



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avlysning.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for oppføring av nybygg og rehabilitering av Sveio skole. Klagenemnda kom til at kvalifikasjonskravet om å ha "den tilstrekkelige faglige kompetanse slik at han kan få de nødvendige tillatelser som kreves etter plan- og bygningslova" var ulovlig. Ettersom kvalifikasjonskravet var ulovlig, måtte konsekvensen av dette være at konkurransen ble avlyst. Dissens.

Klagenemndas avgjørelse 10. mai 2017 i sak 2017/36

Klager: Engelsen Bygg AS

Innklaget: Sveio kommune

**Klagenemndas
medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Sveio kommune (innklagede) kunngjorde 28. september 2016 en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for oppføring av nybygg og rehabilitering av Sveio skole. Anskaffelsens verdi ble estimert til 70 millioner kroner. Tilbudsfrist var 10. november 2016.
- (2) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene pris (40 prosent), kvalitet (40 prosent), og miljø (20 prosent).
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 0.03 var det oppstilt følgende kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav:

"Dokumentasjon av Sentral godkjenning tiltaksklasse 2 eller dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at lokal godkjenning vil bli gitt i tiltaksklasse 2"

Kravet er at tilbyder skal ha den tilstrekkelige faglige kompetanse slik at han kan få de nødvendige tillatelser som kreves etter plan- og bygningslova.¹

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 0.05, forhold på arbeidsplassen, var det angitt følgende om ansvarsrett:

"1. Totalentreprenøren skal enten ved egen godkjenning eller ved godkjenning av engasjerte underentreprenører dekke de godekjenningsområder som kreves for gjennomføring av prosjektet. Det kreves for dette prosjektet søknad etter plan- og bygningsloven.

2. Totalentreprenøren er ansvarlig for kvaliteten av eget og underentreprenørens

¹ Sitatet er rettet.

arbeid samt oppfølging av bestemmelsene i reglementet, forskrifter og lover som angår det enkeltes arbeid."

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede seks tilbud, herunder fra Engelsen Bygg AS (klager) og Haaland og Thuestad AS (valgte leverandør).
- (6) Valgte leverandør dokumenterte sentral godkjenning for utførelse av plasstøpte betongkonstruksjoner i tiltaksklasse 3, tømrerarbeid og montering av trekonstruksjoner i tiltaksklasse 2 og rivning og miljøsanering i tiltaksklasse 2.
- (7) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. mars 2017. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse avventes inntil klagenemnda har behandlet saken. Klagenemnda prioriterer derfor saken.
- (8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. mai 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (9) Innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om å ha *"den tilstrekkelige faglige kompetanse slik at han kan få de nødvendige tillatelser som kreves etter plan- og bygningsloven"*. Valgte leverandør har ikke sentral godkjenning for de nødvendige funksjoner. Det er ikke dokumentert godkjenninger for rollene som prosjekterende, søker og kontrollerende. Valgte leverandør har kun godkjenning som utførende, og da kun innenfor tre isolerte fagområder, hvorav ingen tekniske fag. Valgte leverandør har heller ikke godkjenning for overordnet ansvar. Det er heller ikke dokumentert at de underliggende krav for å oppnå godkjenning vil oppnås. Videre har ikke valgte leverandør erfaring fra tilsvarende prosjekter. Prosjektene som ligner mest ble gjennomført før SAK10 trådte i kraft og ledende personell med erfaring er tilsynelatende ikke lenger i selskapet. Det er heller ikke fremlagt forpliktelseserklæring eller lignende for andre foretak som valgte leverandør må støtte seg på for å oppfylle kvalifikasjonskravet.
- (10) Subsidiært anføres det at konkurransen må avlyses som følge av at kvalifikasjonskravet er ulovlig. Se til sammenligning klagenemndas sak 2016/172.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har ikke brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør. Kvalifikasjonskravet gir oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn. Det sentrale for oppdragsgiver er å vurdere om tilbyder vil ha nødvendige godkjenninger i sentrale byggfag og har erfaring fra tilsvarende prosjekter slik at samordningskompetanse (totalentreprenørkompetanse) kan anses dokumentert.
- (12) Rivning/miljøsanering, betongarbeid og tømrerarbeid er de tre sentrale elementene i dette byggeprosjektet. Valgte leverandørs sentrale godkjenninger innen disse områdene, sammen med den innleverte dokumentasjonen på referanseprosjekter og kvalitetssystem mv. er tilstrekkelig til å være sikker på at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet. Det kreves ikke at totalentreprenøren skal ha sentral godkjenning i alle fag. Det kreves at den samlede dokumentasjonen sannsynliggjør at sentral eller lokal godkjenning vil bli gitt med den aktuelle tilbyderen i rollen som totalentreprenør. Basert på den innleverte dokumentasjonen ble valgte leverandør ansett å oppfylle kvalifikasjonskravet for

funksjonen ansvarlig søker. I tillegg er arkitektfirmaet Link tiltransportert totalentreprenøren. Arkitektfirmaet har sentral godkjenning for arkitektur og ansvarlig søker i tiltaksklasse 3.

- (13) Subsidiært, dersom en foretar en streng tolkning av kvalifikasjonskravet, bør en vurdere å avvise klager da de som eneste tilbyder ikke har noen sentral godkjenning på tidspunktet for signering av kontrakt eller start av bygging.

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 totalentreprise for oppføring av nybygg og rehabilitering av Sveio skole, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 70 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin opplyste 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) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør, som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om å ha *"den tilstrekkelige faglige kompetanse slik at han kan få de nødvendige tillatelser som kreves etter plan- og bygningsloven"*.
- (16) For å ta stilling til klagers anførsel om valgte leverandør skulle vært avvist, må det først avklares hvordan kvalifikasjonskravet skal forstås. Klagenemnda har her delt seg i et flertall og et mindretall.
- (17) *Klagenemndas flertall*, nemndsmedlemmene Alver og Wahl, viser til at forskriften § 17-4 (2) slår fast at kvalifikasjonskravene *"skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres"*. Videre følger det blant annet av EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 (Max Havelaar) premiss 109, *"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."*
- (18) Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at det nærmere innholdet av et kvalifikasjonskrav etter omstendighetene må fastlegges også i lys av det tilhørende dokumentasjonskravet. Oppfyllelse av kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres enten med sentral godkjenning i tiltaksklasse 2 eller med dokumentasjon som sannsynliggjorde at lokal godkjenning ville bli gitt. Lest i sammenheng må kvalifikasjonskravet om å ha *"den tilstrekkelige faglige kompetanse slik at han kan få de nødvendige tillatelser som kreves etter plan- og bygningsloven"*, forstås på den måten at det var påkrevet å fremlegge sentral godkjenning i tiltaksklasse 2, eller å fremlegge dokumentasjon som sannsynliggjorde at lokal godkjenning ville bli gitt.
- (19) Det er ikke adgang til å oppstille et ubetinget krav til sentral godkjenning som kvalifikasjonskrav, jf. klagenemndas sak 2016/172 premiss (20). Videre ble reglene om lokal godkjenning for ansvarsrett opphevet med virkning fra 1. januar 2016. Foretakene

skal i stedet sende en erklæring til kommunen om at de påtar seg ansvar i byggesaken. Det er altså ikke mulig å få lokal godkjenning etter gjeldende regelverk. Etter flertallets oppfatning innebærer dette at kvalifikasjonskravets utforming ikke tilfredsstiller det klarhetskravet som er formulert av EU-domstolen, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2016/172 om et lignende kvalifikasjonskrav, i hvert fall for anskaffelser som følger forskriften del III.

- (20) Klagenemndas flertall finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt forskriften § 17-4 (2) ved å oppstille et ulovlig kvalifikasjonskrav. Denne feilen kan ikke rettes. Et kvalifikasjonskrav har normalt avgjørende betydning for tilbyderne ved spørsmålet om de skal delta i konkurransen. I denne saken har det ulovlige kvalifikasjonskravet også betydning for spørsmålet om hvorvidt innklagede lovlig kan aksepterte valgte leverandørs tilbud. Følgelig må konkurransen avlyses.
- (21) *Klagenemndas mindretall*, nemndsmedlem Trygstad, forstår kvalifikasjonskravet på en annen måte enn flertallet.
- (22) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 0.03 at det aktuelle kvalifikasjonskravet var at «tilbyder skal ha den tilstrekkelige faglige kompetanse slik at han kan få de nødvendige tillatelser som kreves etter plan- og bygningsloven». Leverandørene skulle oppfylle dette kvalifikasjonskravet ved "Dokumentasjon av Sentral godkjenning tiltaksklasse 2 eller dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at lokal godkjenning vil bli gitt i tiltaksklasse 2".²
- (23) Som flertallet har bemerkt, ble reglene om lokal godkjenning for ansvarsrett opphevet med virkning fra 1. januar 2016, nærmere ni måneder før denne konkurransen ble kunngjort. Etter denne endringen skjer det ikke lenger noen forhåndsgodkjenning av foretak som ønsker å ta på seg ansvar for sentrale roller i byggeprosjekter. Ansvarsretten inntreffer ved at foretaket inngir en signert erklæring hvor foretaket påtar seg ansvar for sentrale roller i tiltaket og innestår overfor bygningsmyndighetene for at plan- og bygningslovgivningens krav til kvalifikasjoner er oppfylt. Foretaket vil da være bundet av erklæringen og kan utsettes for sanksjoner hvis det utfører arbeid i strid med regelverket.
- (24) Endringen av systemet med ansvarsrett får betydning for terskelen for å oppfylle kvalifikasjonskravet om at leverandøren skal ha tilstrekkelig faglig kompetanse til å få de nødvendige tillatelser etter plan- og bygningsloven. Endringen av systemet innebærer videre at det ikke gir mening å kreve dokumentasjon som sannsynliggjør at lokal godkjenning vil bli gitt i tiltaksklasse 2.
- (25) Etter mindretallets syn innebærer ikke dette uten videre at kvalifikasjonskravet er ulovlig eller at innklagede er forpliktet til å avlyse konkurransen. Selv om det er mangler ved dokumentasjonskravet, vil kvalifikasjonskravet kunne anvendes i tråd med ordlyden. Dokumentasjonskrav står i en annen stilling enn kvalifikasjonskrav, og oppfyllelse av kvalifikasjonskravet kunne uansett ha vært dokumentert ved alternativ dokumentasjon.

² Gjengivelsen av sitatet er rettet.

- (26) Slik saken er opplyst finner mindretallet heller ikke konkrete holdepunkter for at utformingen av kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet har fått potensielle tilbydere til å avstå fra å delta i konkurransen.
- (27) Endringen av systemet med ansvarsrett og endringens betydning for terskelen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet kunne muligens ha gitt innklagede en *rett* til å avlyse konkurransen. Denne saken gir imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.
- (28) Spørsmålet om avlysningsplikt skal baseres på en objektiv tolking av kvalifikasjonskravet. Etter mindretallets syn er det derfor ikke avgjørende at innklagede ser ut til å ha forstått kvalifikasjonskravet på en noe annen måte enn det som fremgår av ordlyden. Mindretallet finner heller ikke avgjørende rettslige mangler ved innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet.

Konklusjon:

Sveio kommune har brutt forskriften § 17-4 (2) ved å oppstille et ulovlig kvalifikasjonskrav. Klagers øvrige anførsel er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk