



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av tunnelarbeider. Klagers anførsel om at innklagede ikke kunne innta et krav om at tilbyderne måtte levere "orienterende fremdriftsplan" for oppdraget, førte ikke frem. Klagenemnda fant at kravet måtte anses som et dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskravet "Gjennomføringsevne", og at endringen av konkurransegrunnlaget ikke var vesentlig, jf. forskriften § 17-2. Klager anførte at innklagede ikke kunne omgjøre den opprinnelige beslutningen om å tildele kontrakten til klager. Avgjørende for vurderingen, var om innklagede hadde rett til å be klager om å levere orienterende fremdriftsplan og nærmere opplysninger om organiseringen av oppdraget, etter tilbudsfristens utløp, jf. § 21-4. Klagenemnda kom til at de etterspurte dokumenter medførte en supplerende av allerede fremlagte dokumenter vedrørende krav til leverandøren, og at innklagede hadde rett til å be om disse. Tildelingsbeslutningen var lovlig og skulle derfor ikke vært omgjort. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 27. mai 2014 i sak 2012/150

Klager: Øijord & Aanes Entreprenørforretning AS

Innklaget: Statens vegvesen, Region nord.

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, dokumentasjonskrav

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen, Region Nord (heretter innklagede) kunngjorde 24. februar 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av tunnelarbeider. Anskaffelsen var kunngjort i Doffin og TED, som en anskaffelse etter forskriften del III. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.8 angitt til 11. april 2012.
- (2) Fra konkurransegrunnlaget Bok A3 punkt 3 hitsettes:

"Arbeidet kan settes i gang når avtale er inngått og garantierklæring og kopi av forsikringsbevis er levert byggherren. Det vises for øvrig til utfyllende krav under punktene om kvalitetsplan, HMS og fremdriftsplan i kap. C.

Ferdigstillelse er 13.08.2013

Delfrist 1, klart for asfaltering (bærelag) profil 1850-3700 den 17.08.2012.

Delfrist 2, klart for asfaltering (bærelag) profil 0-1850 den 12.10.2012.

Delfrist 3, åpning av tunnel for trafikk 31.10.12.

Delfrist 4, slitelag ferdig lagt 12.07.13."

- (3) I konkurransegrunnlaget Bok B2 punkt 4.4 var det stilt kvalifikasjonskrav om "Gjennomføringsevne":

"Det blir gjort en samlet vurdering for de krav som er stilt under dette kriteriet gjennomføringsevne.

4.4.1 Tilbyders omsetning

Tilbyders gjennomsnittlige årlige omsetning bør være minst like stor som den årsomsetning kontrakten vil generere. Jf. Kap. E2, pkt. 4.4.1, skjema E2-4.4.1.

4.4.2 Nøkkelpersoners kompetanse

Det kreves teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring hos nøkkelpersoner som disponeres for oppdraget. Kompetanse og erfaring skal dokumenteres. Jf. kap. E2, pkt. 4.4.2, skjema E2-4.4.2.

4.4.3 Organisering

Med tilbud skal følge redegjørelse for hvordan tilbyder vil organisere gjennomføringen av kontrakten. Viktige forhold her er blant annet at organisasjonen er tilstrekkelig bemannet og at tilbyder har kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold i kontrakten."

- (4) I følge konkurransegrunnlaget kapittel A, var "Na-rundskriv 2010/8: Veiledning i vurdering av tilbyders kvalifikasjoner", en del av konkurransegrunnlaget. Rundskrivet omhandlet hvordan tilbydernes kvalifikasjoner skal vurderes på grunnlag av opplysninger og dokumentasjon fra tilbyder. Det ble presisert innledningsvis i dette at rundskrivet skulle være et hjelpemiddel i skjønnsutøvelsen. Herfra hitsettes følgende vedrørende vurdering av kvalifikasjonskravet "Gjennomføringsevne":

"Her vurderes tilbyders teoretisk og praktisk kompetanse og eventuell organisering og bemanningssituasjon. Det gjelder særlig at de er kompetente, har erfaring og kan vise til referanser – både teknisk, faglig, organisasjonsmessig og administrativt. [...]

4.4.3 Organisering [...]

Dersom tilbyder ikke kan dokumentere tilfredsstillende organisering for kontraktsarbeidene, skal det gjøres en samlet vurdering, sammen med punktene 4.4.1 og 4.4.2, av om tilbyder skal avvises på grunn av manglende gjennomføringsevne."

- (5) Det ble avholdt orienteringsmøte den 13. mars 2012, der det ble redegjort for oppdraget som skulle utføres. Samtlige tilbydere fikk tilsendt referat fra befaringen, der det var inntatt følgende vedrørende fremdriftsplan:

*"Vedlagt tilbudet **skal** tilbyder legge orienterende framdriftsplan som viser hvordan oppgaven er tenkt gjennomført. (Nattarbeid, ferieavvikling, disponering av helger, etc.) Prosjektet krever nøye planlegging, erfaring fra tilsvarende arbeider og erfaren byggeledelse. Statens vegvesen vil i firmakvalifiseringen legge vekt på cv til nøkkelpersonell, planlagt fremdrift og erfaring med tilsvarende arbeider."*

- (6) Av konkurransegrunnlaget Bok C2, "spesielle kontraktsbestemmelser for Statens vegvesen", hitsettes følgende fra punkt 14 om "Kvalitetssikring":

"14.1 Generelle krav

Entreprenøren skal utarbeide en kontraktsspesifikk kvalitetsplan som beskriver prosesser, prosedyrer og tilhørende ressurser som skal anvendes av hvem og når for å oppfylle kravene i kontrakten.

14.2 Kvalitetsplan

Entreprenøren skal overlevere kvalitetsplan til byggherren før arbeidet starter.

Byggherren kan nekte oppstart av aktiviteter hvor ikke tilstrekkelig arbeidsprosedyre eller arbeidsbeskrivelse foreligger, eller hvor entreprenøren ikke etterlever kontraktens krav til kvalitetssikring.

Kvalitetsplanen skal vise entreprenørens systematiske ivaretagelse både av kvalitet og HMS. Kvalitetsplanen skal dekke alle arbeidsoperasjoner og minst inneholde følgende:

Organisasjonsplan Organisasjonsplan skal gi oversikt over nøkkelpersoner på kontrakten samt kort stillingsbeskrivelse for lederfunksjonene, deres ansvar, og fullmakter og formelle kontaktlinjer.

Kontrollplan Kontrollplan skal omfatte prosesser for overvåking, måling, analyse og forbedring som er nødvendig for

- å bevise overensstemmelse for produktet*
- å sørge for overensstemmelse for systemet for kvalitetssikring*
- kontinuerlig å forbedre virkningen av systemet for kvalitetssikring.*

Kontrollplan skal minimum vise prosess/arbeidsoperasjon, kontraktsmengde, prøveomfang, krav/toleranser og ansvarlig for kontrollen. [...]

Arbeidsprosedyrer Arbeidsprosedyrer skal dokumentere at arbeidsoperasjonene er gjennomtenkt og planlagt slik at alle kvalitetskrav kan overholdes.

Avviksbehandling Det skal etableres prosedyre for avviksbehandling. [...]

Dokumentbehandling Entreprenøren skal ha et system for dokumentbehandling som sikrer at alle nødvendige opplysninger tilflyter rette vedkommende. [...]"

- (7) Tildelingen skulle utelukkende skje på grunnlag av lavest pris, jf. konkurransegrunnlaget kapittel B3 punkt 5.

- (8) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fire tilbud, deriblant fra Øijord & Aanes Entreprenørforretning AS (heretter klager).
- (9) I klagers tilbud fremkom følgende om kvalifikasjonskravets punkt 4.4.3 *"Organisering"*:

"Vedrørende gjennomføring av kontrakten:

Det utarbeides en KS-plan, alt fra riggplan, kontraktskrav, HMS, utførelse og kontroll av utførelse.

Vedlagt ligger organisasjonsplan og opplæringsplan. Øijord & Aanes Entreprenørforretning A/S har 60 ansatte og vil sette inn nødvendige ressurser/skiftgang for oppfyllelse av kontrakten."

- (10) Klagers tilbud inneholdt også utfylt skjema for omsetning og nøkkelpersoners kompetanse, som viste planlagt rolle for nøkkelpersonene, og Mini-CV for nøkkelpersonellet. Vedlagt var også organisasjonskart med lederoversikt, samt *"opplæringsplan"* for 53 av de ansatte, som viste en oversikt over den enkeltes opplæring og sertifiserte sikkerhetsopplæring. Det var også vedlagt en kvalitetsmålsetting for bedriften, og prosedyre for dokumentstyring.
- (11) Klager mottok følgende e-post fra innklagede den 13. april 2012:

"Etter gjennomgang av Deres tilbud av 11 april 2012 [...] finner byggherren at følgende dokumentasjon mangler iht. konkurransegrunnlaget og referat fra tilbudskonferanse:

- *Organisering av arbeidene, se kap B2 pkt. 4.4.3*
- *Orienterende fremdriftsplan, se referat fra tilbudskonferansen den 12.03.2012.*

Vi ber om at følgende dokumentasjon leveres byggherren innen mandag 16.04.2012[...]"

- (12) Klager sendte supplerende dokumentasjon til innklagede i e-post av 16. april 2012. Dette omfattet fremdriftsplan som viste hvilke uker de forskjellige delene av prosjektet skulle utføres. Det var også lagt ved en oversikt over hvilke personer som skulle utføre prosjekt- og anleggsledelsen, og hvor mange personer som var tenkt benyttet på de forskjellige delene av oppdraget.
- (13) Tilbyderne ble meddelt i brev av 24. april 2012 at klager ville tildeles kontrakt.
- (14) Tildelingsbeslutningen ble påklaget av M3 Anlegg AS og Hans Johnny Høgås AS den 4. mai 2012. Det ble anført at innklagede ikke hadde hjemmel til å innhente den aktuelle dokumentasjonen fra klager etter tilbudsåpningen, og at klager skulle vært avvist fra konkurransen da de ved tilbudsåpningen ikke oppfylte kravene oppstilt i konkurransegrunnlaget og i tilbudskonferansen.
- (15) Innklagede tok klagen til følge, og omgjorde tildelingsbeslutningen. Klager ble avvist ved brev av 25. mai 2012, herfra hitsettes:

"Tilbudet avvises med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser, FOA § 20-12 første ledd bokstav a og § 20-12 andre ledd bokstav g.

Tilbudet er avvist med følgende begrunnelse:

Deres tilbud manglet orienterende fremdriftsplan og dokumentasjon på hvordan dere vil organisere deres virksomhet for dette prosjektet. Kravet til dokumentasjon av "organisering" er ikke oppfylt. Av den grunn er det umulig for SVV å vurdere om kvalifikasjonskravet "gjennomføringsevne", er oppfylt. [...]

Vi legger likevel til, at selv en samlet vurdering av all innsendt dokumentasjon før tilbudsåpning, ikke gir SVV anledning til å vurdere om kvalifikasjonskravet "gjennomføringsevne" er oppfylt. Ingen av dokumentene som ble levert før tilbudsåpning, inneholder opplysninger om hvordan dere vil organisere deres virksomhet for å kunne oppfylle kontrakten og om dere har tilstrekkelig kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold i denne kontrakten.

Deres tilbud må avvises fordi dere ikke oppfyller de krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen. Deres tilbud må også avvises for dere har unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne bestemmelsen eller krav til leverandøren."

- (16) Klager påklaget avvisningen ved brev av 31. mai 2012, men innklagede tok ikke klagen til følge, jf. brev datert 5. juni 2012.
- (17) En ny tildelingsbeslutning ble meddelt tilbyderne den 1. juni 2012, der tilbudet fra M3Anlegg AS/ Hans Johnny Høgås AS (heretter valgte leverandør) var angitt som vinner av konkurransen.
- (18) Saken ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 15. juni 2012.
- (19) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 21. juni 2012.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. mai 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig kvalifikasjonskrav/dokumentasjonskrav

- (21) Kravet til "*orienterende fremdriftsplan*" var et ulovlig kvalifikasjonskrav, fordi det ikke var formulert som et minimumskrav til leverandørenes kvalifikasjoner i henhold til forskriften § 17-4. Kravet var videre ulovlig i kvalifikasjonsfasen, fordi det rettet seg mot kontraktgjennomføringen, og ikke mot firmaets kompetanse eller gjennomføringsevne som sådan. Kravet er heller ikke i samsvar med konkurransegrunnlaget Bok C3, pkt. 6 om spesielle kontraktbestemmelser, som sier at detaljert fremdriftsplan først skulle leveres en uke før arbeidene skulle påbegynnes.
- (22) Innklagede hadde ikke anledning til å innta "*orienterende fremdriftsplan*" under tilbudsmøtet, som et nytt kvalifikasjonskrav, ettersom kravet ikke var inntatt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Avvisning grunnet manglende dokumentasjon

- (23) Klager innga tilstrekkelig dokumentasjon på klagers "*Organisering*" for oppdraget, jf. konkurransegrunnlaget Bok B2 punkt 4.4.3, og oppfylte kvalifikasjonskravet "*Gjennomføringsevne*" ved tilbudsfristens utløp. Innklagede hadde derfor ikke hjemmel til å avvise klager med denne begrunnelse. Innklagede har ikke saklig og forsvarlig vurdert tilbudets opplysninger om bemanning og organisering.
- (24) Klager stilte 60 ansatte til rådighet for kontrakten, og forsikret om at nødvendig skiftgang og ressurser ville settes inn for oppfyllelse. Denne opplysningen i tilbudet synes å være oversett av innklagede, jf. meddelelsesbrevet om avvisningen av klager, slik at feil faktum ligger til grunn for innklagedes vurdering av klagers "*Organisering*". Konkurransegrunnlaget Bok B2 pkt. 4.4.3 stilte ikke krav til detaljert plan for utførelse og organisering, også sett i sammenheng med at slik detaljert plan først skulle leveres *etter* kontraktsinngåelse, jf. konkurransegrunnlaget vedlegg C2 pkt. 14.2. Det måtte da være tilstrekkelig at klagers tilbud ga erklæring om antall ansatte og at klager ville stille nødvendige ressurser til rådighet, i tillegg til organisasjonskart, og oversikt over størsteparten av de ansattes kompetanse og gjennomgåtte opplæring, samt oversikt over nøkkelpersoners erfaring.
- (25) Selv om innklagede rettmessig fant at klager ikke kunne dokumentere tilfredsstillende organisering for kontraktarbeidene, ville en samlet vurdering av klagers innsendte dokumentasjonen på kvalifikasjonskravet "*Gjennomføringsevne*", føre til at klager oppfylte kvalifikasjonskravet. Innklagede har ikke dokumentert å ha foretatt en slik samlet vurdering, noe innklagede var forpliktet til å foreta, jf. NA-rundskriv 2010/8. Innklagede har dermed vurdert kvalifikasjonskravet i strid med konkurransegrunnlaget.
- (26) Subsidiært, hadde innklagede ikke hjemmel til å avvise klager for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "*Gjennomføringsevne*", tatt i betraktning de dokumenter som klager sendte etter tilbudsfristens utløp på forespørsel fra innklagede. Det var adgang til å be informasjon vedrørende gjennomføringen jf. § 21-4, idet dette ville medføre en supplerende eller utdypning av opplysninger om bemanning og skiftarbeid i tilbudet. Innklagede ga klager en rettmessig adgang til å supplere dokumentasjonen, og innklagede må da være pliktig til å vektlegge denne.

Etterprøvningsbarhet

- (27) Innklagede har brutt kravet til etterprøvningsbarhet i loven § 5 ved at vurderingene som er foretatt i forbindelse med avvisningen av klager ikke er dokumentert i anbudsprotokollen.

Likebehandling

- (28) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avvise klager grunnet manglende orienterende fremdriftsplan, all den tid valgte leverandør heller ikke innga all etterspurt informasjon i sin orienterende fremdriftsplan. Utover en angivelse av at det er lagt opp til skiftordning med 2 skift á 10 timer, har ikke valgte leverandør opplyst om nattarbeid, ferieavvikling eller disponering av helger.

Erstatning

- (29) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt. Klager ville utvilsomt blitt tildelt kontrakten dersom firmaet ikke hadde blitt avvist, ettersom tildelingen skulle skje på bakgrunn av laveste pris, og klager av denne grunn opprinnelig ble tildelt kontrakt.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig kvalifikasjonskrav/dokumentasjonskrav

- (30) Kravet til "*orienterende fremdriftsplan*" ble ikke inntatt som et nytt kvalifikasjonskrav under befaringsmøtet, men utgjorde kun en presisering av hvilken dokumentasjon på tilbydernes "*Organisering*" Bok B2 punkt 4.4.3, som skulle leveres for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "*Gjennomføringsevne*". Dette ble presisert i tilbudsmøtet og tilbudsreferatet. Det lå i utgangspunktet naturlig innforstått i dokumentasjonskravet til "*Organisering*" at slik orienterende fremdriftsplan skulle leveres, jf. ordlyden "*hvordan tilbyder vil organisere gjennomføringen av kontrakten*". Presiseringen innebar dermed heller ikke innføring av et nytt dokumentasjonskrav. Dokumentasjonen gjelder leverandørens evne og egnethet til å gjennomføre kontrakten, og er et lovlig vurderingstema under kvalifikasjonskravene. Presiseringen fant sted en måned før tilbudsfristen, og er i overensstemmelse med krav til likebehandling og forutberegnelighet.

Avvisning grunnet manglende dokumentasjon

- (31) Klager ble rettmessig avvist fra konkurransen med den begrunnelse at de ved tilbudsfristens utløp, ikke hadde levert tilstrekkelig dokumentasjon til å oppfylle kvalifikasjonskravet til "*Gjennomføringsevne*", som medførte en plikt til å avvise klager jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Forskriften § 20-12 (2) bokstav g ga også innklagede rett til å avvise klager på dette grunnlag.
- (32) Konkurranses grunnlaget Bok B2 pkt. 4.4.3 må forstås slik at det kreves dokumentasjon for at tilbyder har planlagt og organisert sin drift for *dette konkrete oppdraget*. Klagers tilbud, slik det forelå ved tilbudsfristens utløp, er svært kortfattet og generelt utformet på dette punkt, og kunne ikke innholdsmessig anses å oppfylle dokumentasjonskravet til organisering jf. 4.4.3 eller kravet til orienterende fremdriftsplan. Ut over at en vet hvilke fem nøkkelpersoner klager vil benytte seg av og at foretaket har 60 ansatte, foreligger ingen konkrete opplysninger om hvordan klager har planlagt og organisert sin virksomhet *for denne kontrakten*. Det er ikke opplyst om kontrakten er tenkt gjennomført ved natt-/helgearbeid. Det er heller ikke opplyst hvor de 60 ansatte arbeider i foretakets organisasjon og hvor mange av disse som kan og skal arbeide med dette prosjektet. Antall ansatte forteller videre ikke hvor mange av de 60 ansatte som har administrative arbeidsoppgaver eller som er fag/feltarbeidere. Vedlagte opplæringsplan forteller noe om utdannelsen til 22 av de 60 ansatte, men sier ikke noe om hvor mange personer klager har tenkt å bruke til for eksempel sprenging, rør-arbeider, stikking, oppretting eller hvor mange som skal jobbe på skift mv. Det ble med dette vanskelig å vite om klager konkret hadde tenkt gjennom hvordan arbeidet skulle planlegges og organiseres.
- (33) Klagers anførsel om at konkurranses grunnlaget ikke krevde en detaljert organiseringsplan etter Bok B2 pkt. 4.4.3, sett i sammenheng med konkurranses grunnlaget vedlegg C2 om spesielle kontraktbestemmelser pkt. 14.2, kan ikke føre frem. Det fremkom tydelig for tilbyderne at det skulle leveres orienterende fremdriftsplan for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, jf. en naturlig forståelse av ordlyden og den senere presisering av

referatet fra befaringen. Det er derfor ingen grunn til at leverandørene skulle lese disse bestemmelsene i sammenheng, også sett hen til at kravene både gjelder for forskjellige faser og forskjellige tidspunkter.

- (34) Dokumentasjonen var sentral for å vite hvor godt tilbyderen har organisert seg og planlagt sin fremdrift for arbeidsgjennomføringen, og mangler ved dette medførte risiko for ulike problemer i kontraktsfasen, for eksempel forsinkelser. Viktigheten av dokumentasjonen av fremdriftsplan ble uttrykt særlig i møtereferatet, der "*skal*" er uthevet og understreket. Dette markerer også at leverandører som ikke oppfylte dokumentasjonskravet til fremdriftsplan, heller ikke ville oppfylle kvalifikasjonskravet.
- (35) Innklagede foretok en samlet vurdering av om klagers dokumentasjon var tilstrekkelig for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "*Gjennomføringsevne*", i tråd med konkurransegrunnlaget. Innklagede har både vurdert hvorvidt den innsendte dokumentasjonen samlet ga grunnlag for å si at dokumentasjonskravet til underkriteriet "*Organisering*" var oppfylt, og den var tilstrekkelig til å kunne vurdere selskapets "*Gjennomføringsevne*". Det var ikke mulig å vurdere om kvalifikasjonskravet var oppfylt, grunnet manglende dokumentasjon.
- (36) Innklagede har ikke bygd vurderingen av klagers "*Gjennomføringsevne*" på feil faktum. Innklagede erkjenner at formuleringer i brevet om avvisning av klager kan oppfattes som at klagers opplysning om at de stilte 60 ansatte til disposisjon var oversett, men formuleringen bygger på en inkurie.
- (37) Innklagede hadde ikke plikt til å innhente ytterligere dokumentasjon, jf. forskriften § 21-4. Innklagede kan da heller ikke ha plikt til å vektlegge etterspurt dokumentasjon, også i lys av oppdragsgivers omgjøringsadgang. Innklagede hadde uansett ikke anledning til benytte § 21-4. Klager ga i utgangspunktet kun generell informasjon om klagers bemanning, og dermed *manglende* dokumentasjon om "*Organisering*". Organisasjonskartet og opplæringsplanen som ble levert var i seg selv fullstendige dokumenter, og det var ikke noe av den informasjonen som fremkom i dette som i seg selv nødvendiggjorde supplerende eller utdypning. Ettersendt dokumentasjon på anleggsledelse og bemanning av det konkrete prosjektet må da anses som innholdsmessig helt ny dokumentasjon som ikke kan etterspørres. Ettersending av orienterende fremdriftsplan, som angir aktivitetsbasert arbeid over en tidsperiode kan ikke anses som en konkretisering av opplysningen om at det vil settes inn "*nødvendige ressurser/skiftgang*". Dersom man skulle godta en utvidet informasjonsinnhenting på generelle og nærmest intetsigende formuleringer som foreliggende, vil det kunne medføre en konkurransefordel for den tilbyder som i første omgang ikke besvarer det oppdragsgiver etterspør. Dette vil i så fall uthule tolkningsforståelsen og de grunnleggende hensyn som forskriften § 21-4 bygger på.

Etterprøvningsbarhet

- (38) Innklagede har tilstrekkelig dokumentert i anbudsprotokollen de vurderingene som er foretatt til å tilfredsstille kravet til etterprøvningsbarhet. I den nye anskaffelsesprotokollen av 25. mai 2012 er både avvisningsbeslutningen og begrunnelsen for denne, beskrevet under pkt. 11. De nærmere detaljene av vurderingen fremgår i meddelelsesbrevet til klager av samme dato, samt også svar på klage over avvisningsbeslutningen av 5. juni 2012. Klager hadde med dette tilstrekkelig grunnlag til å kontrollere forsvarligheten av oppdragsgivers beslutninger.

Likebehandling

- (39) Innklagede har ikke forskjellsbehandlet klager og valgte leverandør med hensyn til oppfyllelsen av dokumentasjonskravet, og har ikke brutt kravet til likebehandling i loven § 5. Valgte leverandør leverte en tilfredsstillende orienterende fremdriftsplan innen tilbudsfristens utløp, i motsetning til klager. Videre fremgår det tydelig av organisasjonskartet til valgte leverandør hvordan de vil organisere sin virksomhet for *denne* kontrakten, ved å angi hvem som skal ha ansvar for de enkelte arbeidene, og hvilke mannskap og maskiner som står til rådighet for de forskjellige arbeidsoperasjonene. Klagers anførsel om at valgte leverandør ikke hadde opplyst om nattarbeid, ferieavvikling eller disponering av ferier kan ikke føre frem, da dette kun var eksempler på opplysninger som ville kunne inngå i den samlede vurderingen av om tilbyderne oppfylte dokumentasjonskravet, jf. ordlyden "*etc*" i referatet fra befaringen. Det belyses ved at klager heller ikke leverte utfyllende informasjon om for eksempel ferieavvikling og disponering av ferier i de ettersendte dokumentene, men likevel opprinnelig ble funnet kvalifisert for konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (40) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av tunnelarbeider, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen var kunngjort i Doffin og TED, som en anskaffelse etter forskriften del III. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen, etter sin opplyste art, forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig kvalifikasjonskrav/dokumentasjonskrav

- (41) Klager anfører at kravet til "*orienterende fremdriftsplan*" måtte anses som et ulovlig kvalifikasjonskrav, fordi det ikke var formulert som et minimumskrav til leverandørenes kvalifikasjoner, jf. § 17-4.
- (42) Kvalifikasjonskravet til "*Gjennomføringsevne*", skulle blant annet vurderes ut fra "*Organisering*", jf. premiss (3). Her var det etterspurt en redegjørelse for hvordan tilbyder ville organisere gjennomføringen av kontrakten, for å vurdere om "*organisasjonen er tilstrekkelig bemannet og at tilbyder har kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold*". I referatet fra tilbudsmøtet fremgikk det at leverandørene skulle legge ved "*orienterende fremdriftsplan som viser hvordan oppgaven er tenkt gjennomført*", jf. premiss (4). Klagenemnda ser dette som et presiserende dokumentasjonskrav til "*Organisering*", og ikke som et nytt kvalifikasjonskrav. Dokumentasjonskrav trenger ikke å formuleres som minimumskrav, og anførselen fører ikke frem.
- (43) Klager anfører at kravet om "*orienterende fremdriftsplan*" var ulovlig fordi det rettet seg mot kontraktsgjennomføringen, og ikke firmaets kompetanse eller gjennomføringsevne som sådan.
- (44) I følge forskriften § 17-4 skal kvalifikasjonskravene sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Konkurranses grunnlaget oppstilte en frist for ferdigstilling og delfrister for oppdraget, som vist til i premiss (2). En orienterende fremdriftsplan som nærmere beskriver hvordan oppdraget er tenkt gjennomført, må på bakgrunn av dette anses som dokumentasjonsgrunnlag for vurderingen av om leverandøren kan oppfylle fristene. Videre finner ikke klagenemnda at

dokumentasjonskravet kommer i konflikt med konkurransegrunnlaget Bok C3, pkt. 6 hvorefter en detaljert fremdriftsplan først skulle leveres etter kontraktsinngåelse, jf. drøftelsen nedenfor. Etter dette hadde dokumentasjonskravet til *"orienterende fremdriftsplan"* et lovlig innhold.

- (45) Klager har videre anført at innklagede hadde ikke anledning til å innta dokumentasjonskravet om *"orienterende fremdriftsplan"* under orienteringsmøtet, fordi det ikke var inntatt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (46) Tilføyelsen av fremdriftsplan som etterspurt dokumentasjon ble foretatt under orienteringsmøtet ca. en måned før tilbudsfristen, jf. premiss (4). Innen tilbudsfristens utløp, har oppdragsgiver *"rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige"*, jf. forskriften § 17-2 (2).
- (47) Under kravet til *"Organisering"*, for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet *"Gjennomføringsevne"*, var det etterspurt en redegjørelse for hvordan tilbyder ville organisere gjennomføringen av kontrakten, for å vise tilstrekkelig bemanning og evne til å håndtere uforutsette forhold i kontrakten. På orienteringsmøtet ble det presisert at også en orienterende fremdriftsplan, med opplysninger om nattarbeid, ferieavvikling, disponering av helger osv., måtte inkluderes i redegjørelsen for hvordan tilbyderen ville organisere gjennomføringen av kontrakten. Dette er en *"supplering"* av konkurransegrunnlaget, jf. § 17-2. Spørsmålet blir dermed om suppleringen var vesentlig.
- (48) Hva som skal anses som vesentlig må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Endringen må ikke være av en slik art at de kan påvirke potensielle leverandørs ønske eller mulighet til å delta i konkurransen, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/242 premiss (44).
- (49) Etter befaringsreferatet skulle den orienterende fremdriftsplanen inneholde opplysninger om nattarbeid, ferieavvikling, og disponering av helger. Dette er noe annet enn kvalitetsplanen som skulle utarbeides etter kontraktsinngåelse, jf. konkurransegrunnlaget Bok C3, pkt. 6, som skulle inneholde detaljert organisasjonsplan, kontrollplan, beskrivelse av arbeidsprosedyrer, avviksbehandling og dokumentbehandling, jf. premiss (5). Kravet om en orienterende fremdriftsplan fremstår som en supplering av hvilken dokumentasjon som skulle inngis for vurderingen av kvalifikasjonskravet om *"Gjennomføringsevne"*. Selv om endringen foranlediget noe mer planlegging av oppdragsutførelsen før innlevering av tilbud, antas den ikke å kunne påvirke deltakernes ønske om, eller mulighet til å delta i konkurransen. Videre ble suppleringen av konkurransegrunnlaget utgitt til samtlige tilbydere i god tid før tilbudsfristen, slik at tilbyderne kunne ta hensyn til endringen i tilbudene, jf. § 17-2 (3). Klagenemnda finner at suppleringen ikke var en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, og kunne foretas i henhold til § 17-2.

Avvisning grunnet manglende dokumentasjon

- (50) Klager har anført at det ikke var begått regelbrudd ved den opprinnelige evalueringen av kvalifikasjonskravet *"Gjennomføringsevne"*, og at omgjøringen av tildelingsbeslutningen av den grunn var ulovlig. Klagenemnda vil derfor ta stilling til om innklagede har brutt forskriften § 22-3 (5) ved å annullere beslutningen om å tildele kontrakt til klager.

- (51) Det fremgår av forskriften § 22-3 (5) at "[d]ersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått".
- (52) Bestemmelsen innebærer at en tildelingsbeslutning bare kan endres eller annulleres dersom den er i strid med regelverket, jf. blant annet klagenemndas saker 2011/267 premiss (46), 2005/294 premiss (18), og 2011/176 premiss (92) 2005/294 premiss (18). Oppdragsgiver kan derfor ikke annullere en lovlig tildelingsbeslutning ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, jf. klagenemndas saker 2006/66 premiss (42), 2009/242 premiss (31) og 2010/30 premiss (44).
- (53) Innklagede begrunnet annulleringen med at klager urettmessig hadde blitt vurdert til å oppfylle kvalifikasjonskravene ved den første tildelingsbeslutningen. Dette fordi innklagede ikke hadde hjemmel i forskriften § 21-4 til å be om ytterligere dokumentasjon vedrørende klagers "Organisering" etter tilbudsfristens utløp, og klager skulle derfor ha blitt avvist for ikke å ha levert tilstrekkelig dokumentasjon på kvalifikasjonskravet "Gjennomføringsevne", jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Det er ikke bestridt av innklagede at tildelingsbeslutningen var lovlig dersom ytterligere dokumentasjon kunne innhentes, og dette legges derfor til grunn av klagenemnda. Følgelig kunne ikke tildelingsbeslutningen omgjøres dersom innklagede hadde rett til å be om dokumentasjonen.
- (54) Det er i utgangspunktet leverandøren som bærer risikoen for at tilbudet tilfredsstiller de krav som er satt i konkurransegrunnlaget, herunder at den innleverte dokumentasjonen viser at kvalifikasjonskravene er oppfylt. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget, er hovedregelen at kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, og da forutsetningsvis ut fra den dokumentasjonen som er innlevert på dette tidspunkt, jf. blant annet sakene 2011/320 premiss (46) og 2010/209 premiss (30).
- (55) Forskriften § 21-4 gir likevel oppdragsgiver en rett til å "anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes". Etter forespørsel fra innklagede, ettersendte klager fremdriftsplan og nærmere informasjon om hvilke personer som skulle utføre oppdraget. Klagenemnda må ta stilling til om de fremlagte dokumenter i klagers tilbud "vedrørende krav til leverandøren", ga innklagede rett til å be om orienterende fremdriftsplan og nærmere opplysninger om organiseringen.
- (56) Regelen må forstås på den måten at adgangen til å anmode om fremleggelse av dokumenter er betinget av at tilbudet allerede inneholder opplysninger som er relevant for det aktuelle kvalifikasjonskrav, jf. blant annet klagenemndas tidligere saker 2012/133 premiss (24), 2010/279 premiss (34) og 2010/163 premiss (47). Dette vil bero på en konkret vurdering av det aktuelle kvalifikasjonskravet, sammenholdt med etterspurt dokumentasjon. Det er som klart utgangspunkt ikke adgang til å innhente ny dokumentasjon som endrer innholdet i de dokumenter som foreligger, jf. klagenemndas sak 2011/320 premiss (51).
- (57) Kvalifikasjonskravet "Gjennomføringsevne" skulle vurderes samlet ut fra krav til "Tilbyders omsetning", "Nøkkelpersoners kompetanse" og "Organisering", jf. premiss (3). Som krav til organisering skulle tilbyderne gi en "redegjørelse for hvordan tilbyder vil organisere gjennomføringen av kontrakten", der "viktige forhold [...] er blant annet at organisasjonen er tilstrekkelig bemannet og at tilbyder har kapasitet og evne til å

håndtere uforutsette forhold i kontrakten". Av referatet fra orienteringsmøtet ble det presisert et ytterligere dokumentasjonskrav, om at "vedlagt tilbudet skal tilbyder legge orienterende fremdriftsplan som viser hvordan oppgaven er tenkt gjennomført. (Nattarbeid, ferieavvikling, disponering av helger, etc.)"

- (58) For oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "Gjennomføringsevne", hadde klager vedlagt tilfredsstillende dokumentasjon ved punktene "Nøkkelpersoners kompetanse" og "Tilbyders omsetning". Når det gjaldt oppfyllelse av underkriteriet "Organisering", erklærte klager i tilbudet at "Det utarbeides en KS-plan, alt fra riggplan, kontraktskrav, HMS, utførelse og kontroll av utførelse. Vedlagt ligger organisasjonsplan og opplæringsplan. Øijord & Aanes Entreprenørforretning A/S har 60 ansatte og vil sette inn nødvendige ressurser/skiftgang for oppfyllelse av kontrakten". Vedlagt var også organisasjonskart med lederoversikt, samt "opplæringsplan" for 53 av de ansatte, som viste den enkeltes opplæring og sertifiserte sikkerhetsopplæring.
- (59) På den ene siden hadde klager levert en god del dokumentasjon som gjaldt det aktuelle kvalifikasjonskravet "Gjennomføringsevne". Kriteriene "Nøkkelpersoners kompetanse" og "Tilbyders omsetning" var tilstrekkelig dokumentert, i tillegg til en del relevante opplysninger for underkriteriet "Organisering". Til dette kommer at innklagede innledningsvis i kvalifikasjonskravet, og i Rundskriv NA-rundskriv 2010/8, hadde angitt at dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "Gjennomføringsevne" ville vurderes samlet. Dette tilsier at de etterspurte dokumentene ville utfylle og supplere den allerede inngitte dokumentasjonen under kvalifikasjonskravet.
- (60) På den andre side var kravet om fremdriftsplan et helt spesifikt dokumentasjonskrav, som ikke ble innfridd av klager. Selv om det angikk organiseringen, og var en del av dokumentasjonen som ville vurderes på dette punkt, hadde innklagede uthevet og markert at dette var noe tilbyderne skulle levere. Videre manglet tilbudet en redegjørelse for hvordan klager mer konkret ville bemanne oppdraget, og innklagede har påpekt at det derfor ble uklart om klager hadde tenkt gjennom hvordan arbeidet skulle planlegges og organiseres.
- (61) Det er gode grunner for å tillate oppdragsgiver å innhente supplerende dokumentasjon etter § 21-4 der oppdragsgiver, basert på dokument som allerede er fremlagt, vurderer det som sannsynlig at en leverandør oppfyller et gitt kvalifikasjonskrav, og mindre presiseringer er egnet til å klargjøre dette, jf. også klagenemndas tidligere saker 2012/133 premiss (24) og 2012/231 premiss (58). I foreliggende sak var det tale om å inngi noe større suppleringer. Klager hadde ikke innlevert en fremdriftsplan, og hovedsakelig kun opplyst at det ville settes inn "nødvendige ressurser/skiftgang".
- (62) Orienterende fremdriftsplan og annen nærmere redegjørelse for organiseringen, var elementer i et større sett av dokumentasjon som skulle innleveres for å vise oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet "Gjennomføringsevne". Det er nærliggende å forstå det slik at innklagede på grunnlag av den innleverte dokumentasjonen i utgangspunktet vurderte klager som kvalifisert, men hadde behov for nærmere å kunne vurdere hvorvidt tilstrekkelige ressurser ville innsettes til riktig tid for å oppfylle fristene. Innklagede valgte derfor å etterspørre informasjon i stedet for å avvise klager jf. forskriften § 20-12 (2) bokstav g.
- (63) Selv om opplysningene klager hadde inngitt vedrørende kriteriet "Organisering" var sparsomme, gjaldt de samme forhold som skulle vurderes ved den orienterende

fremdriftsplanen og ved en nærmere bemanningsoversikt – nemlig at nødvendig kapasitet ville anvendes i løpet av kontraktens ulike faser. Den supplerende informasjonen endrer videre ikke på noen måte den informasjonen som allerede forelå. Når det gjelder den ettersendte bemanningsoversikten, er det ikke særlig tvilsomt at dette innebar en utdypning av informasjonen om at nødvendige ressurser av de 60 ansatte ville bli benyttet ved gjennomføringen. Hertil kommer at kriteriet "*Organisering*" kunne forstås slik at det var nok å redegjøre for antall ansatte, så lenge dette viste at leverandøren var tilstrekkelig bemannet.

- (64) Skrankene i retten til å be om supplerende opplysninger, er særlig begrunnet i hensynet til likebehandling. Hvorvidt en leverandør gis et konkurransefordel ved å kunne supplere inngitte opplysninger, bør derfor være sentralt i vurderingen av hvilket spillerom oppdragsgiver har. I foreliggende sak er det ikke holdepunkter for at klager fikk en konkurransefordel ved forespørselen om supplerende dokumentasjon.
- (65) Klagenemnda er kommet til at innklagede hadde rett til å anmode klager om ettersending av fremdriftsplan og nærmere informasjon over personer som skulle utføre oppdraget, i medhold av forskriften § 21-4. Innklagede har etter dette brutt forskriften § 22-3 (5), ved å annullere en lovlig tildelingsbeslutning om å tildele kontrakt til klager.
- (66) Klagenemnda finner ikke grunn for å uttale seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12.
- (67) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region nord har brutt forskriften § 22-3 (5) ved å annullere en lovlig tildelingsbeslutning om å tildele kontrakt til klager.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram, eller har ikke blitt behandlet.

Bergen, 27. mai 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl