



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokat Erik Jønsson AS

Jacob Kjødes vei 15
5232 PARADIS

Deres referanse

Vår referanse
2010/64

Dato
14.02.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 18. mars 2010 vedrørende entreprise for oppføring av Os kunst- og kultursenter. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Os kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. desember 2009 en åpen anbudskonkurranse for entreprise for bygging av Os kunst- og kultursenter. Det fremgikk av kunngjøringens punkt IV.3.4 at tilbudsfristen var 5. februar 2010 kl 12.00.
- (2) Konkurransen hadde vært utlyst tidligere i 2009, men tilbyderne ble i brev datert 17. desember 2009 meddelt at konkurransen måtte avlyses. Innklagede hadde, etter klage, funnet å ha benyttet et ulovlig tildelingskriterium.
- (3) Det fremgikk følgende av kunngjøringens punkt III.2 "Kvalifikasjonskrav":
"III.2.3) Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner
Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:
 - (1) Oversikt over foretakets totale bemanning
 - (2) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)
 - (3) Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder bygge- og anleggskontrakter)

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

(4) Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem

(5) Kopi av systemsertifikat utstedt av akkrediterte sertifiseringsorgan eller tilsvarende dokumentasjon (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)

Sentrale og lokale godkjenninger for tiltaksklasse 3, i henhold til plan og bygningsloven, evt godtgjøre at slik godkjenning vil bli gitt.

Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Tilbyder må ha meget god evne til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers krav til kvalitet, gjennomføring og ferdigstillelse. Det kreves således at tilbyder som sådan kan dokumentere solide tekniske og faglige kvalifikasjoner, videre skal tilbyder ha tilstrekkelig kapasitet og erfaring til å gjennomføre oppdrag av denne størrelse og kompleksitet.

Tilbyder må ha godkjenning for tiltaksklasse 3 etter plan- og bygningsloven.”

- (4) Av konkurransegrunnlagets punkt 5.1 ”Regler for konkurransen” fremgikk det at anskaffelsen skulle følge forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften § 2-2 (1).
- (5) Det fremgikk videre av konkurransegrunnlagets punkt 6.4 ”Tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner”:

”Krav:

Tilbyder må ha en meget god evne til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers krav til kvalitet, gjennomføring og ferdigstillelse. Det kreves således at tilbyder som sådan kan dokumentere solide tekniske og faglige kvalifikasjoner, videre skal leverandøren ha tilstrekkelig kapasitet og erfaring til å gjennomføre oppdrag av denne størrelse og kompleksitet.

Tilbyder må ha godkjenning for tiltaksklasse 3 ihht plan- og bygningsloven.

Dokumentasjon:

- *Oversikt over foretakets totale bemanning*
 - *Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn, attest og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)*
 - *Dokumentasjon for foretakets mest relevante leveranser, det vil si at oppdragsgiver ønsker dokumentert de bygg/oppdrag leverandøren har levert som er mest relevante og sammenlignbare med nærværende prosjekt. Av dokumentasjonen skal det minimum fremgå leveransenes verdi, tidspunkt og mottaker. Det ønskes dokumentasjon for inntil 5 tidligere leveranser*
 - *Redegjørelse for foretakets kvalitetssikringssystem/-styringssystem, hvilket bl.a. bør inneholde kvalitetspolitikkorganisasjonsplan, kontrollplan, rutiner for avviksbehandling og nødvendige sjekklister/prosedyreoversikt*
 - *Sentrale og lokale godkjenninger i henhold til plan og bygningsloven. Evt. godtgjøre at slik godkjenning vil bli gitt”*
- (6) Utformingen av kvalifikasjonskravet var endret fra den første konkurransen, blant annet ved at tiltaksklassen nå var presisert som et kvalifikasjonskrav. I den første konkurransen fremgikk det kun av konkurransegrunnlagets punkt 6.4 at det var et krav om ”Sentrale og lokale godkjenninger i henhold til plan og bygningsloven. Evt.

godtgjøre at slik godkjenning vil bli gitt.” Det vil si at det ikke eksplisitt var angitt et krav om at tilbyderne måtte være godkjent i tiltaksklasse 3. I den utvidede beskrivelsen fremgikk det imidlertid i punkt 01.02.2 siste avsnitt at *Prosjektet er satt til tiltaksklasse 3.*”

- (7) I konkurransegrunnlagets punkt 8 ”*Kriterier for tildeling av kontrakt*”, fremgikk det at tildeling skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, basert på følgende kriterier:

”[...]

<i>Tildelingskriterium:</i>	<i>Vekting:</i>
<i>Pris</i>	<i>60-80 %</i>
<i>Tid</i>	<i>20-40 %</i>

[...]”

- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Leigland Bygg AS (heretter kalt klager).
- (9) Av klagers tilbud fremgikk blant annet følgende:

”*Bemanning:*

Leigland Bygg AS har 42 faste ansatte:

2 bygningsingeniører

7 tømrere/Anleggsbaser m/mesterbrev

20 tømrere m fagbrev

3 lærlinger

[...]

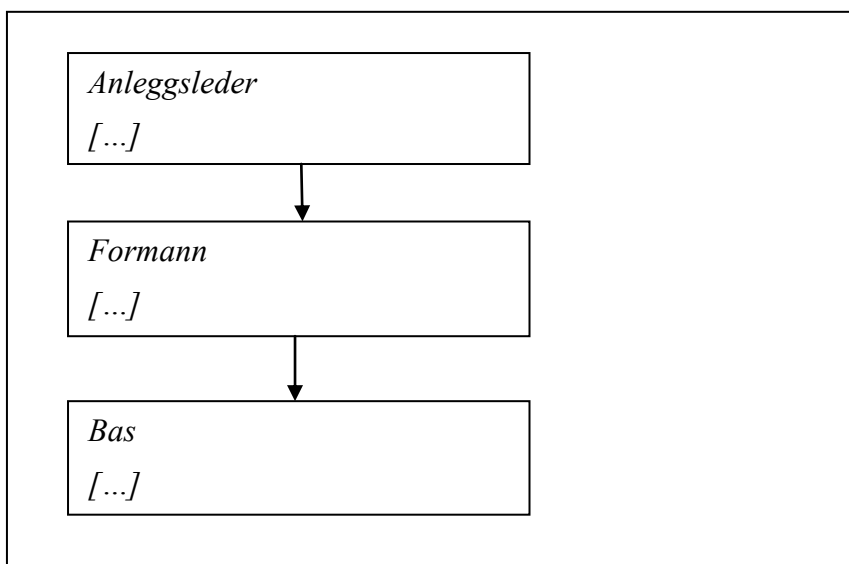
Bemanning for dette oppdrag.

Anleggsleder: [...]

Formann: [...]

Bas: [...]

Bemanning: 10 stk. ca.



[...]

3. ORGANISERING

Ansvarlig for oppdraget hos Leigland Bygg A/S

er.....

Leigland Bygg AS disponerer over nødvendig stab av godt kvalifiserte medarbeidarar.

Det er avsett ca bemanning på 10 stk til dette oppdraget

Ansatte i Leigland bygg:

Vi har 42 ansatte hvorav:

2 ingeniører

8 tømrere/anleggsbaser m/mesterbrev

Ca. 11 med Fagbrev

2 Lastebil sjåfører

Ca 10 hjelpearbeidere

2 i Takstol produksjonen”

- (10) Videre inneholdt klagers tilbud et brev datert 23. februar 2009 fra statens bygningstekniske etat, hvor det fremkom at klager var gitt sentral godkjenning i tiltaksklasse 2, i medhold av pbl. § 98 a og forskrift om godkjenning av foretak for ansvarsrett av 22. januar 1997 nr. 35 (GOF). Det fremgikk at daglig leder/administrerende direktør var [...] Videre var det lagt ved CV som viste utdanning og praksis for oppdragets anleggsleder, oppdragets BAS og oppdragets formann, samt at det var vedlagt attestskjema. Det fremgikk av tilbudet at klagers leveringstid var 90 dager.
- (11) I forbindelse med klagers tilbud i den avlyste konkurransen, hadde klager kommentert forholdet til sentral godkjenning i tiltaksklasse 3 i et brev [udatert] vedlagt tilbudet. Brevet ble ikke lagt ved klagers tilbud i den andre konkurransen. Av brevet hitsettes:

”Vedr. krav til sentralgodkjenning i tiltaksklasse 3.

Gjør oppmerksom på at det er sendt inn søknad til Statens byggtkniske etat om utvidelse av vår sentralgodkjenning til tiltaksklasse 3.

Vårt firma har de kvalifikasjonene og praksis som kreves for å få tiltaksklasse 3, men søknaden ligger fremdeles til behandling.

Skulle denne ikke være ferdigbehandlet til oppstart må vi søke om lokal godkjenning i tiltaksklasse 3 hos Os kommune.”

- (12) Klager ble i brev datert 3. mars 2010 meddelt at innklagede hadde plikt til å avvise klager fra konkurransen etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Følgende gjengis fra begrunnelsen:

”Det går fram av konkurransegrunnlaget pkt 6.4 at eit av kvalifikasjonkrava er at tilbydarane må ha godkjenning for tiltaksklasse 3 ihht plan- og bygningsloven for denne entreprisen. Dette må dokumenterast gjennom sentral godkjenning eller ved at ein godtgjer at slik godkjenning vil bli gjeve lokalt.

Det går fram av tilbodet dykkar da de har godkjenning i tiltaksklasse 2. Spørsmålet er då om det er dokumentert i tilbodet at de vil få lokal godkjenning i klasse 3 for dette byggearbeidet, jf. Forskrift om godkjenning av foretak for ansvarsrett (GOF) § 11.

Når vi som oppdragsgiver skal ta stilling til om dette spørsmålet, må vi legge til grunn det som har vorte sendt inn av dokumentasjon.

Forskriften stiller strenge krav til formell kompetanse og relevant erfaring hos foretakets faglige leding. I tilbodet er det ikke gjort reie for kven som utgjør selskapets faglige leding og det er ikkje dokumentert kva utdanning og relevant erfaring den faglige ledinga har. Heller ikkje øvrige vilkår for godkjenning i tiltaksklasse 3 er dokumentert. Tilbodet innehelder etter dette manglar kva gjeld dokumentasjon for oppfylting av dei krav som er sett til tilbydaranes tekniske og faglege kvalifikasjonar.”

- (13) Tilbyderne ble meddelt tildelingsbeslutning i brev datert 9. mars 2010, hvor det fremgikk at kontrakt ville tildeles Vestafjell AS. Tildelingsevalueringen var gjort på bakgrunn av tildelingskriteriene ”Pris” (80 %) og ”Byggetid” (20 %).
- (14) Det fremgår i tilbudsoversikt fra Grieg Arkitekter at klagers tilbud var lavest på pris, men at *”Leigland bygg AS er ikke tatt med i videre evaluering da de ikke har oppfylt krav til anbudsgrunnlagets krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner (for tiltaksklasse 3).”*
- (15) Av anbudsprotokollen datert 9. mars 2010 fremgår det av punkt 1.12 at de øvrige tilbydere hadde oppgitt en byggetid på 95 dager. Videre fremgår det av punkt 1.8 at klagers tilbud var avvist med følgende begrunnelse:

”Det var i konkurransegrunnlaget pkt 6.4 satt krav om tiltaksklasse 3. Leverandøren hadde bare dokumentert sentral godkjenning for klasse 2, og en måtte vurdere om leverandøren på bakgrunn av det som var levert inn ville kunne få godkjenning i klasse 3 lokalt. Etter en nøye vurdering der en gjennomgikk kravene for klasse 3 med tilhørende dokumentasjonskrav, uttale fra byggeavdelingen og de innleverte dokumenter, konkluderte en med at det innsendte materialet ikke gav grunnlag for å tro at leverandøren ville få godkjenning i klasse 3.”

- (16) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 18. mars 2010.
- (17) Innklagede har i tilsvaret i saken sendt inn notat fra byggesaksavdelingen hos innklagede, datert 26. februar 2010. Notatet ble gitt på forespørsel fra innklagede, som ønsket en vurdering av hvorvidt kravet for ansvarsrett kunne anses for å være oppfylt på bakgrunn av den innsendte dokumentasjon. Følgende gjengis:

”Utifrå innlevert dokumentasjon har Leigland bygg AS dokumentert at dei innehar kvalifikasjonar for utdanning i høve lokal godkjenning i tiltaksklasse 3.

Vi kan imidlertid ikkje sjå at det er dokumentert god nok praksis som ansvarleg utførande, i samsvar med GOF (Forskrift om godkjenning av foretak for ansvarsrett), § 11, i høve lokal godkjenning i tiltaksklasse 3.

På denne bakgrunn kan vi vanskeleg sjå at Leigland bygg as vil kunne få lokal godkjenning for bygg i tiltaksklasse 3.”

- (18) Klager har i kommentar til tilsvaret sendt inn brev datert 9. mars 2010, hvor det fremgår at klager er gitt lokal godkjenning i tiltaksklasse 3 for fagområdene *”Tømmerarbeider og trekonstruksjoner”*, i forbindelse med en konkurranse i Bergen kommune.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Hvorvidt kvalifikasjonskravet om godkjenning i tiltaksklasse 3 er i strid med regelverket

- (19) Klager har anført at det er benyttet et urimelig kvalifikasjonskrav, i den hensikt å utelate klager fra konkurransen. Kvalifikasjonskravene skal stå i forhold til ytelsen, jf. forskriften § 8-4 (2), og innklagede kunne ikke stille opp vilkår om godkjenning for å kunne delta i konkurransen.

Hvorvidt klager er urettmessig avvist fra konkurransen

- (20) Klager har videre anført å være urettmessig avvist. Innklagede kunne ikke avvise klager uten å vurdere om foretaket kunne oppnå lokal godkjenning. Det fremstår som overveiende sannsynlig at klager kunne utført denne kontrakten i tiltaksklasse 3, etter at lokal godkjenning var gitt fra innklagede. Det må være tilfredsstillende at tilbyder kan sannsynliggjøre at foretaket kan utføre arbeidet i nevnte tiltaksklasse, slik klager har gjort i den innsendte dokumentasjonen. Utførelseskravet er ikke endret for den andre konkurransen, og det vises til at klager ble vurdert som kvalifisert i den første konkurransen. Innklagede hadde da fått oversendt dokumentasjon på kompetanse og tidligere prosjekter, og var kjent med at klager hadde søkt sentral godkjenning i tiltaksklasse 3. Det er den samme dokumentasjonen som ville bli gitt i forbindelse med en søknad om lokal godkjenning for tiltaksklasse 3. Klager hadde imidlertid ikke sendt en slik søknad, og bestrider at lokal godkjenning skal foreligge ved innlevering av tilbud. Ut i fra tidligere store prosjekter for innklagede, burde det vært vurdert som svært sannsynligheten at lokal godkjenning for tiltaksklasse 3 ville bli gitt. Det er foretatt en vurdering som åpenbart bygger på et ufullstendig faktum, og har medført en uriktig avvisning av klager.
- (21) Videre har klager anført at dersom innklagede manglet dokumentasjon for å ta stilling til foretakets kvalifikasjoner for tiltaksklasse 3 burde innklagede, ut fra tidligere prekvalifisering og innsendt dokumentasjon, anmodet om supplering og utdyping av attester og dokumenter, jf. forskriften § 21-4.
- (22) Klager har videre anført at saksbehandlingen er i strid med loven § 5, da det foreligger meget dårlig saksbehandling og skjønnsutøvelse, ved vurderingen av klagers kompetanse i forhold til en sannsynlig lokal godkjenning i tiltaksklasse 3. Klager var i kontakt med innklagede og fikk beskjed om at lokal godkjennelse måtte søkes etter kontrakt var tildelt.

Erstatning

- (23) Klager ber om at det tas stilling til spørsmål om erstatning. Etter klagers syn er det grunnlag for å tildele erstatning for positiv kontraktinteresse. Det vises til at det foreligger vesentlige brudd på regelverket, og at klagers tilbud var det beste, herunder billigst og hadde kortest leveringstid. Subsidiært hevder klager at det er grunnlag for negativ kontraktsinteresse, under henvisning til saksbehandlingen i den første konkurransen og anmodningen om å delta i den andre konkurransen.

Innklagedes anførsler:

Hvorvidt kvalifikasjonskravet om godkjenning i tiltaksklasse 3 er i strid med regelverket

- (24) Innklagede bestrider at kravet om godkjenning i tiltaksklasse 3 er et urimelig kvalifikasjonskriterium. Det vises til at bygget hele tiden har vært plassert i tiltaksklasse 3, og at dette er etter en faglig vurdering fra byggets arkitekt. Innklagedes

skjønnsmessige vurdering av kvalifikasjonskravene er verken usaklig, vilkårlig, kvalifisert urimelig eller i strid med de grunnleggende krav i lovens § 5.

Hvorvidt klager er urettmessig avvist fra konkurransen

- (25) Videre har innklagede anført at det ikke kunne legges vekt på annen informasjon enn den som var levert inn i tilbudet av klager, da tilbudene ikke kan endres etter innleveringsfristen er gått ut, jf. forskriften § 21-1 (1). Tilbyder har risikoen for eventuelle feil og mangler ved tilbudet, og innklagede hadde ikke plikt til å anmode om supplerende eller utdyping av tilbudet etter forskriften § 21-4, jf. "kan". Innklagede kan heller ikke se hvilke attester eller dokumenter som skulle suppleres eller utdypes, da det ikke foreligger noen attest vedrørende klagers godkjenning i tiltaksklasse 3. Kravet til likebehandling og forutberegnelighet gjør at innklagede ikke kunne ta hensyn til den dokumentasjonen som ble sendt inn i første omgang, da regelverket er tydelig på at en skal legge til grunn det som leveres inn i den enkelte konkurranse. Dette ville kunne virke konkurransevridende, og gi ulike konkurransebetingelser, samt føre til en uoversiktlig situasjon for oppdragsgiver. Subsidiært anføres at informasjonen som var gitt i første runde, herunder notatet om at det var søkt sentral godkjenning for tiltaksklasse 3, ikke sannsynliggjorde at ansvarsrett ville bli gitt lokalt. Innklagede hevder at klager også skulle vært avvist i den første konkurransen, men at manglende avvisning i den første konkurransen ikke kan ha betydning for vurderingene som ble gjort i den nye konkurransen.
- (26) Innklagede har videre anført at klager er rettmessig avvist. Det vises til at klager ikke har lagt frem dokumentasjon i samsvar med dokumentasjonskravene, og det var dermed rettslig adgang til å avvise klager, jf. forskriften § 20-12 (2) bokstav g. Når klager ikke har fremlagt relevant dokumentasjon for at kvalifikasjonskravet er oppfylt, er det heller ikke dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt, og det foreligger dermed en rettslig plikt til å avvise klager, jf. forskriften § 20-12 (1) a og klagenemndas sak 2005/185 (43) til (48). Kravet om godkjenning for tiltaksklasse 3 er satt for å sikre at kontrakten tildeles en entreprenør som har eller vil få godkjenninger som er nødvendige for å utføre oppdraget, og er formulert slik at sentral og lokal godkjenning er likestilt. Det sentrale for vurderingen er om leverandøren oppfyller de underliggende krav for å oppnå de nødvendige godkjenninger. Dokumentasjonskravet er åpent, og dokumentasjonen som fremlegges må samlet vise at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Klager har ikke godkjenning i tiltaksklasse 3, og dokumentasjonen i tilbudet sannsynliggjorde heller ikke at klager ville fått godkjenning i tiltaksklasse 3. I tilbudet er det ikke nevnt eller dokumentert hvem som utgjør den faglige ledelse hos klager, eller noen dokumentasjon rundt dette, og det kunne dermed ikke vurderes om kravene til den faglige ledelse var oppfylt, i henhold til spørsmålet om godkjenning i tiltaksklasse 3. Det vises til at klagers tilbud bare har oppgitt bemanning for det aktuelle oppdraget.
- (27) Videre har innklagede anført at den skjønnsmessige vurderingen av om det foreligger avvisningsrett og avvisningsplikt ikke er usaklig, vilkårlig, kvalifisert urimelig eller i strid med de grunnleggende krav i anskaffelsesloven § 5. Innklagedes beslutning kan følgelig ikke overprøves av verken klagenemnda eller domstolene.

Erstatning

- (28) Innklagede anfører at det ikke er grunnlag for verken positiv eller negativ kontraktsinteresse.

Sekretariatets vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder entreprise for Os kunst- og kultursenter, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III.

Hvorvidt kvalifikasjonskravet om godkjenning i tiltaksklasse 3 er i strid med regelverket

- (30) Klager har anført at kravet om godkjenning i tiltaksklasse 3 er et urimelig kvalifikasjonskrav, som er benyttet i den hensikt å utelate klager fra konkurransen. Sekretariatet forstår dette som en anførsel om at kravet er unødvendig konkurransebegrensende eller uproporsjonalt i forhold til det som er nødvendig for å sikre at leverandøren er egnet til å utføre det aktuelle oppdrag.
- (31) Av loven § 5 og forskriften § 3-1 følger det at enhver anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Etter forskriften § 17-4 (1) kan oppdragsgiver "*stille minimumskrav til leverandørene, herunder til deres tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling.*" Det følger videre av forskriften § 17-4 (2) at kvalifikasjonskravene skal "*sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til ytelsene som skal leveres*".
- (32) Nemnda har tidligere lagt til grunn at et absolutt krav om sentral godkjenning, uten å vurdere om lokal godkjenning vil kunne oppnås, er i strid med loven § 5, jf. klagenemndas sak 2006/58 premiss (13) og (14). I foreliggende sak er imidlertid sentral godkjenning likestilt med lokal godkjenning, og det var i dokumentasjonskravet til kvalifikasjonskravet om godkjenning i tiltaksklasse 3, uttrykkelig presisert at tilbyder, dersom selskapet ikke allerede hadde godkjenning i tiltaksklasse 3, kunne godtgjøre at slik godkjenning ville bli gitt. Måten innklagede har gjort dette på vil dermed ikke være i strid med de føringer klagenemnda la i sak 2006/58.
- (33) Videre har innklagede forklart at avgjørelsen om å plassere bygget i tiltaksklasse 3 ble gjort etter en faglig vurdering fra byggets arkitekt, og at kvalifikasjonskravet ble stilt for å sikre at kontrakten ble tildelt en entreprenør som hadde eller ville få nødvendig godkjenning.
- (34) Basert på dette kan sekretariatet ikke se at kvalifikasjonskravet fremstår som unødvendig konkurransebegrensende eller uproporsjonalt, eller kan anses i strid med forskriften § 17-4. Klagers anførsel kan dermed ikke føre frem.

Hvorvidt klager er urettmessig avvist fra konkurransen

- (35) Klager har videre anført at selskapet er urettmessig avvist.
- (36) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som "*ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen*".
- (37) Ved vurderingen av om tilbyderne oppfyller kvalifikasjonskravene utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan 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.
- (38) Det følger av konkurransegrunnlagets punkt 6.4 at "*Tilbyder må ha godkjenning for tiltaksklasse 3 ihht plan- og bygningsloven.*" Videre fremgikk det følgende av kravet til

dokumentasjon for dette kvalifikasjonskravet: ”Sentrale og lokale godkjenninger i henhold til plan og bygningsloven. Evt. godtgjøre at slik godkjenning vil bli gitt”.

- (39) Innklagede har forklart at det sentrale for kvalifikasjonsvurderingen var hvorvidt leverandørene oppfylte de underliggende krav for å oppnå de nødvendige godkjenninger. Det var dermed ikke nødvendig at godkjenning for tiltaksklasse 3 forelå på tilbudstidspunktet, men tilbyderne måtte i den innsendte dokumentasjonen sannsynliggjøre at slik godkjenning ville bli gitt i etterkant. Dette var dermed det aktuelle for klager, som ikke allerede hadde sentral godkjenning i tiltaksklasse 3.
- (40) Innklagede har vurdert at det ikke var sannsynlig, gjennom den innsendte dokumentasjonen, at klager ville fått godkjenning i tiltaksklasse 3. Dette fordi det i klagers dokumentasjon ikke var angitt hvem som utgjorde den faglige ledelse, eller gitt noen dokumentasjon rundt dette. Innklagede fant dermed ikke å kunne vurdere om kravene til den faglige ledelse var oppfylt. Etter at sekretariatet har gjennomgått dokumentasjonen i klagers tilbud på dette punkt, medfører det riktighet at klagers tilbud kun gir utfyllende dokumentasjon for det aktuelle oppdragets bemanning, herunder for anleggsleder, bas og formann, samt at det opplyses hvem som er daglig leder og gis en oversikt over selskapets totale bemanning. Innklagede har etter dette foretatt en konkret vurdering av sannsynligheten for at klager ville få lokal godkjenning i tiltaksklasse 3, og kommet til at dette ikke var sannsynliggjort ut fra den innsendte dokumentasjon. Sekretariatet kan ikke se at innklagedes vurdering er usaklig eller uforsvarlig, eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 5.
- (41) Videre kan klagers anførsel om at innklagede måtte kunne legge vekt på dokumentasjon fra den første konkurransen og klagers tidligere store prosjekter for innklagede, klart ikke føre frem. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at når det legges vekt på oppdragsgivers egne erfaringer med en leverandør, må erfaringene som vektlegges være objektivt konstaterbare og ikke bare representere subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side, jf. klagenemndas saker 2003/66 og 2005/50 premiss (38). Videre følger det av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at oppdragsgiver må forholde seg til opplysninger som er gitt i kunngjøringen og ellers i prosessen, jf. klagenemndas saker 2008/111 premiss (56), 2008/39 premiss (82) og 2008/62 premiss (54). Det er åpenbart at det må foretas en vurdering i forhold til den enkelte konkurranse, og sekretariatet kan dermed ikke se at innklagede ved kvalifikasjonsvurderingen kunne støtte seg på tidligere erfaringer eller kunnskap fra den tidligere konkurransen.
- (42) Klager har så anført at dersom innklagede manglet dokumentasjon for å ta stilling til foretakets kvalifikasjoner, skulle denne informasjonen ha blitt etterspurt.
- (43) Det følger av forskriften § 21-1 (1) at etter tilbudsfristens utløp er det verken adgang eller plikt til å endre eller rette tilbud. I forskriften § 21-4 åpnes det 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.
- (44) Klagenemnda har derimot lagt til grunn at oppdragsgiver i visse tilfeller kan ha en plikt til å avklare uklarheter og ufullstendigheter ut fra de grunnleggende kravene i lovens § 5, noe som kan være tilfelle der konkurransegrunnlaget er uklart, jf. blant annet klagenemndas saker 2007/91 premiss (28) til (30) og 2004/279 premiss (32) til (34). I det foreliggende tilfellet foreligger det imidlertid ingen uklarhet i konkurransegrunnlaget, da det tvert i mot er åpenbart at leverandørene må sannsynliggjøre at det vil bli gitt godkjenning i tiltaksklasse 3. En eventuell uklarhet måtte her i så fall referere seg til at klager først ble ansett for å være kvalifisert i den

første konkurransen, for deretter å bli avvist i den andre. Etter at den første konkurransen ble avlyst må den imidlertid anses som avsluttet, og en eventuell ny utlysning må behandles som en selvstendig konkurranse. Innklagede vil da også ha anledning til å rette opp eventuelle feilaktige vurderinger fra den forrige konkurransen. Dette innebærer at innklagede i dette tilfellet måtte foreta en konkret vurdering av hvorvidt kvalifikasjonskriteriene var oppfylt, på bakgrunn av den innsendte dokumentasjon. At klager først ble ansett for å være kvalifisert i den første konkurransen, og senere ble bedt om å delta i den andre konkurransen, kan ikke anses som en uklarhet som gir innklagede en plikt til å foreta en avklaring eller be om supplerende opplysninger. Sekretariatet kan dermed ikke se at innklagede har utøvd et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn, eller at innklagede har basert saken på et feilaktig faktum, og kan heller ikke se at saksbehandlingen i seg selv er i strid med lovens § 5.

- (45) Basert på at innklagede ikke fant det godtgjort at klager ville kunne oppnå lokal godkjenning i tiltaksklasse 3 basert på den dokumentasjon selskapet hadde fremlagt i konkurranse nummer 2, hadde innklagede plikt til å avvise klager i henhold til forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Klagers anførsel kan dermed ikke føre frem.

Erstatning

- (46) Klager har bedt om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for både positiv og negativ kontraktsinteresse er til stede. Det følger av klagenemndsforordningen § 12 (2) at klagenemnda har en rett, men ikke en plikt, til å uttale seg om vilkårene for erstatning for klager anses oppfylt. Sekretariatet finner det i foreliggende sak ikke hensiktsmessig å foreligge saken for nemnda kun for å prøve anførelsen knyttet til erstatning.
- (47) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Linn Håland Vetaas
førstekonsulent

Mottakere:
Advokat Erik Jønsson AS