



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

**Saken gjelder:** Kvalifikasjonskrav

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med bygging av Tjernfjelltunnelen på rv. 77. Klager hevdet å være urettmessig avvist fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad". Klagenemnda ga klager medhold i at innklagede hadde brutt regelverket ved å legge til grunn feil forståelse av kvalifikasjonskravet ved beslutningen om å avvise klager. Forskriften § 20-12 (1) bokstav a ga derfor ikke grunnlag for å avvise klager.*

**Klagenemndas avgjørelse 28. februar 2017 i sak 2016/146**

**Klager:** Kolbjørn Nilsskog AS (ToK Joint Venture)

**Innklaget:** Statens vegvesen Region nord

**Klagenemndas medlemmer:** Jakob Wahl, Marianne Dragsten og Finn Arnesen

**Bakgrunn:**

(1) Statens vegvesen Region nord (innklagede) kunngjorde 27. mai 2016 en åpen anbudskonkurranse for bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med bygging av tunnel på riksveg 77, kryss E6 Solvågli. Anskaffelsens verdi er i protokollen punkt 3 estimert til å være ca. 325 millioner kroner. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 11. juli 2016.

(2) Konkurransesgrunnlaget kapittel A3 punkt 1 inneholdt følgende beskrivelse av prosjektet:

*"Prosjektet rv. 77 Tjernfjelltunnelen omfatter bygging av tunnel inklusive portaler, samt noe vegbygging på begge sider av denne. Tunnelen på 3230 meter skal bygges i klasse B, med et tverrsnitt på T9,5.*

*På Junkerdalssida skal det etableres forskjæring og bygges 480 meter veg som tilknytning til eksisterende rv. 77. På Saltdalssida får rv. 77 en strekning i dagen på 490 meter med krysstilknytning til E6. I tillegg skal E6 bygges om over en 800 meter lang strekning på begge sider av dette krysset. I tillegg etableres veg tilknytning til gammel rv. 77.*

*Masser legges ut i vegfylling og bakkeplanering for framtidig E6. I tillegg skal massene legges i deponi i Junkerdalen, Lønsdal og ved vestre tunnelpåhugg på Saltdalssiden."*

(3) Punkt 1 inneholdt også en oversikt over hovedmengdene i prosjektet:

*"Omtrentlige hovedmengder veg i dagen:*

<i>Sprengning og masseflytting av stein ca.</i>	<i>20 200 m<sup>3</sup></i>
<i>Jordmasser</i>	<i>35 000 m<sup>3</sup></i>
<i>Skogrydding</i>	<i>125 000 m<sup>2</sup></i>

**Postadresse**

Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: [post@kofa.no](mailto:post@kofa.no)

Nettside: [www.kofa.no](http://www.kofa.no)

Rørledninger i grøft	500 m
Kummer og hjelpesluk	10 stk
Kabelgrøfter	1250 m
Frostsikringslag fra tunnelmasser	22 000 m <sup>3</sup>
Forsterkningslag	7800 m <sup>3</sup>
Bituminøse bærelag og dekke	21 400 m <sup>2</sup>
Rekkverk	740 m
Trekkerør	5000 m

Omtrentlige hovedmengder i tunnel:

Injeksjon	215 800 kg
Teoretisk sprengningsvolum	270 600 m <sup>3</sup>
Sikringsbolter	16 150 stk.
Sprøytebetong	9 350 m <sup>3</sup>
PE-skum m/brannsikring	64 600 m <sup>2</sup>
Rørgrøfter	9 900 m
Kummer	170 stk.
Betongrekkverk	6 400 m
Trekkerør	75 000 m

Omtrentlige hovedmengder konstruksjoner:

Tunnelportal vest, total lengde	20 m
Tunnelportal øst, total lengde	14 m
Tekniske bygg	5 stk."

- (4) I konkurransegrunnlaget kapittel B2 punkt 1 fremgikk det at tilbyderne måtte være kvalifiserte for å utføre de arbeidene det skulle gis tilbud på. For å være kvalifisert måtte tilbyder ha den nødvendige kompetansen og erfaringen både teknisk, faglig, organisasjonsmessig og administrativt. Det ble presisert at opplysningene om tilbyder ville bli skjønnsmessig vurdert og at tilbydere som ikke tilfredstilte byggherrens krav til kvalifikasjoner, ville bli avvist.
- (5) Kravet til tilbydernes erfaring fremkom i konkurransegrunnlaget punkt 4.1.1:
- "Tilbyder skal ha erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad.*
- Dokumentasjonskrav:*
- Opplysninger om slike skal følge tilbud. Jf. kap. E2, pkt. 4.1.1, skjema E2-4.1.1."*
- (6) I skjema E2-4.1.1 ble leverandørene bedt om å liste opp "... de 3-5 siste og mest relevante tilsvarende oppdrag utført eller under utførelse i løpet av de siste 5 år".
- (7) Innklagede mottok ti tilbud innen tilbudsfristens utløp. Kolbjørn Nilsskog AS (KNAS) og TOTO SpA leverte tilbud som arbeidsfellesskapet ToK Joint Venture (klager) og hadde den laveste prisen. Nest laveste pris hadde Hæhre Entreprenør AS (valgte leverandør).
- (8) Som svar på kravet i punkt 4.1.1 leverte klager blant annet referanseprosjektene "La Spezia" og "Cefalù" som omfattet bygging av henholdsvis seks og tre tunneler. Klager

har opplyst at tunneldrivingen i disse prosjektene ble gjennomført ved hjelp av tunnelboremaskin (TBM).

- (9) Innklagede informerte klager i brev datert 24. august 2016 om at arbeidsfellesskapets tilbud var avvist fra konkurransen på grunn av manglende erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad:

*"Grunnlaget for vurderingen av om erfaringen er av tilsvarende art og vanskelighetsgrad må tas i relasjon til prosjektet, slik dette er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Tunnelen utgjør ca 85% av masseflyttingen og driving av tunnelen er med det den mest tidkrevende delen av jobben.*

*Det er oppgitt i konkurransegrunnlaget at tunnelen skal drives ved hjelp av boring og sprenging. Andre drivemetoder, som Toto SPA har oppgitt i for sine referanseprosjekter, vurderes ikke å være av tilsvarende art. Toto SPA har i egen mail bekreftet at oppgitte referanser ikke inneholder tunneldriving med boring/sprenging. Det henvises da til eldre prosjekt fra henholdsvis 2007 og 1996.*

*Disse referansene kan i liten grad vektlegges i vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt. De er betydelig eldre enn 5 år som er oppgitt som aldersgrense for referansene. Det yngste av dem (fra 2007) inneholder kun 0.6 km tunnel.*

*Siden arbeidsfellesskapets andre part (KNAS) heller ikke har erfaring med tunneldriving, mangler også Tok Joint Venture som tilbyder, denne erfaringen."*

- (10) Klager påklaget avvisningsbeslutningen i brev datert 5. september 2016. Det ble her gjort gjeldende at innklagede *"har lagt til grunn feil rettslig vurderingstema ved kvalifikasjonsvurderingen, idet SVV baserer seg på en for snever tolkning av kvalifikasjonskriteriet. En slik snever tolkning fremstår som vilkårlig og er i strid med kravene til rimelighet og saklighet i kvalifikasjonsvurderingen, så vel som de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og proporsjonalitet i LOA § 5, jf. FOA § 17-4."*
- (11) Innklagede besluttet i svarbrev datert 9. september 2016 å opprettholde beslutningen om å avvise klager.
- (12) Kontrakt ble inngått 20. september 2016.
- (13) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post datert 29. september 2016.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. februar 2017.

#### **Anførsler:**

#### **Klagers anførsler:**

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager med den begrunnelse at klager ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om erfaring. Innklagedes tolkning av kvalifikasjonskravet er for snever og kvalifikasjonsvurderingen er derfor i strid med regelverket.

### ***Innklagedes anførsler:***

- (16) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klager. Klager hadde ikke den nødvendige erfaringen fra å drive tunnel ved hjelp av boring og sprenging og var derfor ikke kvalifisert. Avvisningen var dermed rettmessig, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Det hører under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å fastlegge terskelen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og kvalifikasjonsvurderingen skjedde på bakgrunn av en saklig og forsvarlig skjønnsutøvelse.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av tunnel og noe vegbygging som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i protokollen punkt 3 estimert til ca. 325 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager med den begrunnelse at arbeidsfellesskapet ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om erfaring.
- (19) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver plikter å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*.
- (20) Kravet om erfaring er i konkurransegrunnlaget formulert som et krav om *"erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad"*. Innklagede har begrunnet avvisningen med at klagers erfaring ikke omfatter tunneldriving ved hjelp av boring og sprenging, og at arbeidene derfor ikke er av samme art.
- (21) Klager er uenig i innklagedes tolkning av kvalifikasjonskravet. Etter klagers syn innebærer kvalifikasjonskravet et krav om erfaring med arbeid av samme type som det sentrale arbeidet i prosjektet, det vil si erfaring fra bygging av tunnel.
- (22) EU-domstolen har i C-368/10 Max Havelaar premiss (109) uttalt at gjennomsiktighetsprinsippet innebærer at *"alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsprosedyren skal formuleres klart, præcist og utvetydige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at det på den ene side gøres muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde, og at der på den anden side gives den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at efterprøve, om de afgivne bud opfylder de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt."*
- (23) Ved fastsettelsen av innholdet i kvalifikasjonskravet må derfor utgangspunktet være hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå det, se til sammenligning klagenemndas sak 2016/188 premiss (26).
- (24) Kravet om erfaring er utformet slik at det beror på en skjønsmessig vurdering hvorvidt kravet er oppfylt eller ikke. Denne skjønnsutøvelsen kan nemnda i begrenset grad overprøve rettslig. Når det ikke er presisert hvilke kvalifikasjoner som vil tilfredsstille kravet, hører det også inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å fastlegge

terskelen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Hvorvidt innklagedes skjønn er utøvd innenfor de rammene kvalifikasjonskravet angir, kan klagenemnda imidlertid prøve.

- (25) For det aktuelle kvalifikasjonskravet innebærer dette at nemnda ikke har grunnlag for å overprøve hvorvidt de tidligere arbeidene er av samme vanskelighetsgrad som det utlyste prosjektet. Så vidt nemnda forstår, har imidlertid ikke innklagede tatt endelig stilling til om klagers erfaring er av samme vanskelighetsgrad. Begrunnelsen for avvisningen av klager gir heller ikke uttrykk for at innklagede har gjort en samlet vurdering av om klagers referanseprosjekter er av samme art og vanskelighetsgrad. Begrunnelsen for avvisningen er utelukkende at klager ikke har *"erfaring fra arbeid av samme art"*.
- (26) Avgjørende i denne saken blir dermed hva en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil legge i et krav om *"erfaring fra arbeid av samme art"*.
- (27) Prosjektet gjaldt *"bygging av tunnel inklusive portaler, samt noe vegbygging på begge sider av denne."*, jf. konkurransegrunnlaget kapittel A3 punkt 1. Det er i lys av dette vanskelig å lese uttrykket *"erfaring fra arbeid av samme art"* på annen måte enn at det oppstiller et krav til tidligere erfaring med bygging av tunnel av sammenlignbar størrelse. Et krav om erfaring fra en spesifikk drivemetode er dermed ikke noe det kan forventes at en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder leser ut av kvalifikasjonskravet.
- (28) Basert på dette har innklagede brutt regelverket ved å legge til grunn feil forståelse av kvalifikasjonskravet ved beslutningen om å avvise klager. Forskriften § 20-12 (1) bokstav a ga på denne bakgrunn ikke grunnlag for å avvise klager.

***Konklusjon:***

Statens vegvesen Region nord har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved å avvise klager.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

*Dokumentet er godkjent elektronisk*