



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av byggherreombud i forbindelse med byggearbeid knyttet til Svolvær politistasjon. Klager ble først tildelt kontrakt, men innklagede avviste senere klager med henvisning til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 13-3 (4) ved å avvise klager, da innklagede ikke hadde påvist at det forelå feil ved den første vurderingen av klagers kvalifikasjoner.

Klagenemndas avgjørelse 16. september 2014 i sak 2012/215

Klager: DAPA AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Siri Teigum og Andreas Wahl

Saken gjelder: Omgjøring av tildelingsbeslutning. Avvisning.

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. april 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rådgivningstjenester for prosjektet "*Prosjekt 11839 Svolvær politistasjon H002 Byggherreombud*". Angitt CPV-klassifisering var 71315200. Anskaffelsens verdi var angitt til 800 000 kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 29. mai 2012.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var det blant annet stilt krav om tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det første kravet var at "*Det kreves at tilbyder (firmaet) har erfaring med oppdrag av relevant størrelse og kompleksitet*". Dette skulle dokumenteres med følgende:

"Liste over relevante referanseprosjekter, herunder opplysninger om;

- * oppdragets verdi/art*
- * størrelse i areal*
- * entrepriseform*
- * tidspunkt for utførelse*
- * overføringsverdi*
- * rolle i prosjektet".*

- (3) Det andre kravet var at "*Det kreves at tilbyder (firmaet) har den kompetanse og erfaring som er nødvendig for å ivareta rollen som SHA-koordinator i prosjekterings- og utførelsesfasen på en god måte*". Dette skulle dokumenteres ved "*Referanseprosjekter hvor tilbyder (firmaet) har hatt rollen som SHA-koordinator i prosjekterings- og utførelsesfasen*".

- (4) I henhold til konkurransegrunnlaget punkt 4.5 skulle kontrakt tildeles det tilbudet som var det økonomisk mest fordelaktige, basert på pris, vektet 70 %, og *"Kvalitet, herunder tilbudte personers kompetanse og erfaring inkl. kompetanse og erfaring som SHA-koordinator"*, vektet 30 %.
- (5) Statsbygg AS mottok tilbud fra DAPA AS (klager) og Asplan Viak AS innen fristen.
- (6) I tilbudet fra klager datert 28. mai 2012, var det opplyst at tilbudt byggherreombud var Ove-H Lorentzen, som var ansatt i klagers foretak, og at stedfortreder var Bertil Stokvik, ansatt i firmaet LoTi AS. Det var opplyst at sistnevnte skulle være stedfortreder ved sykdom, ferieavvikling, langtidsfravær og lignende.
- (7) Vedlagt tilbudet var opplistet ulike referanseprosjekter. For prosjektkoordinator var det oppgitt tre ulike prosjekter på totalentreprise hvorav det for to av prosjektene fremgikk at rollen hadde vært *"SHA-Koordinator og daglig leder hos totalentreprenøren"*. Det var samtidig beskrevet hvordan prosjektene hadde overføringsverdi. Det var også oppgitt referanseprosjekt for *"Daglig leder"* og tre prosjekt for *"Stedfortreder"*. Det fremgikk av listen at referanseprosjektene var utført i tidsrommet 2000-2011. Vedlagt tilbudet var også CV for Lorentzen. Det fremgikk at Lorentzen frem til 2012, var ansatt i andre firma enn klagers foretak.
- (8) I tilbudet var også vedlagt CV for Stokvik. Det fremgikk av denne at Stokvik var ansatt i LoTi AS, og ikke hadde et ansettelsesforhold i klagers foretak. Vedlagt tilbudet var også en forpliktelserklæring fra Stokvik datert 29. mai 2012.
- (9) I tilbudet var det også opplyst at klagers foretak ikke var registrert i merverdiavgiftsregisteret før april 2012.
- (10) I tilbudsinnstillingen datert 2. juli 2012 fremgikk det at begge tilbyderne var kvalifisert og at klager ville tildeles kontrakten. Asplan Viak AS klaget på tildelingsbeslutningen i brev av 9. juli 2012, med henvisning til at klager ikke var kvalifisert.
- (11) Innklagede avviste deretter klager i brev av 10. september 2012. Innklagede begrunnet avvismingen med at innklagede i den opprinnelige vurderingen hadde lagt vekt på den erfaring Lorentzen hadde fra andre firmaer. Innklagede hadde opprinnelig vurdert det som relevant å legge vekt på denne erfaringen, da det var tale om et nystartet firma og at det var tale om leveranse som kunne leveres av kun én saksbehandler. Innklagede viste til at kravet om at firmaet måtte ha denne erfaringen, kunne synes noe strengt. Etter en ny vurdering, kom innklagede imidlertid frem til at det kun var den erfaring firmaet selv hadde som kunne brukes til å dokumentere at tilbyderen hadde de nødvendige tekniske og faglige kvalifikasjonene. Klager ble dermed avvist med henvisning til forskriften § 11-10. Til sist var det opplyst at også tilbudet fra Asplan Viak var avvist fordi firmaet allerede hadde en rolle i prosjektet, som ikke var i overensstemmelse med kravet til byggherreombudets uavhengighet.
- (12) Beslutningen ble påklaget av klager 11. september 2012. Innklagede meddelte klager i brev av 18. september 2012 at klagen ikke ble tatt til følge.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) i brev datert 9. oktober 2012.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. september 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager er urettmessig avvist fra konkurransen. Klager oppfyller de kvalifikasjonskrav som var satt i konkurransen, enten direkte eller gjennom å støtte seg på andre foretak.
- (16) Subsidiært er konkurransen gjennomført i strid med krav om gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet, forutberegnelighet og likebehandling. Det foreligger også brudd på krav om forholdsmessighet og god anbudsskikk.
- (17) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om klagers rett til erstatning.

