager som manglet sentral godkjenning. I disse sakene hadde innklagede oppstilt et ubetinget krav om sentral godkjenning og det var ikke gjort noen reell vurdering av søkers kvalifikasjoner ut fra den dokumentasjon som var levert. Avgjørelsene har liten relevans i foreliggende sak, fordi innklagede ikke har oppstilt et ubetinget krav til dokumentasjon knyttet til den norske våtromsnormen. I angjeldende konkurranse kreves det at leverandøren eller underleverandøren er godkjent i henhold til BVN og at entreprenøren eller underentreprenøren har godkjente fagarbeidere i henhold til BVN eller tilsvarende ordning. Det er oppfyllelse av de krav som våtromsnormen (BVN) inneholder som er det vesentlige, og ikke oppfyllelsen av selve BVN.

Brudd på kravet til forutberegnelighet

- (19) Innklagede bestrider anførselen om at klagers innleverte dokumentasjon ikke er blitt vurdert. Klager søkte om prekvalifisering med foretaket Oslo Flis og Mur DA som

underleverandør, hvorav underleverandøren hadde en ansatt som var godkjent fagarbeider. Det forelå imidlertid ikke bedriftsgodkjenning i henhold til kravene for BVN. Innklagede har foretatt en helhetlig og reell vurdering av søkers kvalifikasjoner med utgangspunkt i den innleverte dokumentasjon. Klagers godkjenning i ettertid i henhold til kravene i BVN er innlevert etter prekvalifiseringsfristens utløp og kan ikke hensyntas.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr.1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt, og er etter kontraktens verdi underlagt lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. § 2-1 (4), jf. § 2-2 (1).

Ulovlig dokumentasjonskrav

- (21) Klager har anført at det ikke er anledning til å oppstille krav om våtromssertifisering som dokumentasjon på leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner i henhold til forskriften § 17-9. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2005/60 og 2005/197, hvor krav om sentral godkjenning ble underkjent.
- (22) Forskriften § 17-9 regulerer uttømmende hvilken dokumentasjon som kan stilles til leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner. For bygge- og anleggskontrakter fremgår det av forskriften § 17-9 (1), bokstav f, nr 1 at det som bevis på leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner vedrørende bygge- og anleggskontrakter kan fremlegges *"vitnesbyrd og attester om utdanning og yrkespraksis for leverandøren, foretakets administrative ledelse, eller for den eller de personer som er ansvarlige for gjennomføringen av kontrakten"*.
- (23) I kvalifikasjonsgrunnlagets punkt 3 *"Krav til leverandøren"* er det oppstilt følgende dokumentasjonskrav vedrørende tekniske og faglige kvalifikasjoner for så vidt gjelder våtrom: *"Dokumentasjon på at leverandøren, eller den underleverandøren som skal forestå våtromsarbeidene, er godkjent bedrift ihht. BVN (byggebransjens våtromsnorm) og at leverandøren eller underleverandøren har godkjente fagarbeidere i hht. BVN eller annen dokumentasjon på tilsvarende krav"*. Slik dokumentasjon faller inn under forskriften § 17-9 (1), bokstav f, nr 1. Klagerens anførsel fører dermed ikke frem

Brudd på kravet til ikke-diskriminering

- (24) Klager har videre anført at angjeldende krav under enhver omstendighet er i strid med kravene til ikke-diskriminering i loven § 5.
- (25) I henhold til forskriften § 17-4 kan oppdragsgiver stille minimumskrav til leverandørens kvalifikasjoner. Kvalifikasjonskravene skal sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres, jf forskriften § 17-4 (2). Etter forskriften § 17-4 (3) er det ikke anledning til å stille kvalifikasjonskrav som diskriminerer leverandørene på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet. Av loven § 5 fremgår det også at *"[u]tvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier."*

- (26) I kvalifikasjonsgrunnlagets punkt 3 *"Krav til leverandøren"* er det oppstilt følgende kvalifikasjonskrav vedrørende punkt 3.5 *"Tekniske og faglige kvalifikasjoner"*: *"Det kreves at leverandøren eller den underleverandøren som skal forestå våtromsarbeidene er godkjent ihht BVN (Byggebransjens våtromsnorm) og at entreprenøren eller underentreprenørene har godkjente fagarbeidere ihht BVN, eller tilsvarende ordning"*. Slik det er formulert, må kvalifikasjonskravet forstås på den måten at det stenger for innlevering av alternativ dokumentasjon som viser at leverandørene oppfyller de kravene som stilles etter Byggebransjens våtromsnorm.
- (27) Godkjenning i henhold til BVN er en frivilling ordning og vil kunne virke usaklig konkurransebegrensende overfor nyetablerte foretak som ennå ikke har fått denne godkjenningen på plass, selv om leverandøren har fagarbeidere med tilfredsstillende kompetanse. Kravet vil også kunne virke konkurransebegrensende overfor leverandører som av andre grunner ikke har denne godkjenningen og ekskludere foretak fra andre EØS-land, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/60 premiss (15). Åpningen for å akseptere tilsvarende ordning oppveier ikke dette, det er ikke presisert hva som ligger i tilsvarende ordning, og dette representerer en uklarhet for potensielle tilbydere.
- (28) Et krav om at leverandørene må være godkjente i henhold til Byggebransjens våtromsnorm, ivaretar i og for seg et saklig begrunnet behov ved at det forenkler innklagedes arbeid med å vurdere om leverandøren har tilfredsstillende kompetanse innen våtromsarbeider. I innklagedes avvisning av klagers forespørsel om deltakelse i brev av 18. mars 2010 fremgår følgende: *"For oppdragsgiver har det vært av meget stor betydning at entreprenør eller den underentreprenør som skal forestå våtromsarbeidene, som for øvrig utgjør en relativ betydelig del av oppdragene i rammeavtalen, kan vise til tilfredsstillende kompetanse innen våtromsarbeider. Oppdragsgiver har tidligere hatt uheldige erfaringer knyttet til slik utførelse"*.
- (29) Selv om våtromssertifisering kan være egnet dokumentasjon på leverandørenes kompetanse innen våtromsarbeider, er det likevel ikke adgang til å stille godkjenning fra BVN som et absolutt kvalifikasjonskrav uten å godta innlevering av alternativ dokumentasjon som viser at leverandørene oppfyller de kravene som BVN stiller, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/60 premiss (15) og (16). Innklagede har i sitt svar til klagenemnda presisert at det er oppfyllelse av de krav som våtromsnormen inneholder som er det vesentlige, og ikke oppfyllelsen av selve våtromsnormen. Evalueringen viser videre at innklagede har foretatt en konkret vurdering av innsendt dokumentasjon for de leverandørene som har anmodet om deltakelse i konkurransen. Fordi kvalifikasjonskravet stiller et absolutt krav om godkjenning i henhold til BVN kan dette ikke tillegges vekt. Nemnda viser til at det ikke kan utelukkes at kvalifikasjonskravet har virket konkurransebegrensende på potensielle leverandører.
- (30) På denne bakgrunn finner nemnda at kravet til ikke-diskriminering i loven § 5 er brutt ved at innklagede har stilt krav om at leverandøren er godkjent i henhold til Byggebransjens våtromsnorm eller tilsvarende ordning.

Brudd på kravet til forutberegnelighet

- (31) På bakgrunn av ovennevnte konklusjon, finner nemnda ikke grunnlag for å ta stilling til klagers anførsel om at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved ikke å ha vurdert klagers innsendte dokumentasjon.

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å stille krav om at leverandøren er godkjent i henhold til Byggebransjens våtromsnorm eller tilsvarende ordning.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem eller har ikke blitt tatt stilling til.

For klagenemnda,
30. august 2010

Magni Elsheim

