



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Omgjøring av tildelingsbeslutning, avvisning av leverandør, kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise, inkludert detaljprosjektering og oppføring, av seks tre-roms leiligheter i rekkehus på Inderøy. Ett av kvalifikasjonskravene var formulert som et krav om erfaring fra minst tre tilsvarende prosjekter de siste tre år, som skulle dokumenteres med en referanseliste. Referanselisten fra klager viste kun to tilsvarende prosjekter fra de siste tre år. Innklagede la likevel til grunn at klager etter en helhetsvurdering var kvalifisert. Klager ble først tildelt kontrakt, men innklagede omgjorde senere tildelingsbeslutningen og avviste klager for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt forskriften § 13-3 (4) ved å avvise klager, førte ikke frem da den første vurderingen av klagers kvalifikasjoner ikke var i overenstemmelse med det oppstilte kvalifikasjonskravet. Kvalifikasjonskravet åpnet ikke for at leverandørenes kvalifikasjoner skulle vurderes ut fra en helhetsvurdering. Innklagede hadde derfor korrekt annullert den første tildelingen av kontrakt til klager.

Klagenemndas avgjørelse 13. januar 2014 i sak 2014/121

Klager: FuglesangDahl AS

Innklaget: Inderøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Inderøy kommune (heretter innklagede) kunngjorde 25. juni 2014 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise, inkludert detaljprosjektering og oppføring, av seks tre-roms leiligheter i rekkehus på Inderøy. Tilbudsfristen var 4. august 2014.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt B.2 var det stilt følgende kvalifikasjonskrav:

*"Kvalifikasjonskrav: Tilbyder skal ha erfaring fra minst 3 tilsvarende prosjekter de siste 3 år.

Kravet skal dokumenteres med: Referanseliste for firmaet med beskrivelse av referanse, år for utførelse, kontraktsverdi eller omfang, oppdragsgiver og kontaktperson".*
- (3) Kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på kriteriene pris (70%), kvalitet (20%) og fremdrift/gjennomføring (10%).
- (4) Innklagede mottok fire tilbud innen fristen, herunder fra FuglesangDahl AS (heretter klager) og Grande Entreprenør AS.

- (5) I tilbuds brevet fra klager datert 14. august 2014, fremgikk hvilke vedlegg som hørte med tilbudet. Under tekniske og faglige kvalifikasjoner var det vist til "Referanseliste prosjekt". Referanseprosjektene var Skogn barne- og ungdomsskole (2008-2009), Steinkjer vgs. (2009-2010), Idrettens hus (2012-2013) og GIP (2010-2011). Kompetanse fremgikk av et eget vedlegg, og CV-er for to tilbudte prosjektmedarbeidere var vedlagt. I den ene CV-en var det vist til arbeidserfaring fra blant annet Dampsaga Bad (2011). Det var ikke gitt opplysninger om prosjektet ut over dette.
- (6) Innklagede meddelte i brev av 25. august 2014, at klager ville tildeles kontrakt. Når det gjaldt vurderingen av kvalifikasjonskravene, uttalte innklagede følgende:
- "Alle tilbydere har kvalifisert seg til evaluering, Jfr. konkurransegrunnlagets punkt B2.1-7. FuglesangDahl AS hadde et lite avvik i sin dokumentasjon på antall referanseprosjekter fra tre siste år, men avviket er vurdert til å være mindre vesentlig og det er dermed ingen avvisningsgrunn. De hadde totalt fire referanseprosjekter oppgitt hvorav de to nyeste var fra tre siste år, mens de øvrige to var fra 2009 og 2010. På bakgrunn av en total vurdering er de like godt kvalifisert som øvrige tilbydere og ble tatt med i videre evaluering".*
- (7) Grande Entreprenør AS klaget på tildelingsbeslutningen. I brev av 9. september 2014 meddelte innklagede at klagen ble tatt til følge, og at kontrakt ville tildeles Grande Entreprenør AS. Blant annet fremgikk følgende begrunnelse:
- "Vi viser til klage fra Grande Entreprenør mottatt 03.09.2014. Klagen begrunnes hovedsakelig i at Fuglesang Dahl ikke har bestått kvalifikasjonskravet beskrevet under punkt B2.6 (s. 17) i konkurransegrunnlaget. De leverte totalt 4 referanser hvorav to av dem var innen tre siste år, men de to resterende var ferdigstilt i 2009 og 2010. Dette ble vurdert som et mindre avvik fra kvalifikasjonskravet og dermed ingen avvisningsgrunn. Hensikten med kravet er å sikre at leverandører er kvalifisert til jobben. Juridisk sett gir ikke kravet slik det her står skrevet i grunnlaget rom for å godkjenne referanser eldre enn tre år. Klagen tas dermed til følge".*
- (8) Klager påklaget omgjøringen, men klagen ble ikke tatt til følge. I svaret fra innklagede på klagen av 23. september 2014, fremgikk blant annet følgende:
- "I klage fra FD vises det til "§11-11. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet (1). Et tilbud skal avvises når: e. det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget". FD ble først vurdert til å være kvalifisert da vi i samråd med prosjektleder i første runde tolket regelverket som at denne paragrafen åpnet for å utøve skjønn vedrørende vesentlige eller mindre vesentlige avvik. Denne paragrafen omhandler kun forholdet ved tilbudet (ikke leverandøren), og her gis det rom for mindre avvik fra kravspesifikasjonen (konkurransegrunnlaget med beskrivelse av prosjektet). Kravspesifikasjonen må ikke forveksles med "Kvalifikasjonskravet". FDs klage på dette punktet avvises".*
- (9) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) ved brev datert 24. oktober 2014.
- (10) Innklagede meddelte i e-post datert 27. oktober 2014, at kontraktsinngåelse ville avventes inntil klagen er behandlet i klagenemnda.

(11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. januar 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1), jf. forskriften § 13-3 (4) ved å omgjøre beslutningen om å tildele kontrakten til klager, og avvise klager fra konkurransen. Klager oppfylte kvalifikasjonskravet om erfaring og den opprinnelige vurderingen om at klager var kvalifisert, var forsvarlig. Innklagede kan ikke endre en lovlig tildelingsbeslutning ut fra en ny skjønnsmessig vurdering.
- (13) I vurderingen av kvalifikasjonskravet skulle innklagede i tillegg til prosjektene som fremgikk av referanselisten i klagers tilbud, også sett hen til prosjektet Dampsaga Bad (2010-2011), som fremgikk av CV-en til en av de tilbudte prosjektmedarbeiderne. For det andre, skulle innklagede også sett hen til prosjektene Mosvik skole (2012-2014) og Administrasjonsbygg Inderøy (2012-2013) gjennomført av klager, selv om prosjektene ikke var nevnt direkte i referanselisten. Innklagede var oppdragsgiver for prosjektene og kjente til prosjektene.
- (14) Subsidiært, dersom de nevnte prosjektene ikke kan medregnes direkte, var det uforholdsmessig å avvise klager etter forskriften § 11-10 (1) a. Dette fordi det ikke er forholdsmessig å utelukke tilbydere som har utført fire relevante prosjekter, der to er utført innenfor de siste tre årene og to andre er utført innenfor de siste fire-fem årene. Innklagede har ansett at klager har mer enn nok relevant informasjon om klagers erfaring, siden innklagede i evalueringen har kommet til at klager scorer best på kvalitet. Det har formodningen mot seg, at kvalifikasjonskravene skal tolkes så strengt at de kommer i strid med kravet til forholdsmessighet.
- (15) Innklagede kan heller ikke avvise klager etter forskriften § 11-10 (2) g. Vilkårene i denne bestemmelsen er ikke oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Prinsipalt må klagen avvises med hjemmel i klagenemndsforskriften § 9, da klagen klart ikke kan føre frem. Klager oppfylte ikke kvalifikasjonskravet om erfaring. Vurderingen av at klager ikke oppfylte kravet, var verken usaklig eller uforsvarlig. Avvisningen var dermed rettmessig.
- (17) Subsidiært, dersom klagen ikke avvises, hadde innklagede uansett plikt til å avvise klager etter forskriften § 11-10, 1. ledd bokstav a. Klager oppfylte ikke kvalifikasjonskravet om erfaring, da kun to av fire referanser var fra oppdrag utført de siste tre år. Forklaringen på at klager først ble tildelt kontrakt, og at tildelingen senere ble omgjort, var at avviket på referanselisten først feilaktig ble vurdert etter forskriften § 11-11 første ledd bokstav e, og ikke den korrekte bestemmelsen i forskriften § 11-10 første ledd bokstav a.
- (18) Innklagede kunne heller ikke ta i betraktning prosjektet "*Dampsaga Bad*" i vurderingen av kvalifikasjonskravet. Prosjektet var kun nevnt under arbeidserfaring i en CV og det er tvilsomt om det er anledning til å vektlegge prosjektet når prosjektet var oppført i den nevnte CV-en og ikke i referanselisten, med henvisning til tildelingskriteriet kvalitet. Innklagede kunne heller ikke ta i betraktning prosjektene Mosvik skole og Administrasjonsbygg Inderøy som referanser i vurderingen av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet, kun basert på at innklagede hadde kjennskap til prosjektene.

- (19) Innklagede hadde dermed plikt til å avvise klager, og omgjøre tildelingen etter forskriften § 13-3 fjerde ledd. Innklagede hadde uansett en avvisningsrett etter forskriften § 11-10, annet ledd bokstav g.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av totalentreprise, inkludert detaljprosjektering og oppføring, av seks tre-roms leiligheter i rekkehus på Inderøy, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (21) Klager ble først meddelt at kontrakt ville tildeles klager. Etter klage fra en annen tilbyder besluttet innklagede å avvise klager, med henvisning til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring. Klager anfører at det var urettmessig å avvise klager fra konkurransen. Etter klagers syn oppfylte klager kvalifikasjonskravet om erfaring fra minst tre tilsvarende prosjekter de siste tre år og kravet var tilstrekkelig dokumentert i tilbudet, sammenholdt med referanselisten, kompetanse opplyst om i en av de vedlagte CV-ene og innklagedes tidligere bekjentskap med klager.
- (22) Spørsmålet er om innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre den opprinnelige tildelingsbeslutningen, og i stedet avvise klager.
- (23) Det følger av forskriften § 13-3 (4) at oppdragsgiver kan annullere en tildelingsbeslutning frem til kontraktsinngåelse, dersom "*[b]eslutningen 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 sak 2013/78 premiss (34) med videre henvisninger. Dette betyr at oppdragsgiver senere enn tildeling både kan og skal rette opp regelbrudd ved den foregående evalueringen, men at øvrige endringer basert på endret skjønnsmessig vurdering ikke er tillatt, jf. klagenemndas saker 2013/79 premiss (34), og 2011/141 premiss (77). I det foreliggende tilfellet, innebærer dette at tildelingsbeslutningen bare kunne omgjøres dersom innklagede hadde plikt til å avvise klager, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (24) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a, at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen.
- (25) Etter forskriften § 8-5 (1) og (2) kan oppdragsgiver angi både kvalifikasjonskrav og krav til dokumentasjon av at kravene til leverandørene er oppfylt. Ved valg av kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn innenfor de rammer som regelverket setter.
- (26) Kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt B2 var formulert som et krav om at tilbyderne skulle "*ha erfaring fra minst 3 tilsvarende prosjekter de siste 3 år*". Kravet skulle dokumenteres med "*Referanseliste for firmaet med beskrivelse av referanse, år for utførelse, kontraktsverdi eller omfang, oppdragsgiver og kontaktperson*".

- (27) Slik kvalifikasjonskravet var formulert, skulle tilbyderne ha relevant erfaring fra et bestemt antall prosjekter, innenfor en konkret angitt tidsperiode. Konkurransen ble kunngjort i august 2014, og de siste tre år er årene 2011, 2012 og 2013. Måten kravet er utformet på, åpner ikke for å legge vekt på erfaring fra før disse årene. Det innebærer at referanse til prosjekter eldre enn 2011, ikke ville være relevant i vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (28) Klager leverte en referanseliste hvor det var oppgitt fire referanseprosjekter, men hvor kun to av prosjektene var fra 2011 og senere. Klager oppfylte dermed ikke kvalifikasjonskravet om erfaring fra minst tre tilsvarende prosjekter de tre siste år. Innklagedes opprinnelige kvalifikasjonsvurdering var derfor ikke i samsvar med kvalifikasjonskravet, og innklagede hadde derfor både rett og plikt til å revurdere denne. Ved den nye vurderingen fant innklagede at klager ikke var kvalifisert, da kun to av prosjektene var fra 2011 og senere.
- (29) Klager anfører at klager uansett var kvalifisert med henvisning til prosjektet Dampsaga Bad nevnt i en av de vedlagte CV-ene, og med henvisning til prosjekter som innklagede hadde egenerfaring med klager fra, og som var gjennomført de siste tre år.
- (30) Slik kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet var utformet, begrenset innklagede sin vurdering av kvalifikasjonskravet ved å angi at kravet skulle dokumenteres ved en referanseliste. Det var tydelig kommunisert at for å dokumentere at kvalifikasjonskravet var oppfylt, skulle tilbyderne føre opp relevante prosjekter i referanselisten, hvor det også skulle fremgå år for utførelse, kontraktsverdi eller omfang, oppdragsgiver og kontaktperson. Klager hadde ikke levert slik dokumentasjon, men mener at innklagede allikevel skulle tatt hensyn til andre oppdrag utført for innklagede.
- (31) En oppdragsgiver har etter omstendighetene rett til å se hen til annen dokumentasjon i tilbudet som viser at tilbyder allikevel er kvalifisert, jf. klagenemndas sak 2012/207 premiss (43) med henvisning til sak 2009/219 premiss (35) og (36) som ble fulgt opp i sak 2011/338 premiss (48) og (49). Men i et tilfelle som her kan ikke innklagede ha noen plikt til å vurdere om kvalifikasjonskravet er oppfylt ut fra andre prosjekter utført av klager for innklagede, eller ut fra informasjon i en CV som ikke var inntatt i referanselisten. Når innklagede ikke har plikt til å endre den foretatte revurdering om at klager manglet kvalifikasjoner, kan avvisningen ikke omgjøres etter § 13-3 (4). Det er leverandørenes ansvar at tilbudet er klart og fullstendig. Klager ble derfor med rette avvist etter klagen fra valgte leverandør.
- (32) Som følge av dette kan heller ikke klagers anførsel om at avvisningen var uforholdsmessig føre frem.
- (33) Klager hadde kun dokumentert to relevante prosjekter fra de siste tre år. Kvalifikasjonskravet om erfaring fra minst tre tilsvarende prosjekter de siste tre år var således ikke oppfylt, og klager er korrekt avvist i medhold av forskriften § 11-10 (1) a. Klagers anførsel har ikke ført frem.

Konklusjon:

Inderøy kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

Dokumentet er godkjent elektronisk