Innklagedes anførsler:

- (18) Klagers anførsler bestrides.
- (19) Det fremgår av regelverket at oppdragsgiver både kan og skal omgjøre en feilaktig tildeling så lenge kontrakt ikke er signert. Etter klage på tildeling av kontrakt, foretok innklagede en ny vurdering av om kvalifikasjonskravet til erfaring var oppfylt for klager. Ordlyden i kriteriet sier at det er tilbyderens egen erfaring det settes krav til, som er ytterligere poengtert ved at det i parentes er presisert at det er firmaets erfaring som er relevant. Det er da ikke anledning til å vektlegge annet enn firmaets erfaring. Innklagede fant da at det ikke var anledning til å vektlegge saksbehandlers erfaring fra tidligere arbeidsgivere i forbindelse med det aktuelle kriteriet. Klager oppfylte ikke kriteriet og ble derfor avvist.
- (20) Innklagede hadde heller ikke anledning til å vektlegge firma som klager skulle støtte seg på i konkurransen i kvalifikasjonsvurderingen. Firmaet skulle i svært liten grad benyttes i gjennomføringen av oppdraget. Når firmaet ikke var involvert i den daglige gjennomføringen av oppdraget, vil det heller ikke kunne veie opp for de mangler som klager hadde vedrørende kvalifikasjonskriteriene.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av byggherreombud for prosjektet "*Prosjekt 11839 Svolvær politistasjon H002 Byggherreombud*", som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 12. Anskaffelsens verdi er estimert til 800 000 kroner. 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. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (22) Klager anfører at klager feilaktig er avvist fra konkurransen. Det vises til at klager oppfylte de tekniske og faglige kvalifikasjonskravene.
- (23) Klager ble først meddelt at kontrakt ville bli tildelt klager. Innklagede besluttet deretter å avvise klager, med henvisning til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 11-10. Spørsmålet er om innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og i stedet avvise klager.

- (24) Det følger av forskriften § 13-3 (4) at oppdragsgiver kan annullere en tildelingsbeslutning frem til kontraktsinngåelse, dersom *"beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud)"*. Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning, herunder verken tildelingsevaluering eller vurdering av kvalifikasjoner, ut fra en endret skjønnsutøvelse, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2010/272 premiss (66), 2010/114 og 2013/14.
- (25) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a, at *"[o]ppdragsgiver skal avvise leverandører som [...] ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*.
- (26) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var det stilt krav om at *"Det kreves at tilbyder (firmaet) har erfaring med oppdrag av relevant størrelse og kompleksitet"*. Dette skulle dokumenteres med liste over relevante referanseprosjekter, herunder opplysninger om oppdragets verdi/art, størrelse i areal, entrepriseform, tidspunkt for utførelse, overføringsverdi og rolle i prosjektet. Det andre kravet var at *"Det kreves at tilbyder (firmaet) har den kompetanse og erfaring som er nødvendig for å ivareta rollen som SHA-koordinator i prosjekterings- og utførelsesfasen på en god måte"*. Dette skulle dokumenteres ved referanseprosjekter hvor *"tilbyder (firmaet)"* hadde hatt rollen som SHA-koordinator i prosjekterings- og utførelsesfasen.
- (27) Innklagede har forklart at innklagede ved den opprinnelige vurderingen av om klager var kvalifisert, la vekt på den erfaring som det tilbudte byggherreombud Lorentzen hadde hatt i andre firmaer. Bakgrunnen var at klagers foretak var nyetablert, at det var tale om leveranse som kunne leveres av en enkelt saksbehandler alene, og at kravet om at firmaet måtte ha denne erfaringen da var noe strengt. Etter en klage på tildelingsbeslutningen, la innklagede til grunn at klager likevel ikke oppfylte kvalifikasjonskravet. Grunnen var at det etter innklagedes vurdering kun var adgang til å vektlegge firmaets erfaring/ referanser, og ikke den ansattes erfaring fra andre firma. Klagers firma kunne ikke vise til erfaring fra byggebransjen generelt og virksomhet som byggherreombud spesielt.
- (28) Det er altså ingen uenighet mellom partene om at erfaringen fra klagers tilbudte byggherreombud var relevant og tilstrekkelig for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Spørsmålet er om utformingen av kvalifikasjonskravet, hvor det henvises til at det er *"tilbyderen"*, og i parentes *"firmaet"*, som skal oppfylle de angitte kvalifikasjonskrav, forhindret innklagede å legge vekt på erfaringen som klagers tilbudte konsulent har opparbeidet seg gjennom tidligere ansettelsesforhold.
- (29) Generelt gjelder at kvalifikasjonskrav *"skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres"*, jf. forskriften § 8-4 (2). Den foreliggende anskaffelsen gjelder bistand som byggherreombud for et konkret prosjekt, og hvor det er nærliggende å se det slik at det først og fremst vil være viktig at den eller de tilbudte konsulenter har de nødvendige kvalifikasjoner og erfaring. Også dokumentasjonskravet til kvalifikasjonskravene var delvis rettet mot erfaring som gjaldt enkeltpersoner i firmaet, ved at det skulle opplyses om henholdsvis *"rolle i prosjektet"* og *"rollen som SHA-koordinator i prosjekterings- og utførelsesfasen"*.
- (30) Kvalifikasjonskravet henviser riktignok til tilbyders og firmaets erfaring. Ved en tjeneste som den foreliggende, er imidlertid firmaets erfaring og kompetanse først og fremst et

resultat av den kompetanse og erfaring som de ansatte besitter. Det er ingen grunn til å avskjære kompetansen utelukkende fordi den er opparbeidet i et annet firma.

- (31) Det er også andre forståelser av henvisningen til tilbyders og firmaets erfaring som er mer nærliggende. Formuleringen synes å vise til normalsituasjonen, hvor det er firmaets samlede kompetanse og erfaring som kan vektlegges ved kvalifikasjonsvurderingen. Det har formodningen mot seg at formuleringen skal forstås slik at den avskjærer adgangen til å vektlegge kompetanse og erfaring som en ansatt i et firma har opparbeidet seg andre steder, om denne kompetansen og erfaringen i seg selv er tilstrekkelig for det oppdraget saken gjelder. Klagenemnda kan ikke se at denne forståelsen av kvalifikasjonskravet er uforenlig med tildelingskriteriet *"Kvalitet, herunder tilbudte personers kompetanse og erfaring inkl. kompetanse og erfaring som SHA-koordinator"*.
- (32) Som nevnt vurderte innklagede opprinnelig det slik at det kunne legges vekt på den erfaring som Lorentzen hadde hatt i andre firmaer. Bakgrunnen var at klagers foretak var nyetablert og at det var tale om leveranse som kunne leveres av en enkelt saksbehandler alene, og at kravet om at firmaet måtte ha denne erfaringen da var noe strengt. Dette fremstår som en fullt ut forsvarlig vurdering, som heller ikke utformingen av kvalifikasjonskravet stenger for. Dette innebærer at innklagede ikke kunne endre vurderingen av at klager var kvalifisert, jf. forskriften § 13-3 (4). Klager kan derfor ikke avvises etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (33) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, tar nemnda ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Statsbygg har brutt forskriften § 11-10 (1), jf. forskriften § 13-3 (4), ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og avise klager.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum