



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav, vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av byggentreprenørtjenester for Bergensregionen. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om «nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten». Nemnda var enig med klager i at kvalifikasjonskravet, tolket i lys av dokumentasjonskravene og konkurransedokumentene for øvrig, måtte forstås slik at det var nødvendig å tilby en kontaktperson med minimum treårig bachelorgrad i ingeniørfag for å oppfylle kravet. Valgte leverandørs tilbudte kontaktperson hadde ikke bachelorgrad, og innklagede hadde derfor brutt forskriften § 24-2 ved ikke å avise valgte leverandør. Basert på dette resultatet tok nemnda ikke stilling til klagers anførsel om vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Klagenemndas avgjørelse 13. mars 2018 i sak 2018/23

Klager: Åsane Byggmesterforretning AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas

medlemmer: Jakob Wahl, Halvard Haukeland Fredriksen, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (innklagede) kunngjorde 12. oktober 2017 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for byggentreprenørtjenester for Bergensregionen. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget del I punkt 2.1.1 estimert til 75 000 000 til 80 000 000 kroner. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.2 angitt til 16. november 2017.
- (2) I konkurransegrunnlaget del III punkt 1.1 «Avtalens formål» fremgikk det at rammeavtalen skulle dekke «kjøp av byggentreprenørtjenester til drift- og vedlikeholdsprosjekter. Hovedområde for kontrakten er Hordaland fylke med Bergen og Os kommune». Hva slags oppgaver dette erfaringsmessig ville bestå av, var utdypet i punkt 2:

«Typiske oppgaver som erfaringsmessig vil utgjøre brorparten av avropene er vedlikehold og rehabilitering av eksisterende bygningsmasse:

- *Taktekking, fasader, utbygging vindu / dører.*
- *Innvendige overflater*
- *Mindre ombygginger av eksisterende bygninger*

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- *Asbest sanering i mindre omfang*
 - *Stillas / lift innleie ifbm fasade tiltak mm.»*
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget del I punkt 14 at rammeavtalen skulle tildeles tilbudet med den laveste prisen.
- (4) Kravene til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 7, hvor det blant annet var stilt følgende krav:
- «Leverandøren skal ha nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten»*
- (5) Kravet hadde to tilhørende dokumentasjonskrav:
- «1. Leverandør skal redegjøre for sitt personell som skal benyttes i utførelse av kontrakten. I redegjørelsen oppgis; navn og utdanning. Skjemaet i «Del I vedlegg 1» skal benyttes*
- 2. CV for hovedkontakt «Ingeniører som skal fungere som prosjektleder/kalkulator/kontaktperson for rammeavtalen», se skjemaet vedlagt «Del I vedlegg 1».*
- (6) Skjemaet i del I vedlegg 1 var utformet som en kompetansetabell, hvor det blant annet var lagt opp til at leverandøren skulle fylle ut navn og utdanning til *«[i]ngeniører som skal fungere som prosjektleder/kalkulator/kontaktperson for rammeavtalen (minimum 3-årig bachelor eller master i ingeniørfag)»*. Det skulle fylles ut informasjon for både *«hovedkontakt»* og *«støtte/erstatte»*.
- (7) I skjemaet var det også henvist til konkurransegrunnlaget del III *«Beskrivelse av avtalen»* punkt 4.3.2, som inneholdt følgende krav:
- «Det skal tilbys ingeniør med minimum 3-årig bachelor eller master i ingeniørfag».*
- (8) Innklagede mottok fem tilbud innen fristen, herunder fra JH Nævdal Bygg AS (valgte leverandør) og Åsane Byggmesterforretning AS (klager).
- (9) I brev 28. november 2017 ba innklagede om å få ettersendt dokumentasjon fra valgte leverandør vedrørende kvalifikasjonskravet om nødvendig kapasitet:
- «Kvalifikasjonskrav – nødvendig kapasitet*
- Det fremgår av konkurransegrunnlaget del I vedlegg 1 at leverandør skal oppgi en: "Ingeniører som skal fungere som prosjektleder/kalkulator/kontaktperson for rammeavtalen (minimum 3-årig bachelor eller master i ingeniørfag)". Samt en back up/støtte.*
- Av deres tilbud fremgår det at deres hovedkontakt har 2-årig ingeniørhøyskole. Forsvarsbygg må derfor etterspørre om dere har andre ressurser som dere kan benytte istedenfor ift. oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om personell med minimum 3-årig bachelor i ingeniørfag.*

I tillegg synes det noe tynt at back up som har 3-årig bachelor i ingeniørfag kun har det som er nærliggende å tro er knapt 1,5års erfaring. Personen kan fremdeles være støtte, men det vil være for lite til å trå inn som hovedkontakt.»

- (10) I brev 1. desember 2017 informerte valgte leverandør innklagede om at selskapet ikke ønsket å erstatte verken kontaktperson eller erstatter. Valgte leverandør fremholdt samtidig at selskapet oppfylte kravet om «*nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten*».
- (11) I brev 4. desember 2017 meddelte innklagede at rammeavtalen ville tildeles valgte leverandør. Det fremgikk av tildelingsbrevet at valgte leverandør hadde oppnådd en totalsum på 10 poeng, mens klager oppnådde en totalsum på 9,99 poeng.
- (12) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev 22. januar 2018.
- (13) Innklagede har valgt å avvente kontraktsinngåelse og saken har derfor vært underlagt prioritert behandling.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. mars 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Valgte leverandør skulle vært avvist fordi selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om «*nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten*».
- (16) Valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at tilbudet inneholdt et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om «*nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten*».
- (18) Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale for byggentreprenørtjenester for Bergensregionen som er en bygg- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget del I punkt 2.1.1 estimert til mellom 75 000 000 og 80 000 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (20) Klager har anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om «*nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten*».
- (21) Det følger av forskriften § 24-2 første ledd bokstav a at oppdragsgiver skal avvise en leverandør «*som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».

- (22) Klager viser til to forhold som selskapet hevder diskvalifiserer valgte leverandør. For det første er det vist til at valgte leverandør ikke har fylt ut utdanning for tilbudt personell i kompetanseskjemaet, selv om det følger av det relevante dokumentasjonskravet at det skulle oppgis navn og utdanning for tilbudt personell.
- (23) Kompetanseskjemaet er utformet slik at leverandørene for alle ressurspersonene med unntak av hovedkontakt og dennes erstatter skulle fylle inn navnene i en allerede angitt utdanningskategori. I motsetning til det klager hevder, er det dermed synliggjort hvilken utdanning de forskjellige ressurspersonene til valgte leverandør har.
- (24) For det andre hevder klager at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at den tilbudte hovedkontakten ikke har treårig bachelor i ingeniørfag.
- (25) Det følger av bestemmelsen i § 24-2 første ledd bokstav a at avvisningsplikten gjelder dersom leverandøren ikke oppfyller et kvalifikasjonskrav. Det er ingen tilsvarende plikt til å avvise dersom et dokumentasjonskrav ikke er oppfylt. Utgangspunktet for vurderingen er dermed om kvalifikasjonskravet om *«nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten»* var oppfylt.
- (26) Kvalifikasjonskravet legger til dels opp til en skjønnsmessig vurdering av om leverandøren har den nødvendige kapasiteten til å gjennomføre kontrakten. Denne skjønnsutøvelsen kan nemnda i begrenset grad overprøve rettslig. Klagers anførsel gjelder imidlertid ikke skjønnsutøvelsen. Klager hevder at kvalifikasjonskravet innebærer et absolutt krav om at tilbudt kontaktperson minimum har treårig bachelorutdanning. Dette beror på en tolkning av kvalifikasjonskravet, som klagenemnda kan prøve fullt ut.
- (27) EU-domstolen har i sak C-368/10 (Max Havelaar), som gjaldt et kvalifikasjonskrav, 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.»*, jf. premiss (109).
- (28) Ved fastsettelsen av innholdet i kvalifikasjonskravet er utgangspunktet dermed hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå det, se til sammenligning klagenemndas saker 2016/146 premiss (23) og 2016/188 premiss (26). Kravet må tolkes konkret, og i denne saken er det særlig dokumentasjonskravene, informasjonen i kompetanseskjemaet og kontraktsvilkårene som gir relevante tolkningsbidrag.
- (29) Dokumentasjonen som var påkrevd i tilknytning til kravet om *«nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten»* var todelt. Det ene gjaldt redegjørelse for personell som skulle benyttes ved utførelsen av kontrakten. Det andre dokumentasjonskravet, som er temaet her, lød som følger:

«CV for hovedkontakt «Ingeniører som skal fungere som prosjektleder/kalkulator/kontaktperson for rammeavtalen», se skjemaet vedlagt «Del I vedlegg 1»»

- (30) Når kvalifikasjonskravet leses i sammenheng med dokumentasjonskravene er det naturlig å forstå det slik at det måtte tilbys personell som hadde det angitte minstenivået av kompetanse. Av dokumentasjonskravet fremgikk det at minste akseptable kompetansenivå for hovedkontakten var ingeniør. Innklagede har i denne forbindelse anført at ingeniør ikke er en beskyttet tittel, og har redegjort for at de anså valgte leverandørs tilbudte kontaktperson som en ingeniør, basert på relevant utdanning og langvarig erfaring.
- (31) I kompetanseskjemaet, som det var uttrykkelig henvist til i dokumentasjonskravet, var det imidlertid angitt at tilbudte personer skulle ha «*minimum 3-årig bachelor eller master i ingeniørfag*». En tilsvarende formulering ble også brukt i kontraktutkastet.
- (32) Når kvalifikasjonskravet leses i sammenheng med dokumentasjonskravene og konkurransedokumentene for øvrig er nemnda enig med klager i at den rimelig velinformerte og normalt påpasselige leverandøren måtte legge til grunn at å tilby en kontaktperson med «*minimum 3-årig bachelor eller master i ingeniørfag*» var en forutsetning for å oppfylle kravet til «*nødvendig kapasitet til å gjennomføre kontrakten*».
- (33) Innklagede hevder imidlertid at valgte leverandør uansett oppfyller kvalifikasjonskravet fordi den manglende formalkompetansen hos hovedkontakten avhjelpes ved at tilbudte «*støtte/erstatter*» har treårig bachelor i ingeniørfag. Lest i sammenheng må imidlertid kompetanseskjemaet forstås slik at begge de tilbudte ingeniørene måtte ha minimum treårig bachelor. Det er dermed ikke tilstrekkelig for å oppfylle kvalifikasjonskravet at valgte leverandør tilbød en «*støtte/erstatter*» med den etterspurte formalkompetansen.
- (34) Basert på dette resultatet tar nemnda ikke stilling til klagers anførsel om vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (35) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, har påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har brutt forskriften § 24-2 ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagers øvrige anførsel er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk