



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tolkning av kvalifikasjonskrav

Innklagede kunngjorde en åpen tilbudskonkurranse for ombygging av en eksisterende tannklinikk til undervisningslokaler. Det var oppstilt kvalifikasjonskrav til prosjektleder. Klager ble avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, og anførte at innklagede hadde tolket kravet feil. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 19. mars 2024 i sak 2023/0730

Klager: Telemark Entreprenørservice AS

Innklaget: Porsgrunn kommune

Klagenemndas

medlemmer: Hallgrim Fagervold, Sverre Nyhus, og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Porsgrunn kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. mai 2023 en åpen tilbudskonkurranse for et totalentreprenøroppdrag om ombygging av eksisterende tannklinikk til undervisningslokaler. Estimert kontraktsverdi var fem millioner kroner. Tilbudsfristen var 9. juni 2023.
- (2) Denne saken gjelder konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav om tekniske og faglige kvalifikasjoner, angitt i konkurransegrunnlaget punkt 4.3. Kravet var tredelt. For det første ble det stilt krav til «[t]ilbyders erfaring fra sammenlignbare leveranser/oppdrag». Det andre var «[t]ilbyders kapasitet», og det tredje var «CV-er for nøkkelpersonell ansvarlig for gjennomføring av kontrakten». Det er det sistnevnte kravet som er relevant for klagesaken. Kravet skulle dokumenteres oppfylt i henhold til følgende tabell:

<i>Prosjektrolle</i>	<i>Formell utdanning</i> <i>(Minimumskrav)</i>	<i>Prosjektkompetanse/Erfaring</i> <i>(Minimumskrav)</i>
<i>Totalentreprenørens prosjektleder</i>	<i>Bachelor, eller høyere grad, med relevant fagkombinasjon.</i>	
<i>Byggeplass-/anleggsleder</i>	<i>Fagskole eller fagbrev med relevant fagkombinasjon</i>	

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Minimumskrav til formell utdanning kan fravikes dersom tilbudt personell kan dokumentere lang relevant erfaring (mer enn 10 år) innenfor fagfeltet.

- (3) I konkurransegrunnlaget kapittel 8 var prosjekteringen beskrevet. Der fremgikk det blant annet at det skulle benyttes godkjente og ansvarlige rådgivere «for alle relevante fagområder». Videre stod det at «[f]or fagdisipliner» der det er krav til uavhengighetskontroll av prosjektering, skal underlag klargjøres for kontroll minimum 4 uker før utførelsen». Det var også bestemt at:

«[V]edlagte tegninger skulle danne grunnlag for totalentreprenørens detaljprosjektering frem til nødvendige arbeids- og produksjonstegninger, spesifikasjoner og beskrivelser, samt senere sluttokumentasjon i form av «AS built» – tegninger ved prosjektets ferdigstillelse. Dette gjelder alle fag.»

- (4) Det var også stilt øvrige krav til byggeprosessen i konkurransegrunnlagets punkt 11.3:

«Totalentreprenør har ansvar for alle forhold på byggeplass, og må koordinere samkjøring med samtlige fag.»

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra leverandørene Mynd Entreprenør AS, Seltor AS (heretter *valgte leverandør*), og Telemark Entreprenørservice AS (heretter *klager*).

- (6) I klagers tilbud, var person A angitt som prosjektleder. Det var også opplyst følgende om bakgrunnen til A:

«Utdanning: Høyskole/Fagskole over 120 studiepoeng

Erfaring:

Herøya Industripark: Pris ca. 7 mill.- rehabilitering for ny kontorer. Entrepriseform NS8407

Frelsesarmeen: Pris ca. 14 mill.- rehabilitering. Entrepriseform NS8407».

- (7) Det fremgikk også av klagers tilbud at person B var oppført som daglig leder.
- (8) Innklagede gjennomførte dialog med samtlige av de tre leverandørene. I dialogen ble oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav diskutert med klager. Det ble lagt til grunn av innklagede at person A ikke oppfylte minimumskravet til formell utdanning, siden han ikke hadde bachelorgrad eller bedre. Innklagede la også til grunn at A ikke oppfylte det alternative kravet om erfaring i mer enn ti år innenfor fagfeltet.
- (9) Foranlediget av dialogen, byttet klager person A ut med B. Følgelig ble B angitt som prosjektleder. Innklagede vurderte at B oppfylte kvalifikasjonskravet, og klager ble dermed innstilt som vinner av konkurransen.
- (10) Valgte leverandør klagde på tildelingen 24. juni 2023. Innklagede tok klagen til følge 26. juni 2023. I avvisningsbrevet fremgikk det at A ikke oppfylte kvalifikasjonskravet. Innklagede informerte samtidig om at endring av prosjektleder etter tilbudsfrist ville innebære en ulovlig forbedring av tilbudet.

- (11) I anskaffelsesprotokollen av 29. juni 2023, stod det at klager hadde blitt avvist fra konkurransen, og at valgte leverandør ble tildelt kontrakt.
- (12) Klager påklaget avvisningen i brev 6. juli 2023. I klagen ble det hevdet at A oppfylte kvalifikasjonskravet, da han hadde mer enn ti års relevant erfaring innen fagfeltet. Som begrunnelse ble det opplyst følgende om erfaringen:
- «- tømrer med fagbrev fra 2009*
- på fagskole i perioden 2014-2016*
- prosjektleder i 5 år (4 år i Morgan AS og 1 år i Profil Montasje AS)*
- selvstendig næringsdrivende som tømrer i 3 år frem til han ble ansatt som prosjektleder i TES».*
- (13) Innklagede tok ikke klagen til følge, og i brev av 16. august 2023 ble det lagt til grunn at kvalifikasjonskravet ikke var dokumentert oppfylt.
- (14) I brev av 18. august 2023 opprettholdt klager klagen, og bestred tolkningen av kvalifikasjonskravet.
- (15) Den 24. august 2023 opplyste innklagede at de ville inngå kontrakt med valgte leverandør. Klager begjærte midlertidig forføyning den 25. august 2023. Telemark tingrett avsa avvisningskjennelse den 28. august 2023, ettersom innklagede opplyste tingretten at kontrakt hadde blitt inngått 25. august 2023.
- (16) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 30. august 2023.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. mars 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager. Kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner er tolket feil.
- (19) Det er enighet om at den tilbudte prosjektlederen ikke oppfylte kravet til formell utdannelse, men det er på det rene at A oppfylte det alternative kravet om å ha minimum ti års erfaring innenfor fagfeltet. Innklagede har feilaktig tolket «*fagfeltet*» som krav til å ha hatt rollen som prosjektleder i minimum ti år. Kravet må forstås som at det kreves erfaring innenfor én av de fagdisiplinene som inngår i ombygging/rehabilitering av bygg, eksempelvis tømrerarbeid
- (20) I konkurransegrunnlaget er det forutsatt at fag er områder hvor utdannelse på fagskoler leder frem til fagbrev, innen de forskjellige fag. Dette fremgår av konkurransegrunnlaget kapittel 8, og punkt 11.3. A har mer enn ti års relevant erfaring da han både har arbeidet som tømrer, og hatt rolle som prosjektleder i sammenlagt mer enn ti år. Etter en riktig tolkning av kvalifikasjonskravet skulle klager vært kvalifisert, og tildelt kontrakten. Avvisningen var dermed ulovlig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det er ingen rettslige mangler ved avvisningen av klager. Klager oppfylte ikke kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (22) Innklagede er ikke enig i klagers anførsel om at prosjektleder er en rolle, og ikke et fagområde i denne anskaffelsen. At prosjektlederarbeidet som prosjektlederen skal gjøre er et fag, følger imidlertid både av kvalifikasjonskravet og konkurransegrunnlaget for øvrig, og av alminnelig terminologi.
- (23) Kvalifikasjonskravet stiller minstekrav til prosjektlederens kompetanse, enten ved utdanningsnivå eller relevant erfaring. Det er presisert at den relevante erfaringen skal være «*innenfor fagfeltet*». Hva som er «*relevant erfaring [...] innenfor fagfeltet*», fremgår av kvalifikasjonskravet lest i sammenheng. Prosjektlederens fagfelt er prosjektledelse.
- (24) Dette er også den forståelsen som gir sammenheng i kvalifikasjonskravet. Kravene til formell utdanning gjelder også «*fag*». En prosjektleder som oppfyller den formelle delen av kvalifikasjonskravet, skal ha bachelor eller høyere grad med «*relevant fagkombinasjon*». Innklagede er ikke kjent med at man kan få bachelor som tømmer. Dette er en konsekvens av at det er egne krav til «*fagfeltet*» som prosjektlederen skal ha relevant erfaring innenfor.
- (25) Under enhver omstendighet har ikke klager dokumentert at kvalifikasjonskravet var oppfylt, uavhengig av hvilken tolkning som legges til grunn av ordet «*fagfelt*». Klager supplerte først erfaringene etter tilbudsfristens utløp. Spesifikt kom informasjonen om A sitt fagbrev som tømmer m.m., i klagebrev av 6. juli 2023. Tilbudsfristen var 9. juni 2023.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder ombygging/rehabilitering av eksisterende tannklinikk til undervisningslokaler, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er fem millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (27) Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er hvorvidt klagers prosjektleder oppfyller kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a, at oppdragsgiver skal avvise leverandører som «*ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».
- (28) Klagenemnda viser innledningsvis til forskriften § 9-1 (2) som fastslår at leverandører bærer risikoen for uklarheter i tilbudet. Kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, og ut fra den dokumentasjonen som er innlevert på dette tidspunktet, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2023/590 avsnitt 37. Nemnda vil for øvrig bemerke at dette ikke stiller seg annerledes i en konkurranse med dialog, jf. forskriften § 9-3 (1), se lagmannsrettens avgjørelse i LE-2022-19926 og klagenemndas avgjørelse i sak 2020/515.
- (29) Innen utløpet av tilbudsfristen 9. juni 2023 hadde klager kun dokumentert at tilbudt prosjektleder hadde erfaring fra prosjektene Herøya Industripark, og Frelsesarmeen. Slik klagenemnda forstår det, gjorde heller ikke klager noe forsøk på å supplere dette i den etterfølgende dialogen. Først den 6. juli 2023, i klageomgangen, ble det ettersendt

ytterligere dokumentasjon om prosjektleders erfaring, herunder at han blant annet var tømmer med fagbrev fra 2009 og hadde femårs erfaring som prosjektleder. Slik klagenemnda ser det, er den etterfølgende dokumentasjonen dermed ikke relevant for avvisningsspørsmålet i denne saken.

- (30) Klagenemnda tar så stilling til om klager har dokumentert oppfyllelse av kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner, med utgangspunkt i den dokumentasjonen som faktisk var innlevert innen tilbudsfristen.
- (31) Utgangspunktet for tolkingen av kvalifikasjonskravene, er hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør forstår ordlyden i oppstilte krav. Dersom ordlyden er uklar, kan det være nødvendig å trekke inn i tolkingen andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på. Det kan ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget gir grunnlag for, og det kan ikke innfortolkes krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, se Høyesterett sin avgjørelse i HR-2022-1964 (*Flage Maskin*) avsnitt 51 og EU-domstolens avgjørelse i C-27/15 (*Pippo Pizzo*) avsnitt 35 følgende.
- (32) Kvalifikasjonskravet etterspurte «*CV-er for nøkkelpersonell ansvarlig for gjennomføring av kontrakten: Dokumentasjon iht. tabellen under.*». Selv om kvalifikasjonskravet primært etterspør CV-er, og den etterfølgende tabellen angis som dokumentasjon, er det nemndas forståelse at tabellens beskrivelse inngår, og utgjør en forlengelse av kvalifikasjonskravet. En slik forståelse har også sakens parter lagt til grunn. Partene er også enige om at klagers prosjektleder ikke oppfyller minimumskravet til formell utdanning. Uenigheten knytter seg til hvorvidt klager oppfyller det alternative kravet om realkompetanse: «*lang relevant erfaring (mer enn 10 år) innenfor fagfeltet*».
- (33) Så vidt klagenemnda kan se, taler mye for at kravet til realkompetanse relaterer seg til erfaring i rollen som prosjektleder. Nemnda finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette. Uansett om erfaringen skal anses knyttet til prosjektledelse eller tømring mv., er det klart at erfaringen må ha vært opparbeidet i minimum 10 år. Dokumentasjonen inngitt på tilbudstidspunktet ga ingen indikasjoner på lengden av prosjektlederens erfaring.
- (34) Klagenemnda har derfor kommet til at klager ikke har dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til tilstrekkelig erfaring. Innklagede har dermed ikke brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen etter forskriften § 9-1 (1).
- (35) På bakgrunn av konklusjonen, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Porsgrunn kommune har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise Telemark Entreprenørservice AS fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur