



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av utomhusarbeider til det nye Kulturkvartalet i Bodø kommune. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. desember 2013 i sak 2012/50

Klager: Braathen Landskapsentreprenør AS

Innklaget: Bodø kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, og begrunnelsesplikt etter loven § 5.

Bakgrunn:

- (1) Bodø kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. oktober 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av utomhusarbeider til det nye Kulturkvartalet i Bodø kommune. Anskaffelsen var kunngjort ved kunngjøringsskjema som følger forskriften del III. Anskaffelsens verdi var ikke spesifisert i konkurransegrunnlaget, men angitt å være over terskelverdi i punkt A1.1. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt A1.4 angitt å være 24. november 2011.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.5) "*Kort beskrivelse av anskaffelses art og omfang*" fremgikk det at Kulturkvartalet skulle inneholde parkeringsanlegg, bibliotek og kulturhus. Det hitsettes videre:

"I tillegg inngår det offentlige uterom rundt kvartalene.

Arbeidene skal gjennomføres med entreprisemodell etter NS 8405 med byggherrestyrte sideentrepriser."

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt A2.3.1 fremgikk følgende kvalifikasjonskriterier:

"Kriterium		Dokumentasjon	
K1	Generelle krav til firma/organisering samt generell og spesiell firmakompetanse	K1.1	[...]
		K1.2	Firmaets relevante referanseprosjekt de fem siste år.

			<i>Krav:</i> <i>Det kreves at tilbyder kan dokumentere å ha gjennomført relevant sammenlignbare prosjekter både mht kompleksitet og størrelse.</i>
		K1.3	[...]
K2	Organisasjon KS-systemer	[...]	[...]
K3	Gjennomføringskapasitet	K3.1	<i>Oversikt over firmaets størrelse og organisasjon.</i> <i>Krav:</i> <i>Tilbyder skal ha en organisasjon og størrelse som sikrer gjennomføringen av prosjektet.</i>
		K3.2	<i>Bemanningsoversikt inkludert underentreprenører.</i> <i>Krav:</i> <i>Det kreves at det fremlegges en foreløpig bemannings- og utstyrsoversikt.</i>
K4	Økonomisk soliditet	[...]	[...]"

- (4) Videre fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt A2.3.2 at konkurransens tildelingskriterier var pris (80 prosent vekt), og organisering av byggearbeidene med nøkkelpersonells spesielle kompetanse (20 prosent vekt).
- (5) Det kom inn tre tilbud i konkurransen, herunder fra Braathen Landskapsentreprenør AS (heretter klager) og Norsk Revegetering AS (heretter valgte leverandør).
- (6) Vedlagt valgte leverandørs tilbud av 30. november 2012, var en referanseliste bestående av ti prosjekter som selskapet har vært involvert i, blant annet Ørnes miljøgate, Strandpromenaden Fauske og Fauske miljøgate. Videre fremgikk følgende av dokumentet "Organisering og gjennomføring av byggearbeidene":

"[...]I starten var det meste av omsetningen sprøytesåing, fra ca 1993 overtok steinlegging og vanlig anleggsgartnerarbeide og fra 2011 kom Robin Danielsen inn som medeier og navnet ble Norsk Revegetering. [...]"

På Kulturkvartalet er anleggsgartnerens arbeider klart de største og derfor er det etter vårt syn naturlig at et anleggsgartnerfirma regner på hele jobben og blir hovedentreprenør.

[...]

På Kulturkvartalet ser vi for oss at vi engasjerer en underentreprenør på terrengarbeidene og har bl.a. tilbud fra H&O Bernhardsen. Det kan også bli aktuelt å leie inn maskiner på timebasis da vi ser for oss at arbeidene blir noe oppstykket. De relativt beskjedene VVS-arbeidene vurderer vi å gjøre selv, men vi vil engasjere underentreprenører på betongarbeidene og EL hvor vi har flere tilbud fra seriøse aktører.

[...]

Beskrivelse av organisering og kontroll av underentreprenører

Bare velrennomerte underentreprenører vil bli benyttet. På terrengarbeider vurderer vi et samarbeid med H&O Bernhardsen, på konstruksjoner firmaet Gulvbetong, på EL Elektro Bodø og asfalt Nordasfalt.

[...]"

- (7) Videre var det vedlagt en organisasjonsplan for selskapet, hvor det fremgikk at valgte leverandør ville ha ti-femten ansatte anleggsgartnere, steinleggere og maskinkjørere. Det var også vedlagt organisasjonsplan for prosjektet, hvor det ble vist til at valgte leverandør ville benytte fire arbeidslag med tre-fem personer, samt underentreprenør for kategoriene maskiner og andre, og underleverandører for materialer og utstyr.
- (8) Av tildelingsbrev 7. februar 2012 fremgikk at samtlige tre tilbydere i konkurransen ble vurdert som kvalifiserte, og at valgte leverandør ble tildelt kontrakten. Klager ble rangert som nummer to.
- (9) Fra innklagedes dokument *"Kulturkvartalet entreprise K701 Utomhusarbeider oppsummering kvalifikasjon"* fremgikk blant annet:

<i>"Norsk Revegetering AS</i>	
<i>KVALIFISERT</i>	

[...] <i>Middels store referanseprosjekter. Her nevnes fra de siste år:</i> <i>Fauske miljøgate og strandpromenade 35 mill, Studentungan barnehage 5 mill, Svolvær torg, Miljøgate Ørnes</i> [...] <i>Organisasjon redegjort for. Firmaet har 15 ansatte.</i> <i>Organisasjonsplan for prosjektet levert. Organisering i 4 arbeidslag med angitt bemanning 3-5 personer pr lag.</i> <i>Underentreprenører:</i> <i>Asfalt – Nordasfalt AS</i> <i>Grunnarbeid – Hansen & Bernhardsen</i> <i>Betong – Gulvbetong AS</i> <i>Elektro – Elektro Bodø AS</i>	[...] <i>Kvalifisert</i> [...] <i>Kvalifisert</i> <i>OK</i> <i>OK</i> <i>OK</i> <i>OK"</i>
--	--

- (11) Ved e-post 9. februar 2012 ba klager om redegjørelse for innklagedes vurderinger av valgte leverandørs kvalifikasjoner, herunder at det ble fremlagt dokumentasjon på at valgte leverandør hadde rådighet over nødvendige ressurser.
- (12) Innklagede besvarte klagers henvendelse ved brev 13. februar 2012:

"[...] Vedlagt følger utsnitt av oppsummering for hver enkelte tilbyder som er utarbeidet ifbm. kvalifiseringen.[...]

Deler av arbeidene skal utføres av underentreprenører. Firmaet har oppgitt at følgende underentreprenører som ligger til grunn for tilbudet:

[...]

Disse underentreprenørene er foruten, Gulvbetong AS, de samme underentreprenører som Braathen Landskapsentreprenør AS har tilbudt. Vi har ikke sett behov for innhenting av forpliktelseserklæring fra noen av tilbyderne som dokumentasjon der de støtter seg til andre firmaers ressurser. Bruken av underentreprenører er vel så meget relatert til fag/kompetanse som det forhold at tilbyderne ikke besitter tilstrekkelig kapasitet. Så er også tilfelle i denne sak dersom en vurderer hvilke fag som skal utføres av underentreprenører. Videre inneholder kontrakten forutsetninger om at oppgitte underentreprenører ikke kan endres uten byggherrens godkjenning. En endring vil således i ytterste konsekvens kunne vurderes som kontraktsbrudd.

Norsk Revegetering AS har oppgitt at de har 15 ansatte. Vi har ved evaluering lagt til grunn at også vesentlige deler av arbeidene vil bli utført av underentreprenører (gjelder for så vidt alle tilbydere.) Ut fra den tid som er avsatt for utomhusarbeidene, har vi

vurdert at Norsk Revegetering AS har rådighet over tilstrekkelige ressurser for utførelse av arbeidene.

[...]"

(13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. februar 2012.

(14) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 21. februar 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(15) Innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør, idet selskapet ikke oppfyller kvalifikasjonskravet til firmakompetanse. Valgte leverandør har ikke hatt tilstrekkelig organisasjon til å gjennomføre prosjekter som er sammenlignbare med hensyn til kompleksitet og størrelse. Herunder kan valgte leverandør ikke sies å ha *gjennomført* sitt referanseprosjekt Miljøgata Fauske sentrum til 35 millioner kroner. Selskapet må ha hatt en beskjeden rolle i prosjektet, idet prosjektet oversteg selskapets samlede omsetning i årene 2008-2010.

(16) Innklagede har også brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør, idet selskapet ikke oppfyller kvalifikasjonskravet til gjennomføringskapasitet. Det vises til at valgte leverandør ikke har tilstrekkelig organisasjon og størrelse til å sikre gjennomføringen av prosjektet. Det kan ikke hensyntas at deler av arbeidene skal utføres av fire navngitte underleverandører, ettersom det ikke er dokumentert at valgte leverandør råder over disse ressursene, jf. forskriften § 17-9 (2).

(17) Innklagede har endelig brutt prinsippene om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i loven § 5, ved at det ikke er gitt en redegjørelse for dokumentasjonen som er vektlagt ved vurderingen av valgte leverandørs kvalifikasjoner. Det vises til at loven § 5 oppstiller en begrunnelsesplikt som går lengre enn forskriftens § 20-16 (1), ettersom det er reist spørsmål om hvorvidt innklagede har vurdert en leverandørs kvalifikasjoner riktig i henhold til kvalifikasjonskravene.

Innklagedes anførsler:

(18) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene, og skulle derfor ikke avvises.

(19) Det er ikke grunnlag for å hevde at den skjønnsmessige vurderingen av konkurransegrunnlagets krav til firmakompetanse er usaklig eller ulovlig, idet innklagede har funnet at valgte leverandørs ti oppgitte referanseprosjekter oppfyller minstekravene til firmakompetanse. Den aktuelle anskaffelsen forutsettes å kunne gjennomføres ved bruk av underleverandører, og kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget K1.2 gir ikke grunnlag for å kreve at leverandørene har gjennomført tilsvarende prosjekt uten bruk av underleverandører.

(20) Det er ikke grunnlag for å hevde at den skjønnsmessige vurderingen av konkurransegrunnlagets krav til gjennomføringskapasitet er usaklig eller ulovlig, idet innklagede har funnet at valgte leverandør selv har en organisasjon og størrelse som sikrer gjennomføringen av prosjektet. Kommunen har derfor ingen rett eller plikt til å stille krav om forpliktelseserklæring, eller annen dokumentasjon i medhold av forskriften § 17-9

- (2). Det er i konkurransegrunnlaget ikke oppstilt kvalifikasjonskrav knyttet til *"tekniske eller faglige kvalifikasjoner"*, hvor underleverandørers kompetanse på asfalt, betong eller elektro er nødvendig for å bli ansett kvalifisert. Når kommunen i brev 12. februar 2012 har vist til at vesentlige deler av arbeidene vil bli utført av underleverandører, er ikke dette nødvendig for å oppfylle kravet til organisasjon og størrelse som sikrer gjennomføringen av prosjektet, men knytter seg til kravet om at det skal fremlegges en bemannings- og utstyrsoversikt i konkurransegrunnlaget punkt K3.2.
- (21) Innklagede har ikke brutt begrunnelsesplikten, da det er gitt tilstrekkelig begrunnelse i denne saken, jf. kravet til kort begrunnelse i forskriften § 20-16 (2). Det vises til at det ikke kan oppstilles noen utvidet plikt til å begrunne at kvalifikasjonskravene er oppfylt. For alle tilfeller har innklagede her valgt å gi en utfyllende skriftlig redegjørelse for sin vurdering med vedlagt dokumentasjon.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utomhusarbeider til Kulturkvartalet i Bodø kommune som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke spesifisert i konkurransegrunnlaget, men angitt å være over terskelverdi i punkt A1.1 I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).

Avvisning av valgte leverandør

- (23) Den første problemstillingen er om valgte leverandør skulle vært avvist, som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om gjennomføringskapasitet, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a.
- (24) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*.
- (25) Konkurransegrunnlaget punkt K3 oppstilte et kvalifikasjonskrav knyttet til gjennomføringskapasitet. Dokumentasjonskravet var at tilbyderne skulle ha en organisasjon og størrelse som sikret gjennomføringen av prosjektet, samt at det skulle fremlegges en foreløpig bemannings- og utstyrsoversikt. Ut fra ordlyden og konteksten i konkurransegrunnlaget må kravet til gjennomføringskapasitet forstås slik at det relaterer seg til evnen til å oppfylle kontraktarbeidene i sin helhet. Videre slik at tilbyderne må ha kompetanse til å gjennomføre utomhusarbeidene, som foruten gartnerarbeid, blant annet inkluderte felt som elektro, konstruksjoner, asfalt og terrengarbeider.
- (26) Innklagede har fremholdt at valgte leverandør selv har en organisasjon og størrelse som sikrer gjennomføringen av anskaffelsen. Ved vurderingen av kvalifikasjonskriteriene har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen som er foretatt er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, eller på annen måte er uforsvarlig, usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum.
- (27) Som dokumentasjon for oppfyllelse av kravet til gjennomføringskapasitet leverte valgte leverandør en organisasjonsplan for selskapet, hvor det fremgikk at selskapet hadde ti - femten ansatte anleggsgartnere, steinleggere og maskinkjørere. Det ble også levert en

organisasjonsplan for det konkrete prosjektet, hvor det fremgikk at selskapet tilbød fire arbeidslag med tre-fem personer, samt underentreprenør for maskiner, underleverandører for materialer og utstyr, og en post kalt underentreprenører andre. I tillegg leverte valgte leverandør en beskrivelse av organiseringen og gjennomføringen av prosjektet, herunder en beskrivelse av organisering og kontroll av underentreprenører, jf. premiss (6). Ved dette viser valgte leverandør at selskapet var avhengig av underleverandører for å oppfylle kontraktarbeidene i sin helhet.

- (28) På bakgrunn av sakens dokumenter fremstår det også som innklagede i realiteten har vurdert valgte leverandørs gjennomføringskapasitet ved bruk av underleverandører. Innklagede har i brev av 13. februar 2012 vist til at vesentlige deler av oppdragets arbeid vil bli utført av underentreprenører, samt at fire underentreprenører ligger til grunn for vurderingen av valgte leverandørs tilbud. Dette støttes av dokumentet *"Kulturkvartalet entreprise K701 Utomhusarbeider oppsummering kvalifikasjon"*, jf. premiss (9).
- (29) Spørsmålet blir om det her var adgang til å vektlegge underleverandørenes ressurser.
- (30) Av forskriften § 17-9 (2) fremgår det at en leverandør kan *"støtte seg på andre foretaks kapasitet"*. I så fall skal leverandøren *"dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene"*. Hvorvidt innklagede kan vektlegge andre foretaks kapasitet beror på en konkret vurdering av fremlagte dokumentasjon, jf. klagenemndas saker 2011/203 premiss (143) følgende, og 2011/191 premiss (22) følgende.
- (31) I tilbudet har valgte leverandør beskrevet aktuelle underleverandører, samt vist til at selskapet hadde flere tilbud fra seriøse aktører. Valgte leverandør har imidlertid ikke dokumentert angitte underleverandørers kapasitet. Selskapet har heller ikke fremlagt noen forpliktelseserklæring, kontrakt eller annen dokumentasjon som viser faktisk rådighet over underleverandørenes kapasitet eller kvalifikasjoner til oppdraget. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede ikke kunne vektlegge bruken av underleverandører ved vurderingen av valgte leverandørs gjennomføringskapasitet. Ettersom valgte leverandør ikke selv oppfylte kravet, har innklagede brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (32) Basert på at valgte leverandør skulle vært avvist på ovennevnte grunnlag, finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til om klagers andre anførsel om avvisning av valgte leverandør.

Begrunnelsesplikt

- (33) Klagenemnda forstår klagers anførsel dit hen at det ikke er begrunnelsesplikten i forskriften § 20-16 (1) som er omtvistet. Spørsmålet for klagenemnda er om det kan oppstilles en utvidet begrunnelsesplikt i henhold til lovens prinsipper om etterprøvbarhet og gjennomsiktighet. Var innklagede, basert på klagers innsigelser mot kvalifikasjonsvurderingen, forpliktet til å redegjøre for vurderingen av valgte leverandørs inngitte dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravene.
- (34) Av loven § 5 følger det at oppdragsgiver skal sikre at kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet blir ivaretatt i anskaffelsesprosessen. Dette innebærer at deltakerne i en konkurranse i ettertid skal ha mulighet til å forvise seg om at anskaffelsesprosessen har

skjedd i henhold til regelverket. Hva gjelder begrunnelse er kravet i utgangspunktet sikret ved reglene om begrunnelsesplikt i forskriften § 20-16 (1). I nærværende sak har innklagede i tildelingsmeddelelsen vist til at alle leverandører er kvalifisert i konkurransen. I tillegg har innklagede gitt en utfyllende begrunnelse i brev av 13.februar 2012. Basert på dette kan ikke klagenemnda se at innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Bodø kommune har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført frem, eller har ikke blitt behandlet.

Bergen, 2. desember 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven