



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Bjørn Jarbo M.N.A
Akersgt 8
0158 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2012/0224-12

Dato:
09.07.2014

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 25. oktober 2012 vedrørende anskaffelse av "*Bygningsmessige arbeider ved byggeprosjektet K201: Nye FH-boliger i Drangedal sentrum*". Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er dels at klagen klart ikke kan føre fram og dels at en avgjørelse av én av klagers anførsler krever en fagkyndig kompetanse som klagenemnda ikke besitter. 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) Drangedal kommune v/ Drangedal kommunalteknisk drift og eiendomsforvaltning KF (heretter innklagede) kunngjorde 30. januar 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av "*Bygningsmessige arbeider ved byggeprosjektet K201: Nye FH-boliger i Drangedal sentrum*". Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.2) angitt til å være 9. mars 2012.

- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.4, "*FORBEHOLD*", var det inntatt følgende om forbehold til tilbudet:

"Det kan ikke tas vesentlige forbehold.

*Forbehold skal være presise og entydige, og skal være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere avvikene uten kontakt med leverandør. De skal enten være prissatt eller beskrevet på en slik måte at **tilbyder** kan vurdere deres økonomisk verdi."*

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2, "*KVALIFIKASJONSKRAV*", var det angitt følgende i underpunkt 1 og 2:

"1. Firmaets kapasitet.

Leverandøren skal ha kapasitet tilstrekkelig til å gjennomføre oppdrag av denne størrelse og kompleksitet.

Dokumentasjon:

1.1 Oversikt over leverandørens gjennomsnittlige arbeidsstyrke og antall medarbeidere i den administrative ledelsen i løpet av de siste tre år, oppdragsmengde/ledig kapasitet og evt. samarbeidende parter (maks 1 A4side). Også firmaets omsetning fra regnskapet vil bli vurdert under dette punkt.

1.2 Dersom tilbyder vil støtte seg på underleverandører skal det legges frem en forpliktelseserklæring, eller annen egnet dokumentasjon, som viser at tilbyder vil ha rådighet over de nødvendige ressursene i hele kontraktperioden.

2. Firmaets kompetanse (generelt og for planlagt bemanning av prosjektet).

Det stilles krav om erfaring med gjeldende entreprisemodell og erfaring med prosjekter av tilsvarende størrelse og kompleksitet. Som alternativ til erfaring med entrepriseformen "administrerte sideentrepriser med byggentreprenøren som administrerende sideentreprenør", godtas også tilsvarende erfaring fra hovedentreprise.

Det stilles krav om ansvarsrett som angitt i kap. 1.9 (Offentlig byggesaksbehandlingforholdet til plan- og bygningsloven) i Bok 0.

Byggeplassadministrasjonen og øvrig bemanning på byggeplassen skal ha tilstrekkelig erfaring og utdanning til å gjennomføre oppdrag av denne størrelse og kompleksitet. Byggeadministrasjonen skal ha erfaring og utdanning til å lede prosjektet mens øvrig bemanning skal ha erfaring og utdanning til å utføre byggearbeidene.

Hvis deler av bemanningen på byggeplassen ikke er norskspråklig, skal firmaets kvalitetssikringsrutiner også beskrive rutiner for kommunikasjon på byggeplassen, for å unngå misforståelser, uhell og ulykker.

Dokumentasjon:

2.1 Oversikt over formell faglige kompetanse i firmaet, erfaring generelt og evt. spesiell kompetanse (maks 2 A4 sider).

(..)

2.4 Beskrivelse av roller, utdanning og yrkespraksis for personer som tilknyttes byggeplassadministrasjonen og for øvrig bemanning.

Nøkkelpersonell, som entreprenørens prosjektleder, byggeleder/byggeledere (også betegnet formann/formenn; bas/baser) og SHA/HMS-ansvarlig, skal oppgis. Videre skal den enkelte tilbudte persons kompetanse og erfaring dokumenteres ved CV-er og attester. Evt. legges også ved egne oversikter over referanseprosjekter for hver medarbeider med følgende opplysninger (hvis dette ikke fremgår av CV-er og attester):

- Rolle i prosjektet.
- Referanseperson hos oppdragsgiver.
- Type bygg og eventuelt type anlegg for tekniske entrepriser.

- Entreprensemødel.
- Størrelse på kontrakten.

For øvrig bemanning beskrives typisk utdanning og yrkespraksis mer generelt for personers ulike roller (f.eks. opplysninger om hvorvidt det benyttes fagarbeidere med fagbrev, ufaglærte, etc. og hvor lang og relevant erfaring medarbeiderne har)."

- (4) I samme punkt i konkurransegrunnlaget, siste avsnitt, fremgikk det følgende om avvisning av tilbud:

"Avvisning av tilbudet:

I tillegg til ovennevnte, som gjelder oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav og evt. avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, gjelder forskriftens bestemmelser om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet i §§11-11 (forbehold, avvik, feil, ufullstendigheter mv.) og 11-12 (unormalt lave tilbud)."

- (5) Det fremgikk av kravspesifikasjonen, kapittel 5 om "BETONGARBEID" i post 216.30 - 32 følgene om krav til lambdaverdier:

"216.30 SB5.122926

[..]

Krav til fysiske egenskaper:

XPS 140

Lambda: 0,031 W/m°C"

"216.31 SB5.122946A

[..]*Krav til fysiske egenskaper:*

XPS 90.

Lambda: 0,031 W/m°C"

"216.32 SB5.122946

[..]*Krav til fysiske egenskaper:*

XPS 90.

Lambda: 0,031 W/m°C"

- (6) Av konkurransegrunnlaget, kapittel 12, "Tømrearbeid", fremgikk det følgende om farger:

"12.23.4.02 QK5.22192

KLEDNING AV PLANE PLATER PÅ VERTIKALE

FLATER UTVENDIG

MATERIALE: STENIPLATE eller tilsv.

UTFØRELSE: SKRUDD

Lokalisering: kfr. hovedpost

Fasadeplater, av type Steni eller tilsvarende.

Farge: kfr. arkitekt

12.23.6.07 QK5.22192

KLEDNING AV PLANE PLATER PÅ VERTIKALE

FLATER UTVENDIG

MATERIALE: STENIPLATE eller tilsv.

UTFØRELSE: SKRUDD

*Lokalisering: Mellom dører som vist på skjemategning
Fasadeplater, av type Steni eller tilsvarende.*

Farge: kfr. arkitekt".

- (7) Innklagede mottok seks tilbud, deriblant fra LKC AS (heretter klager), og Telemark Vestfold Entreprenør AS (heretter valgte leverandør).

- (8) I tilbudet fra klager var det oppgitt at:

"LKC har all sin virksomhet for offentlige oppdragsgivere over hele sentrale Østlandet. Vi har derfor et meget stort register over entreprenører og leverandører i alle fylker som ønsker å arbeide for LKC. Alle våre underentreprenører må gjennom inntakskontroll, kapasitet og økonomi, for å kunne være med i konkurranse på våre prosjekt.

LKC benytter kun leverandører og underentreprenører som har kapasitet, (nok mannskap med kompetanse, utstyr) økonomi og kan oppfylle kontrakten med de samme betingelser som LKC har overfor Byggherre.

Skulle vi tilby en underentreprenør som Byggherre har "svartelistet" vil denne bli byttet ut med annen entreprenør."

- (9) Det fremgikk av tilbudsbrevet fra valgte leverandør at selskapet hadde seks "[f]orbehold/merknader":

Kapittel 4, Peling

I kapittel 4 er det henvist til en grunnrapport fra grunnteknikk. Vi kan ikke se å ha mottatt denne grunnrapporten, og vi forutsetter at nødvendige arbeider er beskrevet i mottatt mengdebeskrivelse.

Kapittel 05, Betongarbeid

Det er ikke samsvar mellom beskrivelse og tegning hva gjelder grunnisolasjon, i tillegg har ikke vi funnet en leverandør som kan levere lambda verdier som angitt. Vi presiserer derfor hva vi har priset, i tillegg har vi satt opp en prismatrise om dere ønsker å foreta endringer ved evaluering av hva vi har tilbudt.

Post 05.216.32

Her har vi priset 70mm XPS med langtidslast på 90 KN/m² og en lambda verdi på 0,034-0,037 w/m°C. Vi kan ikke se at det finnes en leverandør som kan levere XPS med en lambdaverdi på 0,031 w/m°C.

Post 05.232.13

Her har vi priset 50mm EPS S80 med langtidslast på 24 KN/m² og en lambdaverdi på 0,038 w/m°C

Post 05.232.14, 15 og 16

Her har vi priset 150mm EPS S80 med langtidslast på 24 KN/m² og en lambdaverdi på 0,038 w/m°C

Post 05.216.30, 31 og 05.231.29

Vi har ikke funnet en leverandør som kan levere kantelement med 150mm XPS og en lambda verdi på 0,031 w/m°C. Vi har priset kantelement med 150mm EPS og med en lambda verdi på 0,038 w/m°C.

Opsjonspriser:

<i>Produkttype</i>	<i>Lambdaverdi</i>	<i>Tykkelse</i>	<i>Pris/m2 ferdig montert</i>
<i>XPS, Langtidslast 90KN/m2</i>	<i>0,034-0,037 w/m°C.</i>	<i>50mm</i>	<i>Kr. 75,80 pr.m2</i>
<i>XPS, Langtidslast 90KN/m2</i>	<i>0,034-0,037 w/m°C.</i>	<i>100mm</i>	<i>Kr. 125,40 pr.m2</i>

Kapittel 12, Tømrerarbeider

Post 12.23.4.02 og 07

Her har vi priset 6mm Sten i Color halvblank ihht. std fargekart.

Kapittel 15, Dører

Post. 15.23.1.04

Vi har ikke lyktes med å finne en leverandør som kan levere beskrevet dør ihht. dørskjema som har godkjenning B30. Leveranse av dører til passivhus er relativt nytt og det foreligger per dd. ikke godkjente tester på alle dørformater. Beskrevet dør er bygget og skiltes som B30, men har ikke gjennomført test. Brannkonsulent må vurdere bruk av dør som ikke er testet. Dør med bredde 1 OM kan imidlertid leveres med godkjent test.

Post 15.23.1.05 og 06

Her har vi priset 6mm Sten i Color halvblank ihht. standard fargekart.

Kapittel 25 Bygningsmessige hjelpearbeider VVS

Post 25.1.2.1-7

Her har vi priset kun hulltaking.

Post 25.8.2.1-7

Her har vi priset kun branntetting.

Hvis det er slik at i post 25.8.2.1-7 skulle vært priset både hulltaking og branntetting, må priser fra post 25.1.2. 1 summeres med post 25.8.2. 1, post 25. 1.2.2 summeres med post 25.8.2.2 osv.

Produkter

Der vi ikke har kommentert produktvalg i dette brevet, leveres produkter som angitt i beskrivelse.

Kontraksbestemmelser

Det vises til pkt. 48 i kontraksbestemmelser der det står følgende:

Det forutsettes at entreprenøren selv foretar nødvendig besiktigelse på stedet for å klarlegge forhold som har, eller kan ha, betydning for gjennomføringen av arbeidene,

og planlegging av rigg og drift og innarbeider disse i sine kostnadskalkyler. Dette gjelder også mht. planlegging og gjennomføring og drift av rigg og riggområde, anleggsveier, byggetomt med evt. tining av is, vinterarbeider/snømåking/brøyting m.m. av hele byggeplassområdet.

Det vil ikke bli innrømmet tillegg for feil eller mangler som skyldes mangelfull registrering av forholdene på, og omkring byggestedet. Dette gjelder i forhold til **byggegrunnen** med omkringliggende områder, og eksisterende bygninger, så vel som hensyn til naboer.

Vi har befart område og fått tilsendt karter fra Geomatikk. Det er i pkt. 48 nevnt ordet byggegrunnen. Vi forutsetter at alle omlegginger av kabler, ledninger etc. i grunnen er beskrevet i mottatt beskrivelse.

Poster som ikke er priset, men som er inkludert i annen post i anbudet

Post 04.20.2

Post 04.215.3"

- (10) I brev datert 15. juni 2012 ble klager avvist med hjemmel i forskriften § 11-10 (1) bokstav a, og med henvisning til manglende oppfyllelse av flere kvalifikasjonskrav, med tilhørende begrunnelse:

"Vi beklager å måtte meddele at dere er avvist fra konkurransen med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (1) a. LKC AS oppfyller ikke alle kvalifikasjonskravene som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen.

Det er i konkurransen oppstilt flere krav til leverandørenes kvalifikasjoner. Blant annet er det stilt krav om "Firmaets kompetanse - generelt og for planlagt bemanning av prosjektet" i tilbudsinnbydelsens kap.3.2 (kvalifikasjonskrav) pkt.2. Kravet er utdypet nærmere, blant annet:

[..]

LKC AS har vært svært lite konkrete mht. opplysninger om "øvrige bemanning", som skal utføre byggearbeidene.

Det følger av tilbud og vedlegg at LKC AS utfører alt ved underentreprise (dvs. en driftsform som enkelte betegner som "ingeniørentreprenør"). Videre fremkommer det i svært generelle vendinger bl.a. følgende om underentreprenørene:

"Alle våre underentreprenører må gjennom inntakskontroll, kapasitet og økonomi, for å kunne være med i konkurranse på våre prosjekt. LKC benytter kun underentreprenører som har kapasitet, (nok mannskap med kompetanse, utstyr), økonomi og kan oppfylle kontrakten med de samme betingelser som LKC har overfor Byggherre. Skulle vi tilby en underentreprenør som Byggherre har "svartelistet" vil denne bli byttet ut med annen entreprenør".

Selv om "øvrige bemanning" ikke kreves navngitt i tilbudsfasen, må det likevel sies noe om hvilke kvalifikasjoner disse har. Informasjonen dere har gitt er ikke avklarende og i tråd med det vi ber om i underpkt.2.4 for "øvrige bemanning". Det at bygget skal bygges som passivhus, vil bl.a. kreve spesielt stor nøyaktighet i håndverksmessig

utførelse (passivhus krever bl.a. spesielt fokus på tetthet både i forhold til fuktsperre, innsetting av vinduer og dører og alle typer gjennomføringer). Dette krever relevant utdanning og yrkespraksis."

- (11) Tilbyderne ble ved brev av 15. juni 2012 meddelt at innklagede hadde valgt å tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (12) Klager påklaget avvisningen ved brev av 19. juni 2012. Innklagede besvarte henvendelsen ved brev 21. juni 2012, og klagen ble ikke tatt til følge. Ved brev av 25. juni 2012 anmodet klager innklagede på nytt om å omgjøre avvisningsbeslutningen. Innklagede besvarte henvendelsen ved brev 28. juni 2012, og opprettholdt avvisningsbeslutningen.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 25. oktober 2012.
- (14) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 2. juli 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Hvorvidt det var riktig av innklagede å avvise klager fra deltagelse i konkurransen

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen under henvisning til at innklagede mener at klager ikke oppfyller en rekke av kvalifikasjonskravene. Klager viser generelt til at avvisningen fremstår som oppkonstruert, da innklagedes begrunnelse ikke gir mening.
- (16) Klager viser for det første til at kvalifikasjonskravet til "*øvrige bemanning*" ikke var beskrevet godt nok. Klager bruker kun underentreprenører, og har ingen egen bemanning bortsett fra administrasjon. Det var ikke mulig å utlede av konkurransereglene at man skulle fremlegge dokumentasjon på underentreprenørens erfaring og kompetanse. Det er mest nærliggende å forstå formuleringen slik at den retter seg mot den bemanning som er ansatt hos tilbyder. Dersom underleverandører motsetningsvis var omfattet, måtte dette vært klart angitt i konkurransegrunnlaget. Klager har i sitt tilbud listet opp de underentreprenører og underleverandører som skal utføre arbeidet for klager. Selskapene innehar spesialkompetanse.
- (17) For det tilfellet at underentreprenører er omfattet av "*øvrige bemanning*", viser klager til at det uansett er gitt en beskrivelse i henhold til konkurransegrunnlaget, da det kun er bedt om en generell beskrivelse. Dersom det korrekte skulle være å legge frem lister over samtlige ansatte hos underleverandører ville dette vært meningsløst, da det er kompetanse som skal benyttes på prosjektet som er avgjørende. Heller ikke valgte leverandør har gitt en beskrivelse av øvrig personell.
- (18) Klager er av den oppfatning at den egentlige begrunnelsen for avvisning av klager er at innklagede ikke ønsker leverandører som utelukkende benytter seg av underleverandører. Dette strider mot prinsippet om forutberegnelighet.
- (19) Klagers øvrige anførsler knyttet til hvorvidt innklagede hadde plikt eller rett til å avvise selskapet vil ikke bli gjengitt, basert på det resultat sekretariatet er kommet til nedenfor.

Hvorvidt det var riktig å ikke avvise valgte leverandørs tilbud

- (20) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å ha avvist valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandør har tatt flere forbehold, og disse forbeholdene skulle etter klagers syn medført avvisning etter forskriften § 11-11.
- (21) For det første har valgte leverandør tatt forbehold mot kontraktsbestemmelsene i punkt 48, ved at valgte leverandør har tatt forbehold om byggegrunnen og at kart fra Geomatikk stemmer med beskrevne arbeider i beskrivelsen. Dette innebærer at valgte leverandør vil kunne påberope seg tillegg i byggetid dersom dette forsinker oppstart i andre arbeider. Hensett til at valgte leverandør har tatt dette forbeholdet, er det åpenbart at selskapet mener det foreligger en risiko for tilleggskostnader, ellers ville forbeholdet vært uten betydning. Det er ikke mulig for innklagede å beregne kostnadene ved dette forbeholdet.
- (22) For det andre medfører valgte leverandørs forbehold knyttet til kapittel 5 om betongarbeid, at selskapet vil kunne gi en lavere pris enn klager. Valgte leverandør har priset med EPS S80, som ikke ivaretar beskrevet lambdaverdi $0,031 \text{ Wm}^\circ\text{C}$, eller langtidslast på 90 KN/m^2 . Det er oppgitt opsjonspris på XPS med langtidslast 90 KN/m^2 , men ingen av tilbudte produkter ivaretar kravet til lambdaverdi $0,031 \text{ Wm}^\circ\text{C}$, som har stor betydning i passivhus. Det finnes for øvrig leverandører av produkter med beskrevet lambdaverdi $0,031 \text{ Wm}^\circ\text{C}$, som har lik trykkfasthet som EPS S80 24 KN/m^2 . Dette er en trykkfasthet som er svært vanlig å benytte under gulv. Beskrevet isolasjon, som er det klager har gått ut fra i sitt tilbud, har omtrent dobbel pris i forhold til det som er beskrevet i forbeholdet fra valgte leverandør.
- (23) For det tredje har valgte leverandør på post 12.23.4.02 og 07 tatt forbehold ved at selskapet har priset i henhold til standard fargekart. Beskrivelsen sier at farger skal konfereres med arkitekt. Det vil si at arkitekt bestemmer fargene og således kan velge farger som ligger utenfor standard fargekart, noe som er vanlig. Klager har innkalkulert dette i sin pris. Klager fremholder at det normale er at konkurransegrunnlaget opererer med uttrykket "*standard fargekart*" dersom dette er kravet. Klager har i sitt tilbud tatt høyde for at arkitekt ville kunne velge spesialfarge. Det nevnes at selskapet nylig har vært gjennom en tilsvarende problemstilling, hvor valgte arkitekt hadde spesialfarger på en del av platene. Dette medførte økte kostander for klager på 150 00 kroner. Dersom arkitekten hadde valgt spesialfarge på alle platene, ville kostnadene økt.
- (24) For det fjerde medfører valgte leverandørs forbehold til postene 25.1.2.1 til 7 at selskapet vil ha krav på tillegg for branntetting, da det kun var priset hulltaking. Dette gjelder totalt 155 hulltakinger som mangler branntetting slik beskrivelsen sier. Klager fremholder at det i beskrivelsen fremgår at hulltaking skal inkludere branntetting. Klager har priset både hulltakingen og den etterfølgende tettingen.

Innklagedes anførsler:

Hvorvidt det var riktig av innklagede å avvise klager fra deltagelse i konkurransen

- (25) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å ha avvist klager fra konkurransen da selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravene. Det vises til at klagers eneste dokumentasjon på kvalifikasjoner hos "*øvrig bemanning*" er en setning om at underleverandørene må gjennom "*inntakskontroll, kapasitet og økonomi*". Det ble i

konkurransegrunnlaget fremsatt krav om at "*øvrige bemanning*" skulle dokumenteres ved utdanning og yrkespraksis. Det er i klagers tilbud ikke sagt noe om underentreprenørenes kompetanse eller erfaring. Det er derfor ikke mottatt tilstrekkelig dokumentasjon til å kunne foreta en vurdering av om kvalifikasjonskravet er oppfylt. Det var ikke uklart at det måtte leveres dokumentasjon på "*øvrige bemanning*" uavhengig av om tilbyderne skulle benytte egne ansatte eller underleverandører.

- (26) Det fremstår som useriøst å påstå at bruk av underentreprenører fritar tilbyder fra å dokumentere kvalifikasjoner av noe slag. Et slikt synspunkt ivaretar heller ikke kravet til likebehandling i forhold til bedrifter med egne ansatte, som utfører sentrale arbeider som egne arbeider. Det påpekes at nivået for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.
- (27) Innklagede stiller seg utenforstående til at avvisningen fremstår som oppkonstruert da vurderingene av leverandørenes kvalifikasjoner er gjort på bakgrunn av oppsatte kvalifikasjonskrav og i henhold til lov om offentlige anskaffelser § 5 om likebehandling av leverandørene.
- (28) Innklagedes øvrige anførsler knyttet til hvorvidt innklagede hadde plikt eller rett til å avvise klager vil ikke bli gjengitt, basert på det resultat sekretariatet er kommet til nedenfor.

Hvorvidt det var riktig å ikke avvise valgte leverandørs tilbud

- (29) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å ikke ha avvist valgte leverandør sitt tilbud som følge av valgte leverandørs forbehold. Innklagede har vurdert forbeholdene til valgte leverandør i henhold til regelverket og de vilkårene som fremgår av konkurransegrunnlaget. Verdifastsettelsen av forbehold er for øvrig underlagt innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, og kan i begrenset grad overprøves av klagenemnda. Valgte leverandørs forbehold er tydelige og enkle å kostnadsberegne, og har ikke karakter av vesentlige forhold mot kontraktsvilkårene. Det er tatt hensyn til forbeholdene i vurderingen av tilbudet og det har ingen betydning for rangeringen mellom tilbyderne som ikke er avvist. Forbeholdene bærer motsetningsvis mer preg av en seriøs og samvittighetsfull entreprenør, som har satt seg godt inn i beskrivelsen.
- (30) Som følge av forbeholdet tatt av valgte leverandør til betongarbeid i kapittel 5, er det beregnet en tilleggssum i henhold opsjonsprisene som er lagt til totalsummen fra valgte leverandør.
- (31) Hva gjelder forbehold til post 12.23.04 og 07 bestrides det at klagers oppfatning av priskonsekvens er korrekt. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at det skal konfereres med arkitekt vedrørende farger. Det står intet om at det ikke kan velges fra "*standard fargekart*". Det er for øvrig 44 standardfarger hos Steni, så det er uansett ikke et reelt problem at valgte leverandør har valgt å levere dette produktet. De fleste øvrige produsenter har færre farger å velge i.
- (32) Vedrørende forbeholdet knyttet til branntetting gjelder dette to ulike hovedposter. Det ene dreier seg om hulltaking og den andre om branntetting. I underpostene er det presisert at dimensjonen på åpningen inkluderer branntetting. Dette skyldes at det ikke skal tas for store åpninger og brukes for mye branntettmasse. Det er selvsagt ikke aktuelt å ta hull og branntette to ganger. Det innebærer at kommentaren fra valgte leverandør er overflødig, men riktig.
- (33) Når det gjelder forbeholdet mot kontraktsbestemmelsene og byggegrunn/grunnforhold, er dette uproblematisk. Det foreligger ingen overraskelser i grunnen i den aktuelle myr

– og fjellgrunn. Dette er perifert og utgjør ikke et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene.

Sekretariatets vurdering:

- (34) 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 *"Bygningsmessige arbeider ved byggeprosjektet K201: Nye FH-boliger i Drangedal sentrum"*. Det er opplyst å være en bygge- og anleggsanskaffelse. 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 del II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det var riktig av innklagede å avvise klager fra deltagelse i konkurransen

- (35) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra deltagelse i konkurransen som følge av at innklagede mener at klager ikke oppfylte en rekke av kvalifikasjonskravene. Dersom innklagede har foretatt en avvisning som ikke har hjemmel i en av avvisningsbestemmelsene, vil dette utgjøre et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1. Spørsmålet i det følgende blir om innklagede hadde plikt til å avvise klager med hjemmel i forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (36) Etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a har oppdragsgiver plikt til å avvise en leverandør som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltagelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3"*.
- (37) Når det gjelder firmaets kompetanse, var et av kvalifikasjonskravene at *"[b]yggeplassadministrasjonen og øvrig bemanning på byggeplassen skal ha tilstrekkelig erfaring og utdanning til å gjennomføre oppdrag av denne størrelse og kompleksitet. Byggeadministrasjonen skal ha erfaring og utdanning til å lede prosjektet mens øvrig bemanning skal ha erfaring og utdanning til å utføre byggearbeidene."* For "øvrig bemanning" fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 2.4 at kvalifikasjonene skulle dokumenteres ved å *"beskrive[...] typisk utdanning og yrkespraksis mer generelt for personer [med] ulike roller (f.eks. opplysninger om hvorvidt det benyttes fagarbeidere med fagbrev, ufaglærte, etc. og hvor lang og relevant erfaring medarbeiderne har)."*
- (38) Ved vurderingen av om tilbyderne oppfyller kvalifikasjonskravene utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda, jf. klagenemndas sak 2012/107 premiss (20). Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes vurdering er usaklig eller uforsvarlig, om den er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, og om den er basert på korrekt faktum.
- (39) Klager benytter kun underentreprenører, og har ingen egen bemanning bortsett fra administrasjonen. Klager anfører at det ikke var naturlig å forstå konkurransegrunnlaget slik at kravet til kvalifikasjoner hos *"øvrig bemanning"* omfattet underleverandører, slik at det skulle vært fremlagt dokumentasjon på underentreprenørenes erfaring og kompetanse. Innklagede anfører på sin side at det ikke kan ha vært uklart at slik dokumentasjon måtte leveres, uavhengig av om det var egne ansatte eller underentreprenører som skulle utføre arbeidet. Det første spørsmålet er derfor om *"øvrig bemanning"* må anses for å kun omfatte tilbyders egne ansatte eller om dette også må anses for å omfatte underentreprenører.

- (40) En naturlige forståelse av "*øvrige bemanning*" kan isolert sett tilsi det personell som skal benyttes ved utførelsen av arbeidene, uavhengig av om det er eget personell eller underentreprenører. En slik forståelse støttes opp av at kravet er knyttet til øvrige bemanning "*på byggeplassen*". At det andre steder i konkurransegrunnlaget, eksempel i punkt 3.2, underpunkt 1, uttrykkelig er brukt definisjonen "*underleverandører*" kan imidlertid tilsi at kun i de tilfeller der det uttrykkelig vises til underleverandører skal opplysninger om disse legges ved.
- (41) Hensynet bak kvalifikasjonsreglene er å sikre at oppdragsgiver, i en konkret anskaffelse, velger pålitelige leverandører som rent faktisk er i stand til å gjennomføre kontraktene på en god måte. Det tilsier derfor at "*øvrige bemanning*" er ment å omfatte det personell som faktisk skal utføre arbeidet. Kun på denne måten kan oppdragsgiver få informasjon om leverandøren har kvalifikasjonene som etterspørres. Klager har ingen egne ansatte, og benytter seg fullt ut av underentreprenører, hvilket innebærer at det er underentreprenørene som skal utføre arbeidet på vegne av klager. Det taler for at underentreprenørene må anses som "*øvrige bemanning*". Dersom "*øvrige bemanning*" ubetinget rettet seg mot egne ansatte ville kravet fått ulik betydning for tilbyderne avhengig av om tilbyderne benytter seg av underleverandører eller egne ansatte. Når en tilbyder ikke innehar kompetansen selv, må kompetansen innhentes på annen måte, og den eksterne kompetansen må deretter dokumenteres ovenfor oppdragsgiver. Det ville vært lite heldig om dokumentasjon kun måtte fremlegges ved bruk av egne ansatte, og formålet bak kvalifikasjonskravet ville da ikke vært overholdt.
- (42) Etter dette må kvalifikasjonskravet "*øvrige bemanning*" etter sekretariatets syn forstås slik at det omfatter alt personell som tilbyderne faktisk stiller til disposisjon for innklagedes arbeid, altså både egne ansatte og underentreprenører.
- (43) Avgjørende for om avvisningen av klager var rettmessig er dermed om klager har godtgjort at denne var kvalifisert ved de underentreprenører klager skal bruke til å utføre arbeidene for innklagede. Dette må vurderes på basis av den dokumentasjon klager innga vedrørende dette i sitt tilbud.
- (44) Klager opplyste i sitt tilbud at alt arbeid under kontrakten ville bli utført av underentreprenører. Klagers dokumentasjon på kvalifikasjoner hos "*øvrige bemanning*" var begrenset til å fremholde at "*[a]lle våre underentreprenører må gjennom inntakskontroll, kapasitet og økonomi, for å kunne være med i konkurranse på våre prosjekt. Videre fremgikk det av tilbudet at "LKC benytter kun leverandører og underentreprenører som har kapasitet, (nok mannskap med kompetanse, utstyr) økonomi og kan oppfylle kontrakten med de samme betingelser som LKC har overfor Byggherre. Skulle vi tilby en underentreprenør som Byggherre har "svartelistet" vil denne bli byttet ut med annen entreprenør."*
- (45) Det er klart at innklagede ikke krevde navngitte personer med komplett CV på dette punktet, men kravet måtte forstås slik at det skulle gis opplysninger utover det helt generelle, herunder hvilken type erfaring og utdanning det tilbudte personellet hadde, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.2, underpunkt 2, siste avsnitt, hvor det konkret var angitt at dokumentasjonen typisk skulle beskrive "*utdanning og yrkespraksis mer generelt for personer ulike roller (f.eks. opplysninger om hvorvidt det benyttes fagarbeidere med fagbrev, ufaglærte, etc. og hvor lang og relevant erfaring medarbeiderne har).*"

- (46) Etter sekretariatets syn, er de beskrivelser klager her har gitt altfor generelle og uforpliktende til at innklagede kunne legge til grunn at klager måtte anses for å oppfylle kvalifikasjonskravet til kompetanse hos "øvrige bemanning". Sekretariatet er derfor enig med innklagede i at klager ikke kunne anses kvalifisert, og innklagede hadde dermed plikt til å avvise klager etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (47) Siden sekretariatet her er kommet til at innklagede hadde plikt til å avvise klager etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a som følge av manglende oppfyllelse av kravet til kompetanse for "øvrige bemanning", tar sekretariatet ikke stilling til om innklagede også hadde plikt eller rett til å avvise klager på andre grunnlag.

Hvorvidt det var riktig å ikke avvise valgte leverandørs tilbud

- (48) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å ikke ha avvist valgte leverandørs tilbud. Det vises til at valgte leverandør har inntatt fire forbehold/merknader i tilbudet som medfører at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriften § 11-11.
- (49) Det følger av forskriften § 11-11(1) bokstav d at et tilbud skal avvises når "*det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene*". Det samme gjelder "*vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene*", jf. samme bestemmelse bokstav e. Avvisningsplikt foreligger også etter forskriften § 11-11(1) bokstav f når det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse "*kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene*". Hvorvidt et tilbud må anses for å inneholde et forbehold/avvik eller lignende og hvorvidt dette må betraktes som vesentlig, vil langt på vei være innenfor det innkjøpsfaglige skjønn å avgjøre. Klagenemndas mulighet til å overprøve oppdragsgivers vurderinger rettslig, er derfor begrenset. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skjønnsutøvelse har vært uforsvarlig, bygd på feil faktum eller ellers i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften § 3-1.
- (50) Klager har for det første fremholdt at valgte leverandørs forbehold mot kontraktsvilkårene utgjorde et vesentlig forbehold, og at dette ikke var mulig å kostnadsberegne slik at tilbudet på dette grunnlag skulle vært avvist.
- (51) Valgte leverandør har i sitt tilbuds-brev, i tilknytning til kontraktsbestemmelsen punkt 48 og ordet "*byggegrunnen*", inntatt følgende: "*[v]i forutsetter at alle omlegginger av kabler, ledninger etc. i grunnen er beskrevet i mottatt beskrivelse.*" Slik sekretariatet oppfatter dette, legger valgte leverandør kun til grunn at alle opplysninger som er gitt, er korrekte. Dette kan derfor ikke anses som et "*forbehold*", men kun en presisering av at det som fremgår av konkurransegrunnlaget er korrekt. Ettersom dette ikke utgjør et "*forbehold*", forelå det heller ingen plikt for innklagede til å avvise tilbudet fra valgte leverandør etter forskriften § 11-11(1) som følge av dette forholdet. For øvrig har innklagede til dette punkt, opplyst at valgte leverandørs uttalelse her er uproblematisk fordi det ikke foreligger noen overraskelser i grunnen i den aktuelle myr- og fjellgrunn.
- (52) Klager har videre gjort gjeldende at valgte leverandørs forbehold knyttet til betongarbeid i kapittel 5, utgjorde et forbehold som skulle medført avvisning, da valgte leverandør ikke hadde tilbudt et produkt som ivaretok kravet til lambdaverdi 0,031Wm°C.

- (53) Det fremgår av kravspesifikasjonen, i kapittel 5, punkt 216.30-32 at et krav til fysiske egenskaper ved betongarbeidet var: "*Lambda: 0,031 W/m°C*". Basert på denne formuleringen, samt at valgte leverandør skrev i sitt tilbud at: "*[v]i kan ikke se at det finnes en leverandør som kan levere XPS med en lambdaverdi på 0,031 w/m°C*", legger sekretariatet til grunn at det var oppstilt et krav i konkurransen om at produktet skulle ha en lamdaverdi på 0,031 w/m°C. Det er klart at valgte leverandør ikke oppfyller dette kravet, og dette utgjør derfor et "avvik". Valgte leverandør har imidlertid tilbudt et produkt med en lambdaverdi på 0,038 w/m°C. For å avgjøre om det tilbudte produktet må anses for å utgjøre et "vesentlig avvik" eller gjør tilbudet usammenlignbart med øvrige tilbud, kreves det fagkyndig kompetanse på området. Klagenemnda besitter ikke slik faglig kompetanse, og anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (54) Klager har for det tredje fremholdt at valgte leverandørs formulering om at selskapet har: "*priset 6mm Steni Color halvblank ihht.std fargekart*" utgjør et vesentlig forbehold som ga avvisningsplikt. Det fremgår av kravspesifikasjonen, kapittel 12, punkt 12.23.4.02 og 12.23.6.07 at "*[f]arge: kfr. arkitekt.*" En naturlig forståelse av "*konferere*" tilsier at valgte leverandør skal snakke med arkitekten vedrørende fargevalg. Slik sekretariatet oppfatter denne formuleringen innebærer det derfor ikke at det er arkitekten som alene, og fritt, bestemmer fargen. At valgte leverandør har priset i henhold til Steni standard fargekart, utgjør derfor verken et "*forbehold*" eller "*avvik*". Det forelå derfor ingen avvisningsplikt av tilbudet fra valgte leverandør på dette grunnlaget.
- (55) For det fjerde har klager fremholdt at valgte leverandørs prising i tilknytning til postene 25.1.2.1-7 medfører at selskapet vil ha krav på tillegg for brannetting, som følge av at 155 hulltakinger mangler pris på brannetting, og at dette medfører avvisningsplikt. Valgte leverandør har fremholdt i sitt tilbud, i tilknytning til post 25.1.2.1-7 at: "*[h]er har vi priset kun hulltaking*". Slik sekretariatet forstår konkurransegrunnlaget, skulle det oppgis pris for 769 hull i henhold til postene 25.2.2.1-7, mens det i punkt 25.8.2.1-7 skulle inngis pris på å brannette 639 hull, altså 130 færre hull. Innklagede har forklart at det i punkt 1, "*Hulltaking*", var inntatt en setning om at størrelsen på hullene skulle inkludere branntettemasse, for å forklare tilbyderne at det ikke skulle lages for store åpninger eller brukes for mye branntettemasse. Dette kan ikke oppfattes slik at pris på hulltaking i punkt 1, også skulle omfatte pris på brannetting. Pris på brannetting skulle gjøres i henhold til punkt 8. Slik sekretariatet forstår saken, utgjør dermed ikke valgte leverandørs merknad et "*forbehold*" eller "*avvik*". Formuleringen er kun en presisering av hvordan valgte leverandør har priset sitt tilbud, hvilket etter sekretariatets oppfatning av konkurransegrunnlaget, også må anses for å være helt i tråd med det som ble bedt om. Valgte leverandørs prising er i samsvar med det etterspurte, og det foreligger derfor ingen avvisningsplikt av tilbudet fra valgte leverandør på dette grunnlaget.
- (56) Etter dette var ingen av de fire forbeholdene/merknadene fra valgte leverandør av en slik karakter at innklagede hadde en plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud etter forordningen §11-11. Innklagede har derfor ikke brutt regelverket ved å la være å avvise tilbudet fra valgte leverandør.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Erlend Pedersen
direktør/sekretariatsleder

Beate Gulbrandsen
førstekonsulent

Kopi til: