



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om en totalentreprise for prosjektering og oppføring av 24 boliger fordelt på tre leilighetsbygg, samt garasjer. Innklagede tildelte kontrakten til klager, men avviste senere klager grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Klagenemnda fant ikke grunnlag for å konstatere at den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen av klager var ulovlig. Klager var derfor urettmessig avvist.

Klagenemndas avgjørelse 12. september 2016 i sak 2016/51

Klager: Storegga Entreprenør AS

Innklaget: Forsvarsbygg Utvikling Nord

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Karin Fløistad og Halvard Haukeland Fredriksen

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter innklagede) kunngjorde 12. oktober 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for prosjektering og oppføring av 24 boliger med garasjer. Anskaffelsen var beskrevet i kunngjøringen punkt II.1.5) "*Kort beskrivelse*", på følgende måte:

"Prosjekt omfatter bygging av 24 boliger, fordelt på 3 bygninger med 8 stk. 3 roms leiligheter i hver. Boligene er i forprosjekt planlagt utført som leilighetshus over 2 etasjer. Hver leilighet har utvendig sportsbod og egen inngang fra det fri. Videre omfatter forprosjektet etablering av 24 garasje plasser, med tilhørende oppbevaringsboder, fordelt på 3 garasjebygg.

Boligene skal bygges i boligområdet Vilje (Bardufoss).

Det vil bli lagt til rette for enkle og rasjonelle byggemetoder. Der er valgt robustematerialer i samsvar med Forsvarsbyggs erfaringer, og i samsvar med stedets beliggenhet og egenart.

Byggene skal være passivhus i henhold til NS 3700:2010.

Leilighetene på bakkeplan har trinnfri adkomst og tilfredsstiller krav til tilgjengelighet. Leilighetens planløsning har livsløpsstandard.

De 3 leilighetshusene har et totalt areal på 2013 m² BTA, og garasjebyggene et totalt areal på 546 m² BTA."

- (2) Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget på side 2 angitt til "*over EØS terskelverdi*".

- (3) Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlag del I punkt 3.3.3. angitt til 27. november 2015. I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 var det oppstilt flere kvalifikasjonskrav, herunder følgende krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner:

"Krav:	Dokumentasjon som skal leveres:
(...) Krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner:	
<i>Leverandøren (som firma) skal ha god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet.</i> <i>Som en del av dette kravet kreves det at leverandøren kan oppnå lokal godkjenning for de områder som omfattes av kontrakten.</i>	<i>Liste over relevante totalentrepriseprosjekter utført i løpet av de fem siste årene, som gir en kort beskrivelse av prosjektene og deres størrelser.</i> <i>Sentral godkjenning eller dokumentasjon som sannsynliggjør at leverandøren vil oppnå nødvendig lokal godkjenning.</i> <i>Om nødvendig kan leverandøren fremlegge dokumentasjon fra underentreprenører slik at de i fellesskap oppfyller kravet.</i>
<i>Det kreves at leverandørens anleggsleder og prosjektleder skal ha kompetanse og erfaring i disse rollene fra entrepriser av tilsvarende størrelse og kompleksitet.</i>	<i>Navn på anleggsleder og prosjektleder, med tilhørende CV'er.</i> <i>Liste over referanseprosjekter som gir en kort beskrivelse av prosjektet, dets størrelse og hvilke funksjoner disse personene hadde i prosjektet"</i>

- (4) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Tecto Entreprenør AS (heretter Tecto) og Storegga Entreprenør AS (heretter klager). Klagers tilbud inneholdt blant annet et skjema med en liste over referanseoppdrag for totalentrepriser, hvor verdien og tidspunkt for utførelse var oppgitt. Enkelte av prosjektene var også nærmere beskrevet, jf. nærmere om dette nedenfor.
- (5) Klager ble meddelt at man ville bli tildelt kontrakten ved brev datert 18. desember 2015. Det ble opplyst i meddelelsen at klager var den eneste tilbyderer som oppfylte kvalifikasjonskravene, og at de tre andre tilbyderne ble avvist.
- (6) I et brev av samme dag ble Tecto informert at deres tilbud ble avvist på grunn av manglende oppfyllelse av flere av kvalifikasjonskravene. Tecto påklagde innklagedes beslutning om å avvise selskapet. Ved brev av 7. januar 2016 ble klagen avvist.

- (7) Den 12. februar 2016 ble også klager avvist:

"Forsvarsbygg viser til ovennevnte konkurranse, og spesielt til meddelelsesbrev datert 18.12.2015 hvor det fremgår at Forsvarsbygg har til hensikt å inngå kontrakt med Storegga Entreprenør AS. I denne konkurransen ble samtlige øvrige tilbydere avvist da de av ulike grunner ikke oppfylte Forsvarsbyggs kvalifikasjonskrav. Leverandøren med den laveste prisen i konkurransen har påklaget Forsvarsbyggs beslutning om å inngå kontrakt med Storegga, og har varslet søksmål om vi ikke gjør om beslutningen.

Prosjektledelsen har fått klagen vurdert av advokatene i Forsvarsbygg, og i henhold til gjeldende rutiner har også Forsvarsdepartementet blitt orientert om søksmålsvarselet.

Advokatene i Forsvarsbygg har kommet frem til at det også foreligger plikt til å avvise tilbudet fra Storegga. Bakgrunnen for dette er at Storegga ikke har fremlagt dokumentasjon som beviser at de oppfyller samtlige kvalifikasjonskrav.

I konkurransegrunnlaget del I pkt. 4.1 under «Krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner» er det oppstilt følgende krav:

«Leverandøren (som firma) skal ha god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet.»

Språklig sett innebærer kravet til «tilsvarende størrelse» at tilbyderne må dokumentere totalentrepriser (utført siste fem år) som er like store som prosjektet omfattet av denne kontrakten. I den overleverte dokumentasjon fra Storegga finnes ingen totalentrepriseprosjekter av denne størrelsen som er utført de siste fem årene. Videre mener vi en objektiv fortolkning av «god erfaring» tilsier at man også må ha mer enn ett prosjekt å vise til. Ett prosjekt vil kunne anses som erfaring, men ikke god erfaring. Likebehandlingsprinsippet i lov og forskrift om offentlige anskaffelser tilsier at når Forsvarsbygg har avvist andre leverandører på tilsvarende grunnlag plikter vi også å avvise Storegga."

- (8) Som følge av at alle tilbudene var avvist kunngjorde innklagede den 18. mars 2016 en ny konkurranse om oppføring av leilighetene. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. april 2016.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. september 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen. Innklagede hadde ikke anledning til å endre en lovlig tildelingsbeslutning ut fra en endret skjønnsutøvelse.
- (11) Klager oppfyller uansett kvalifikasjonskravet. I stedet for å vurdere klagers referanseprosjekter opp mot det kvalifikasjonskravet som er fastsatt, har innklagede delt opp teksten i kravet og tolket enkeltbegrepene i teksten hver for seg. Klager er tidligere ansett som kvalifisert i flere andre konkurranser hvor tilsvarende kvalifikasjonskrav er benyttet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Det ble fastsatt en kvalifikasjonsterskel før tildelingsbeslutningen. Ved en feil ble det ikke gjort en korrekt vurdering av klagers kvalifikasjoner på dette tidspunktet. Klager må avvises da selskapet ikke oppfyller den kvalifikasjonsterskelen som er fastsatt.
- (13) Uansett angir kvalifikasjonskravet at referanseprosjektene må være av *"tilsvarende størrelse"*. Prosjektets størrelse var angitt i konkurransegrunnlaget til *"over EØS terskelverdi"*. Kravet om *"god erfaring"* innebærer at tilbyderne måtte presentere minst to prosjekter av *"tilsvarende størrelse"*. Klagers referanseprosjekter er derfor ikke tilstrekkelige til å oppfylle kvalifikasjonskravet.

Klagenemndas vurdering:

- (14) 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 totalentreprise for prosjektering og bygging av 24 boliger med garasjer, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget angitt å være *"over EØS terskelverdi"*. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (15) Saken gjelder vurderingen av klagers dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravet om *"god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet"*.
- (16) Klager ble meddelt at selskapet var tildelt kontrakten. Innklagede omgjorde imidlertid tildelingsbeslutningen og avviste klager. Innklagede har fremført to grunnlag for at klager må avvises. Den ene er at det ved avvismingen av de øvrige leverandørene ble fastsatt en terskel for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet, og at likebehandlingsprinsippet fordrer at også klager avvises. Den andre er at kvalifikasjonskravet etter en objektiv fortolkning må forstås slik at klagers referanseprosjekter ikke tilfredsstiller kravet.
- (17) Det følger forutsetningsvis av forskriften § 22-3 (5) at oppdragsgiver ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning ut fra en endret skjønnsutøvelse: Det er bare dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er lovlig at den kan (og skal) annulleres frem til kontrakt er inngått. Etter sin ordlyd gjelder bestemmelsen bare vurderingen av tildelingskriteriene, men formålsbetraktninger tilsier at tilnærmingen må være den samme for vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Dette er også lagt til grunn i langvarig praksis, jf. fra den senere tid klagenemndas avgjørelse i sak 2015/109 premiss (33).
- (18) Klagenemnda finner først grunn til å ta stilling til om kvalifikasjonskravet etter en objektiv fortolkning må forstås slik at klagers referanseprosjekter ikke tilfredsstiller kravet.
- (19) Det er ikke tvilsomt at konkurransegrunnlagets bestemmelser må tolkes objektivt, og ordlyden danner utgangspunktet for fortolkningen. Dette innebærer likevel ikke en rent språklig fortolkning. Ordlyden må blant annet leses i lys av de formål bestemmelsene skal ivareta, og andre reelle hensyn, jf. Rt. 2012 side 1729 (MIKA) med henvisning til Rt. 2010 side 961. I tilknytning til dette uttalte Høyesterett i MIKA-dommen *"at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetraktninger*

kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng."

- (20) Hensikten med kvalifikasjonskrav er å *"sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene"*, jf. forskriften § 17-4 (2). Selv om innholdet i et kvalifikasjonskrav må fastlegges ut fra en objektiv fortolkning, er det ikke noe til hinder for at kvalifikasjonskrav gir anvisning på en skjønnsmessig vurdering. Måten kvalifikasjonskravet er utformet på innebærer likevel at rammene for skjønnsutøvelsen er begrenset.
- (21) Praksis fra klagenemnda inneholder en rekke eksempler på lignende kvalifikasjonskrav, og uttalelser om fortolkningen av disse. Normalt vil eksempelvis et krav om erfaring fra tilsvarende oppdrag forstås på den måten at leverandøren må ha erfaring fra *"oppdrag av tilsvarende verdi, art og omfang"*, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2013/18, hvor nemnda likevel uttaler i premiss (34):

"Hvor strengt kvalifikasjonskravet skal tolkes og anvendes, vil kunne variere ut ifra hva anbudskonkurransen angår, sml. klagenemndas sak 2011/203 premiss (146)."

- (22) Hvordan kvalifikasjonskravet skal forstås må altså avgjøres konkret.
- (23) Kvalifikasjonskravet i vår sak må etter klagenemndas oppfatning forstås dithen at innklagede ville gjøre en skjønnsmessig vurdering av om de arbeidene leverandøren presenterte som referanseprosjekter utgjorde *"god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet"*.
- (24) Blant klagers referanseprosjekter var det to prosjekt klager fremhevet som *"ganske like"* den foreliggende anskaffelsen. Disse gjaldt henholdsvis et 18 leiligheter i Bardufoss på totalt 1500 kvm pluss garasjer, og 16 leiligheter på Skjold på totalt 1088 kvm pluss garasjer. I begge prosjektene var klager totalentreprenør, og verdien var på henholdsvis 32,7 millioner kroner og 28 millioner kroner. I lys av at leilighetsbyggene som skulle oppføres omfattet tre bygninger med åtte leiligheter i hver, har altså klager sett det slik at særlig disse prosjektene viste at selskapet hadde *"god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet"*.
- (25) Selv om ikke innklagede uttrykkelig har tilkjennegitt at dette er tilfellet, må det slik saken er opplyst, legges til grunn at innklagedes opprinnelige tildelingsbeslutning nettopp bygget på at klager ved disse referanseprosjektene hadde dokumentert *"god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet"*. Slik kvalifikasjonskravet var utformet, kan klagenemnda vanskelig se at denne vurderingen var ulovlig. Det var ikke uttrykkelig oppstilt et krav om tidligere leveranser av samme eller tilsvarende verdi. Det var strengt tatt heller ikke bedt om opplysninger om verdien av referanseprosjektene, kun om *"deres størrelser"*. Når det gjelder hvilke begrensninger i skjønnsutøvelsen henvisningen til *"tilsvarende størrelse og kompleksitet"* innebærer, er det det naturlig å se dette i lys av hva anskaffelsen gjaldt. Ettersom leilighetsbyggene som skulle oppføres omfattet tre bygninger med åtte leiligheter i hver, fremstår det fullt ut forsvarlig at innklagede anså klagers erfaring med 18 leiligheter i Bardufoss og 16 leiligheter på Skjold som *"god erfaring og kompetanse med prosjektering og utførelse av arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet"*.

- (26) Innklagede kan derfor ikke høres med at kvalifikasjonskravet etter en objektiv fortolking må forstås slik at klagers referanseprosjekter ikke tilfredsstiller kravet.
- (27) Det gjenstår å ta stilling til innklagedes anførsel om at klager må avvises ut fra likebehandlingsprinsippet. Grunnlaget for anførselen er at det ifølge innklagede ble fastsatt en terskel for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet, og at denne terskelen lå til grunn for avvisningen av de øvrige leverandørene.
- (28) Innklagede har imidlertid ikke gjort det klart hva denne terskelen konkret går ut på, og det er heller ikke dekning i sakens dokumenter for at det ble fastsatt en konkret terskel for at tilbyderne skulle anses kvalifisert. Innklagede kunne derfor heller ikke på dette grunnlag omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise klager.
- (29) Innklagedes anførsler gir på denne bakgrunn ikke grunnlag for å konkludere med at den opprinnelige tildelingsbeslutningen var ulovlig.
- (30) Innklagede har derfor brutt forskriften § 22-3 (5), jf. § 20-12 (1) bokstav a, ved å endre en lovlig tildelingsbeslutning og avvise klager.
- (31) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å ta stilling til om vilkårene for erstatning er til stede.

Konklusjon:

Forsvarsbygg Utvikling Nord har brutt forskriften § 22-3 (5), jf. § 20-12 (1) bokstav a, ved å endre en lovlig tildelingsbeslutning og avvise klager.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

