



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for entreprise "Forskjønnings av fasader på Haraldrudanlegget". Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 13-13 ved ikke å gi klager en klagefrist ved meddelelsen om valg av leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 30. mai 2011 i sak 2010/177

Klager: Komplett Bygg AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Tone Kleven, Kai Krüger

Saken gjelder: Avvisning av klager, begrunnelse, klagefrist

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. mars 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av entreprise for "Forskjønnings av fasader Haraldrudanlegget". Anskaffelsens anslåtte verdi på kunngjøringstidspunktet er i anskaffelsesprotokollen angitt til å være "Ca, NOK 15.000.000,-". Tilbudsfrist var i tilbudsinnbydelsens punkt 1.3 og 2.2 angitt til å være 20. april 2010.
- (2) Av konkurransegrunnlagets tilbudsinnbydelse under punkt 1.2 "Anskaffelsens formål og omfang" fremgikk følgende:

"Forskjønningsen består her i at en transparent vevd metallduk spennes opp foran anleggets eksisterende fasader. På denne måten vil den sammensatte bygningsmassen samles til en stor enkel form. Metallduken vil delvis synliggjøre den bakenforliggende struktur og funksjon.

På bakkeplan etableres det en betongsokkel av elementer i fasadenes nedre del. Metallduk og betongsokkel innfestes til en bakenforliggende stålkonstruksjon delvis festet til bakenforliggende fasade der det er mulig, eller til ny selvstendig stålbering der det er nødvendig. Metallduken er en egen leveranse, men forutsettes montert i denne entreprisen.

Øvre parti i kortfasade øst består av stående opale polykarbonatplater festet til bakenforliggende bæresystem i stål.

Det forutsettes også opsjon på utskifting av fasadekledning på Utvendig heissjakt og Administrasjonsbygg.

Denne entreprisen omhandler betong- og stålkonstruksjoner for ny fasade, der disse arbeidene inngår:

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

- *Grunnarbeider fundament*
- *Stålpeler*
- *Plasstøpte fundament, bunnplate*
- *Betongelementer fasade*
- *Stålkonstruksjoner bæresystem*
- *Fasader av panelelementer*
- *Montasje metallduk*
- *Porter*
- *Blikkenslagerarbeider*
- *Utskiftning av fasadekledning, opsjoner*
- *Riving, hulltaking eksisterende fasade*

For utfyllende kravspesifikasjon henvises til eget vedlegg. Spesiell orientering om arbeidet.”

- (3) Det fremgikk videre av tilbudsinnbydelsens punkt 2.1 at konkurransen skulle gjennomføres i henhold til lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II.
- (4) Kvalifikasjonskravene var oppstilt under tilbudsinnbydelsens punkt 3 ”*Krav til leverandørene*”. Følgende hitsettes:

”3.1 Generelt om kvalifikasjonskrav

Oppdragsgiver stiller krav til leverandørene. Det stilles krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Leverandørens kvalifikasjoner vil bli vurdert ut fra innlevert dokumentasjon. Det er kun leverandører som er funnet kvalifisert som vil få sine tilbud evaluert.

3.2 Obligatoriske og ufravikelige krav

[...]

3.3 Andre kvalifikasjonskrav

Oppfyllelse av de obligatoriske kravene ovenfor og kvalifikasjonskravene nedenfor er en forutsetning for videre deltakelse i konkurransen.

[...]

3.3.3 Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglige kvalifikasjoner

<i>Krav</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
• <i>Det kreves erfaring fra tilsvarende oppdrag</i>	• <i>Foretakets viktigste leveranser de siste 3 år, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker. Referanser fra tilsvarende prosjekt oppgis.</i> • <i>Prosjektorganisasjon med CV på nøkkelpersonell. Kompetanse for den person som skal lede oppdraget, tilbyder oppgir 3</i>

	<i>referansepersoner.</i>
• <i>Det kreves et velfungerende kvalitetssikringssystem</i>	• <i>Redegjørelse vedrørende selskapets helse, miljø og sikkerhetspolicy.</i> • <i>Redegjørelse vedrørende leverandørens kvalitetssikringssystem/- styringssystem</i>

- (5) Det fremgikk av tilbudsinnbydelsens punkt 4.2 "Tildelingskriterier" at tildeling skulle skje på basis av hvilket tilbud som ble ansett som økonomisk mest fordelaktig, basert på følgende kriterier:

<i>Kriterium</i>	<i>Vekt</i>
• <i>Tilbudets pris</i> <i>Alle eventuelle forbehold må være priset av tilbyder.</i>	• <i>75%</i>
• <i>Oppgaveforståelse/gjennomføring av oppdraget/byggemetode</i> • <i>Levering og ferdigstillestidspunkt</i> <i>Tilbudets sluttfrist på arbeidet (milepæl M1).</i> <i>Oppdragsgiver vil vurdere tilbydernes evne til å forstå oppgaven og formålet med prosjektet, samt hvordan tilbyder vil innrette seg for å oppfylle dette; herunder oppgaveforståelse/gjennomføring av oppdraget/byggemetode innenfor de enkelte delfrister.</i>	• <i>25%</i>

- (6) Vedlagt konkurransegrunnlaget var blant annet vedlegg 2 "Generell orientering", vedlegg 3 "Spesiell orientering om arbeidet", vedlegg 4 "Framdrift" og vedlegg 5 "Orientering rigg og drift". Metallduk er nevnt flere steder i de ulike vedleggene, herunder særlig i vedlegg 3 hvor det fremgår informasjon om utførelsen i punkt 3.13 "Metallduk og betongsokkel", "Byggeteknisk beskrivelse", "Forskjøning av eksisterende fasader". Videre blir det under punkt 3.30 "HMS" stilt krav i forbindelse med at byggearbeidet skal foregå samtidig som det er drift på anlegget.
- (7) Innen fristen mottok innklagede 3 tilbud, herunder fra Komplette Bygg AS (heretter kalt klager) og Veidekke Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) Vedlagt klagers tilbud var "Referanseliste Komplette Bygg AS". Dokumentet var på 6 sider og viste 57 referanser over 6 sider, fra 2004 til juni 2010. Innklagede har opplyst at kun 32 av referansene ble ansett for å være innenfor den oppgitte rammen på 3 år. Følgende hitsettes fra referanselisten:

”

<i>Prosjekt</i>	<i>Oppdragsgiver</i>	<i>Type bygg</i>	<i>Entreprise</i>	<i>Overlevering</i>
[...]				
304/Edvard Griegsvei 3-5	Liaveien utvikling	39 leiligheter fordelt på 2 boligblokker i Kolbotn sentrum. Kontraktssum eks. mva 60 mill.	Totalentreprise NS3431	Mai 2007

[...]				
331/Riisløkka Barnehage	Skedsmo Kommune	Barnehage for 220 barn, nybygg på Kjeller. 2.200 m2, alle fag. Kontrakt 55 mill eks mva	Totalentreprise	Juli 2009

- (9) I klagers tilbud var det videre vedlagt *"Organisasjonskart – Haraldrudanlegget"*, hvor Georg Blomberg var oppført som prosjektleder, og Kjetil Sivertsen var oppført som anleggsleder. Det var vedlagt CV for både Blomberg og Sivertsen, i tillegg til Frode Skurdal. Frode Skurdal hadde signert tilbuds brevet som *"Avdelingsleder Bygg"*, og var videre merket på mengdebeskrivelsen. I tilbudets vedlegg 4B *"Erklæring fra referansekunde"* var Frode Skurdal oppført som kontaktperson for et tidligere oppdrag, og vedkommende hadde også signert på *"Sammenstillingsskjemaer"* hvor det var oppgitt hvem som stilte garanti. Det fremgikk av Frode Skurdals CV blant annet at han var anleggsleder på *"OHAS-fasader"* ved Oslo Lufthavn-Gardermoen i 1996-1998, som beskrives som *"alle fasader m/tilhørende stålkonstruksjoner på Sentralbygningen på Oslo Lufthavn Gardermoen"*. Videre fremgikk det at Skurdal hadde vært prosjektleder på *"Telenor Fornebu"* i 1998-2000, som beskrives et som samarbeid om *"alle glassfasader og glasstak, samt vinduer og dører på Telenors nye hovedkontor på Fornebu."*
- (10) I brev datert 6. mai 2010 ble klager meddelt at klager var avvist fra konkurransen. Følgende hitsettes fra begrunnelsen:

"Energigjenvinningsetaten (EGE) kan ikke se at tilbudet er avgitt iht. konkurransens kvalifikasjonskrav, ref. konkurransegrunnlaget pkt. 3.3.3 – Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglig kvalifikasjoner.

Konkurransen oppstiller krav til:

- Foretakets viktigste leveranser de siste 3 år, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker.

Referanser fra tilsvarende prosjekt oppgis, og

- Prosjektorganisasjon med CV på nøkkelpersonell. Kompetanse for den personen som skal lede oppdraget, tilbyder oppgir 3 referansepersoner.

Oppdragsgiver finner ikke at de oppgitte referanser, herunder kompetanse til oppgitte referansepersoner, oppfyller dette kravet og til å være relevant for denne type industriprosjekt.

Energigjenvinningsetaten i Oslo kommune beklager dette, men iht. Forskrift for Offentlige anskaffelser, § 11-10 (1) Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, finner vi å måtte avvise leverandøren fra videre deltagelse i konkurranse iht. følgende:

§ 11-10 (1) Oppdragsgiver skal avvise leverandører som:

a) Ikke oppfyller kravet som er satt til leverandørens deltagelse i konkurransen".

- (11) I brev datert 12. mai 2010 ba klager om en nærmere begrunnelse for avvisningen og fremholdt at *"Komplett Bygg AS er på alle måter kompetent til å utføre det oppdrag konkurransen omfatter, og mener dette er godt dokumentert i tilbudet."* Videre fremgikk følgende vedrørende klagefrist:

"Det er i brevet heller ikke oppgitt noe om klagemulighet over vedtaket. Jeg går ut fra at vedtaket kan påklages, men at klagefristen først begynner å løpe når den begrunnelse vi etterspør foreligger."

- (12) Klager ble i brev datert 31. mai 2010 meddelt en "utdypende begrunnelse" for avvisningen av klager. Følgende hitsettes:

"I brev av 06.05.2010 har EGE redegjort for de krav som stilles for at en leverandør skal bli kvalifisert til videre deltagelse i konkurransen.

Iht. konkurransegrunnlagets pk. 3.3.3 – Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglig kvalifikasjoner, oppstilles det følgende krav for slik deltagelse.

Dette er:

Kvalifikasjonskrav:

- Det kreves erfaring fra tilsvarende oppdrag

Med dette menes tilsvarende industrioppdrag som spesifisert i utsendt anbudsdokumentasjon.

Dokumentasjonskrav:

- Foretakets viktigste leveranser de siste 3 år, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker. Referanser fra tilsvarende prosjekt oppgis, og

- Prosjektorganisasjon med CV på nøkkelpersonell. Kompetansen for den person som skal lede oppdraget, tilbyder oppgir 3 referansepersoner.

Etter en ny gjennomgang av konkurransens krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner og Komplett Bygg AS sin besvarelse, kan oppdragsgiver fortsatt ikke se at oppgitte referanser har den nødvendige relevans til angjeldende industriprosjekt. De oppgitte referanseprosjektene synes mer å ha relevans til andre typer industriprosjekter, så som kontor- og institusjonsbygg, rehabiliteringsoppdrag samt tekniske installasjoner.

[...]

I vår forståelse av forskriftens ordlyd er dette et SKAL krav, dvs. at oppdragsgiver har en avvisningsplikt når anbudsbesvarelsen ikke inneholder besvarelse av de oppstilte formkrav.

Det er alltid leverandøren som bærer risiko for å innlevere den dokumentasjon oppdragsgiver etterspør.

Avvisningsbestemmelsene er også et utslag av likebehandlingsbestemmelsene, hvor leverandører skal konkurrere på like vilkår og avvik fra oppstilte formkrav ikke skal kunne gi en konkurransefordel. I angjeldende tilfeller har det altså oppstått tvil om Komplett Byggs referansedokumentasjon er god nok. For å gjennomføre en avvisning av en leverandør er det iht. forskriften nok at avviket medfører tvil.

I denne dokumentasjonen stiller altså oppdragsgiver seg tvilende til at den innleverte dokumentasjon har den nødvendige relevans til det industriprosjektet som utsendt anbudsdokumentasjon omfatter.

Hva angår klagerfrist, så beklager EGE at det i brev av 06.04. 2010 ikke ble angitt en eksplisitt klagefrist slik forskriftens § 13-3 (1) angir.

For å oppfylle denne forpliktelsen settes endelig klagefrist til 4. juni 2010, kl. 1200

Det opplyses videre at Oslo kommune, Energigjenvinningsetaten, har tildelt kontrakt til Veidekke Entreprenør AS.”

- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 3. juni 2010.
- (14) I anskaffelsesprotokollen datert 14. juni 2010 fremgikk det at klager var avvist med begrunnelsen ”Ikke tilfredsstillende referanser”. Videre fremgikk følgende av anskaffelsesprotokollens siste del, datert 16. juni 2010:

”[...]

<i>Andre opplysninger, vesentlige forhold eller viktige beslutninger som er av betydning for konkurransen</i>

<i>Etter avvisning av leverandør fikk oppdragsgiver anmodning om utfyllende begrunnelse. Etter at denne ble oversendt mottok oppdragsgiver ny anmodning om å trekke avvisningen, samt krav om innsyn i valgt leverandørs tilbud. Hvis ikke ville det bli sendt klage til KOFA. Oppdragsgiver fikk samtidig kopi av dette klageskrivet. Etter ny gjennomgang av alle forhold som førte til avvisningen, ble denne opprettholdt og meddelelse sent 15. 06- 2010.</i>

<i>Kontrakt med valgte leverandør ble signert 15. 06.2010.</i>

[...]”

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klager

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager, da klager oppfyller de kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav som var oppstilt i konkurransegrunnlaget. Dersom innklagede har hatt spesifikke typer oppdrag i tankene må oppdragsgiver bære ansvaret for den uklarhet som ligger i begrepsbruken, da dette ikke er nærmere definert eller forklart i konkurransegrunnlaget.
- (16) Klager viser til referanselisten, hvor det fremgår at klager har gjennomført en rekke oppdrag av både tilsvarende og større omfang enn aktuelle oppdrag, eksempelvis 304/Edvard Griegs vei 3-5: Oppføring av to boligblokker, og 331/Risløkka Barnehage: nybygg på Kjeller. Videre viser CV m/vedlegg for aktuelle referansepersoner at klager har omfattende kompetanse og erfaring i forhold til denne type oppdrag. Det vises særlig til Frode Skurdals CV, som må anses som et nøkkelpersonell for utføringen på bakgrunn av at hans CV inngår i tilbudet. Listen over dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner er uttømmende regulert i anskaffelsesforskriften § 17-9, og det er dermed ikke anledning til å be om annen dokumentasjon enn den som er opplistet her. Avtaleforholdet reguleres av hovedentreprise 3430, i likhet med et stort antall av klagers oppdrag, og innklagede kan dermed legge til grunn at klager har inngående kjennskap til aktuelle bestemmelser som skal overholdes ved gjennomføring av oppdraget. Det eneste spesielle med konstruksjonen er montering av transparent vevd metallduk, og et slikt spesifikt krav til referanser ville gjøre at mange leverandøret ikke var kvalifisert og føre til manglende reell konkurranse. Klager må uansett anses for å oppfylle kvalifikasjonskravene her, da de i en tidligere konkurranse i regi av innklagede ble prekvalifisert for montering av tilsvarende duk. Klager hevder videre at montering

av duken ikke innebærer noe vesentlig avvik fra hva som er vanlig av andre tilsvarende fasadeelementer, og oppdragsgiver har ikke gitt uttrykk for at dette skal vurderes særskilt.

- (17) I alle tilfeller gjøres gjeldende at oppdragsgiver skulle benyttet anledningen til å innhente supplerende opplysninger etter forskriftens § 12-4, jf. klagenemndas sak 2004/8. Videre vises til at innklagede ikke har forklart eller sannsynliggjort hvorfor valgte leverandørs referanser er mer relevante enn klagers referanser.

Begrunnelse og klagefrist

- (18) Videre anfører klager at innklagede ikke har oppfylt frist til å sette en rimelig frist for å klage, og at innklagede ikke har gitt en tilstrekkelig begrunnelse forskriftens § 22-3, jf. forskriftens § 20-16 (1) og (4). Det vises til at begrunnelse for avvisning ikke var tilstrekkelig, samt at klagefrist bare var 4 dager fra mottak av ny begrunnelse. Videre har innklagede fortsatt ikke gitt en tilstrekkelig begrunnelse for tildelingen, jf. klagenemndas sak 2009/27. Klager skulle ha mottatt underretting om tildeling, med en begrunnelse som gjorde det mulig å vurdere klage. Det må kreves at innklagede forklarer hvorfor innklagedes referanser ikke vurderes som gode nok, når referanser i andre tilbud ikke fremstår som mer relevante.

Innklagedes anførsler:

Uklart kvalifikasjonskriterium

- (19) Innklagede bestrider at kvalifikasjonskravet ”erfaring fra tilsvarende oppdrag” er for lite presist angitt. Det vises for det første til at kvalifikasjonskravet er lovlig, jf. klagenemndas sak 2008/54. Videre vises til at etter dokumentasjonskravet, beskrivelsen av anskaffelsens formål og omfang i tilbudsinnbydelsen punkt 1.2, samt vedlegg 2-5, kan det ikke være noen tvil om at innklagde krevde erfaring fra kompliserte prosjekter, jf. klagenemndas sak 2003/7 som er sammenlignbar.

Avvisning av klager

- (20) Innklagede anfører at klager er rettmessig avvist, jf. forskriftens § 11-10 (1) bokstav a. Innklagede har ikke plikt til å oppgi kvalifikasjonskravene i detalj, jf. klagenemndas sak 2003/7. Innklagede hadde plikt til å avvise klager, da det i den innleverte dokumentasjon ikke var synliggjort tilfredsstillende referanser som var relevant i forhold til denne kategorien av industriprosjekt. Innklagede mener dette hører under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, sett i sammenheng med hvordan prosjektet er beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- (21) Forutberegnelighetsprinsippet og kravet til likebehandling innebærer at innklagede i kvalifikasjonsvurderingen ikke kan legge vekt på referanseprosjekter eldre enn 3 år før tilbudsfristen, og innklagede har dermed sett bort fra 25 referanseprosjekt. Arbeidet som er angitt utført i 22 av referanseprosjektene er innenfor fagfelt som ikke er aktuelle for prosjektet. De resterende 10 referanseprosjektene omfatter stort sett rehabilitering og ombygging av kontor- og institusjonsbygg, som ut fra et byggeteknisk faglig skjønn ikke kan anses som relevante prosjekter etterspurt som erfaring fra tilsvarende oppdrag. Klager kan dermed heller ikke bli ansett for å ha tilstrekkelig erfaring til å bli kvalifisert for konkurransen. Innklagede stiller seg uforstående til at forskjønning av fasader på Haraldrudanlegget er et ordinært fasade- og konstruksjonsoppdrag. I gjennomføringen av prosjektet kreves det erfaring med utførelse av kompliserte og sammensatte

arbeidsoppgaver, og prosjektet skal gjennomføres samtidig som det er drift på anlegget. Prosjekt 304/Edvard Griegs vei 3-5 og 331/Riisløkka barnehage må anses som enkle og fagmessig alminnelige med standardløsninger, og er ikke sammenlignbar med det komplekse industriprosjektet som er beskrevet i tilbudskonkurransen.

- (22) Innklagede hevder videre at Frode Skurdals kompetanse ikke kan tillegges vekt, da hans rolle i prosjektet ikke er kjent. Vedkommende er ikke oppgitt som nøkkelperson i prosjektorganisasjonen for oppdraget, og er derfor ikke oppfattet å være delaktig i entreprenørens utførelse av byggearbeidet. Innklagede stiller seg uforstående til at Frode Skurdals CV skal kunne tillegges særskilt vekt bare fordi den er lagt ved tilbudet, da det fremlagte organisasjonskartet viser to andre personer som henholdsvis prosjektleder og anleggsleder, og det kan da ikke være åpenbart at Frode Skurdal skulle ha en nøkkelrolle i prosjektet.
- (23) Det ville videre medføre brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling dersom erfaring med entrepriser etter NS 3430 skulle vært tillagt særskilt vekt i denne konkurransen, og det påpekes at det nærmest må anses som et unntak hvor et byggeprosjekt ikke gjennomføres etter NS 3430 eller NS 8405. Innklagede stiller seg videre uforstående til at det skulle ha betydning at klager ble prekvalifisert i en tidligere konkurranse. Valgte leverandør har angitt minst 15 referanseprosjekt som etter innklagedes vurdering er relevante for denne konkurransen.

Supplerende opplysninger

- (24) Innklagede bestrider at innklagede hadde plikt til å innhente supplerende opplysninger. I det foreliggende tilfellet er det ikke innsendt dokumentasjon som skaper uklarheter eller fremstår som ufullstendig, men innklagede mener at klager ikke har de nødvendige kvalifikasjoner. Dette kan ikke repareres ved supplerende eller utdypning av prosjektene som er dokumentert, og klager må bære risikoen for at relevante prosjekter legges ved tilbudet.

Begrunnelse og klagefrist

- (25) Innklagede anfører at avvisningsbrevet oppfyller kravet til begrunnelse for avvisning i forskriftens § 11-14 (2) bokstav a. Det følger ikke av regelverket om offentlige anskaffelser at oppdragsgiver plikter å gi en klagefrist ved brev om avvisning, noe som også bekreftes i klagenemndas sak 2009/27 premiss (33). Klager har fått klagen behandlet i tråd med god forretningsskikk.
- (26) Det er ikke gitt at avviste leverandører har krav på en meddelelse i henhold til kravene i §§ 13-3. Det er god forretningsskikk å gi melding om hvem som har vunnet konkurransen, men det gir liten mening å knytte de andre elementene i bestemmelsene opp til meddelelsen. En eventuell feil ved tildelingsevalueringen vil ikke få konsekvenser for en avvist leverandør dersom ikke avvisningsbeslutningen omgjøres. Klagenemndas sak 2009/27 premiss (33) gjaldt avvisning på grunn av forholdt ved tilbudet, og det er ikke klart at uttalelsen også gjelder for tilfeller hvor leverandøren er avvist. Det fremgår heller ikke av forskriften at oppdragsgiver skal foreta en sammenligning mellom de kvalifiserte og ikke-kvalifiserte tilbydere i forhold til meddelelse om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder entreprise *"Forskjøning av fasader Haraldrudanlegget"* som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi på kunngjøringstidspunktet er i anskaffelsesprotokollen estimert til kroner ca. kr 15.000.000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klager

- (28) Den første problemstillingen knytter seg til spørsmålet om hvorvidt klager er rettmessig avvist etter forskriftens § 11-10 (1) bokstav a.
- (29) Det følger av forskriftens § 11-10 (1) bokstav a at
- "Oppdragsgiver skal avvise leverandører som ... ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*
- (30) Spørsmålet blir om klager er rettmessig avvist fordi han *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (31) Ved vurderingen av om tilbyderne oppfyller kvalifikasjonskravene utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan dermed bare prøve om vurderingen er basert på riktig faktisk grunnlag, om den er usaklig eller uforsvarlig, eller om den er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 5.
- (32) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 3.3.3 kravet til *"erfaring fra tilsvarende oppdrag"* skulle dokumenteres på følgende måte:
- *Foretakets viktigste leveranser de siste 3 år, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker. Referanser fra tilsvarende prosjekt oppgis.*
 - *Prosjektorganisasjon med CV på nøkkelpersonell. Kompetanse for den person som skal leder oppdraget, tilbyder oppgir 3 referansepersoner."*
- (33) Klager har anført at innklagede må bære ansvaret for en uklarhet i begrepsbruken, dersom det var meningen å oppstille krav om å ha gjennomført spesifikke typer oppdrag. Innklagede har anført at klagers innleverte dokumentasjon ikke synliggjorde tilfredsstillende referanser for den aktuelle kategorien av industriprosjekt. Videre har innklagede hevdet at anskaffelsens formål og omfang, sammen med dokumentasjonskravet, ikke etterlater tvil om at innklagede krevde erfaring fra kompliserte prosjekter.
- (34) Vedrørende klagers anførsel om risiko for uklarhet ved utforming av kvalifikasjonskriteriet, vises det til klagenemndas sak 2008/54, som gjaldt det samme kvalifikasjonskravet. Klagenemnda la i premiss (25) til grunn at *"Etter klagenemnda oppfatning, må en slik utforming av kvalifikasjonskravet likevel forstås slik at det må kreves at leverandørene dokumenterer erfaring med oppdrag av tilsvarende verdi, art og omfang som det prosjektet denne konkurransen gjelder."* Klagenemnda legger etter dette til grunn at kvalifikasjonskravet *"erfaring fra tilsvarende oppdrag"* med

tilhørende dokumentasjonskrav må forstås på samme måte og slik inneholde et krav om erfaring med oppdrag av tilsvarende verdi, art og omfang.

- (35) Klager anfører å ha gjennomført oppdrag av tilsvarende og større omfang som det aktuelle oppdrag. Det er spesielt vist til prosjektene 304/Edvard Griegs vei 3-5, som gjaldt oppføring av to boligblokker, og 331/Risløkka Barnehage, som gjaldt nybygg. Videre at vedlagte CV med vedlegg, viser at klager har tilstrekkelig kompetanse, og har særlig vist til CV for Frode Skurdal.
- (36) Innklagede har hevdet at klagers tilbud ikke synliggjorde tilfredsstillende referanser av relevans for det aktuelle industriprosjektet. Denne vurderingen, sett i sammenheng med hvordan prosjektet er beskrevet i konkurransegrunnlaget, faller inn under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Det vises til at 22 av referanseprosjektene er innenfor fagfelt som ikke er aktuelle, og at de resterende 10 referanseprosjektene stort sett omfatter rehabilitering og ombygging av kontor- og institusjonsbygg. Ut fra et byggeteknisk faglig skjønn kan ingen av disse anses som relevant. Videre vises til at Frode Skurdals kompetanse ikke kan tillegges vekt, da hans rolle i prosjektet ikke er kjent.
- (37) Klagenemnda bemerker innledningsvis at innklagede antar å være avskåret fra å vektlegge eldre referanser enn 3 år. Etter klagenemndas syn er dette en uriktig oppfatning av de rettslige rammer for innklagedes skjønn. Det er imidlertid ikke holdepunkter for å anta at dette har hatt betydning for beslutningen om å avvise klager.
- (38) I det foreliggende tilfellet har innklagede etter en konkret faglig vurdering kommet til at klagers referanseprosjekt ikke kan anses å være tilsvarende den aktuelle entreprisen. Dette er en skjønnsmessig, og utpreget faglig vurdering, som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at innklagedes vurderinger av klagers referanseprosjekter har vært usaklig eller uforsvarlig, eller på annen måte i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 5. Vedrørende oppgitt prosjektorganisasjon med CV på nøkkelpersonell, kan klagenemnda heller ikke se at det skulle være uforsvarlig eller usaklig ikke å vektlegge Frode Skurdals CV, da det ikke var oppgitt hvilken funksjon han skulle ha i prosjektet.
- (39) Spørsmålet blir videre om innklagede hadde plikt til å innhente supplerende opplysninger etter forskriftens § 12-4.
- (40) Det følger av forskriften § 12-1 (1) at det verken er adgang eller plikt til å endre eller rette tilbud etter tilbudsfristens utløp. I forskriften § 12-4 åpnes det imidlertid for at oppdragsgiver kan be om at *"fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes."* Bestemmelsen gir dermed en rett for oppdragsgiver til å be om opplysninger, men pålegger ingen plikt for oppdragsgiver til å innhente dokumentasjon.
- (41) I det foreliggende tilfellet ble klager avvist i hovedsak på bakgrunn av at det ikke var oppført tilstrekkelige referanser for at kvalifikasjonskravet *"erfaring fra tilsvarende oppdrag"* kunne anses som oppfylt. Tilbyderne har risikoen for at tilbudene inneholder tilstrekkelig informasjon, og klagenemnda kan ikke se at det er forhold som skulle gi innklagede en plikt til å innhente informasjon i det foreliggende tilfellet. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede ikke hadde plikt til å innhente supplerende opplysninger etter forskriftens § 12-4.
- (42) Etter dette er klagenemnda kommet til at klager er rettmessig avvist, jf. forskriftens § 11-10 (1) bokstav a.

Begrunnelse og klagefrist

- (43) Klager har anført flere grunnlag for at innklagede har brutt regelverkets krav til begrunnelse og klagefrist.
- (44) Den første problemstillingen knytter seg til innklagedes meddelelse om avvisning av klager.
- (45) Det følger av forskriftens § 11-13 at en tilbyder som blir avvist skal informeres i samsvar med § 11-14. Etter forskriftens § 11-14 (2) bokstav a skal en oppdragsgiver *"snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse"*, dersom en tilbyder blir avvist etter forskriften § 11-10. Hensynet bak bestemmelsen er at klager skal få anledning til å delta i konkurransen dersom avvisningen er uriktig og få satt i gang tiltak for å stanse anskaffelsesprosedyren, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/163 premiss (51), 2009/210 premiss (85) og 2009/27 premiss (32).
- (46) I avvisningsbeslutningen av 6. mai 2010 var det vist til hvilke kvalifikasjonskrav klager ble ansett for ikke å oppfylle, og dette var begrunnet med at innklagede ikke fant at *"de oppgitte referanser, herunder kompetanse til oppgitte referansepersoner, oppfyller dette kravet og til å være relevant for denne type industriprosjekt"*. Videre var det vist til at avvisning var gjort i medhold av forskriftens § 11-10 (1) bokstav a. Klagenemnda anser dette som tilstrekkelig til at kravet om *"kort"* begrunnelse må anses oppfylt.
- (47) Avvisningsmeddelelsen ble gitt 6. mai 2010. Det ble deretter gitt en utfyllende begrunnelse 31. mai 2010 med klagefrist til 4. juni 2010, etter at klager ba om dette i brev av 12. mai 2010. Kontrakt med valgte leverandør ble etter det opplyste signert 15. juni 2010. Klager hadde ved det tilstrekkelig tid fra meddelelse om avvisning til kontraktssignering til å inngi klage, eller iverksette andre tiltak for å stanse anskaffelsesprosedyren. I klagenemndas sak 2009/27 ble det i premiss (33) presisert at forskriftens § 20-16 ikke inneholder krav om å sette en klagefrist for avvisning, og at et slikt krav heller ikke kunne oppstilles i medhold av anskaffelsesloven § 5. Når innklagede likevel velger å gi en klagefrist for avvisning, kan det som det klare utgangspunkt ikke representere et brudd på regelverket dersom denne er kort. Etter dette finner klagenemnda at innklagede ikke har brutt forskriftens § 11-14 (2) bokstav a.
- (48) Den neste problemstillingen knytter seg til innklagedes meddelelse til klager om valg av leverandør.
- (49) Av forskriftens § 13-3 (1) fremgår at *"Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller som er valgt som leverandør til rammeavtalen skal meddeles til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale inngås"*. Meddelelsen skal blant annet inneholde en begrunnelse etter forskriftens § 11-14 (1), samt angi en klagefrist.
- (50) Klager har anført at klager skulle ha mottatt underretning om tildeling med en begrunnelse som gjorde det mulig å vurdere en klage. Innklagede har imidlertid vist til at selv om det er god forretningsskikk å gi melding om hvem som har vunnet konkurransen også til avviste leverandører, gir det liten mening å oppstille krav om en sammenligning i henhold til forskriftens § 11-14 (1) når klagers tilbud ikke er evaluert.
- (51) I klagenemndas sak 2010/11 ble det i premiss (55) lagt til grunn følgende om den tilsvarende bestemmelsen i forskriftens del III, § 22-3 (1):

”Avviste leverandørers legitime interesse i å kunne gjøre sine rettigheter gjeldende i tilknytning til avslutningen av konkurransen, tilsier at de har samme behov som øvrige tilbudsgivere for å bli orientert om beslutningen om hvem som har blitt valgt som leverandør. Dette tilsier at de ”deltakere” som iht forskriften § 22-3 (1) skal motta meddelelse om kontrakttildeling også må omfatte leverandører som er blitt avvist fra konkurransen, jf. i samme retning klagenemndas avgjørelse i sak 2009/85 premiss (52).”

- (52) Etter praksis fra klagenemnda stilles det krav til at også avviste leverandører skal orienteres om tildelingsbeslutning etter forskriftens § 13-3. Det følger av lovens system at innklagede skal foreta en evaluering av kvalifikasjonskravene før tilbudene vurderes. Denne vil være av betydning for hvilke innholdsmessige krav som kan stilles til meddelelsen om valg av leverandør til avviste leverandører. Den konkrete skjønnsmessige vurderingen av det valgte tilbudet vil ikke være relevant for avviste leverandører med mindre beslutningen om avvisning oppheves. I slike tilfeller vil innklagede uansett måtte foreta en ny tildelingsevaluering. Det må dermed anses tilstrekkelig til å ivareta klagers interesser at klager utelukkende ble opplyst navnet på valg av leverandør i brev av 31. mai 2010.
- (53) Imidlertid stilles det etter forskriftens § 11-14 (1) krav om at det gis en klagefrist i meddelelsen om valg av leverandør. I brev av 31. mai 2010 ble det gitt en klagefrist på fire dager for avvisningen av klager, men det ble ikke satt en klagefrist for meddelelsen om innklagedes valg av leverandør. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede ikke har gitt en meddelelse i tråd med forskriftens § 13-3. Det bemerkes forøvrig at feilen ikke har hatt betydning for konkurransen.

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt forskriftens § 13-13 ved ikke å gi klager en klagefrist ved meddelelsen om valg av leverandør.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 30. mai 2011

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven