



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ettersending/supplering

Målselv kommune gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av arbeider for separering av spillvanns- og overvannsledning. Klagenemnda kom til at innklagede ved sitt svar på et spørsmål forut for tilbudsfristen, hadde oppstilt en automatisk avvisningsgrunn ved manglende dokumentasjon for oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav på tilbudstidspunktet, og at innklagede derfor hadde brutt regelverket ved å etterspørre dokumentasjon for oppfyllelse av dette kravet.

Klagenemndas avgjørelse 18. januar 2024 i sak 2023/796

Klager: Onos Ole Nordmo & Sønn AS

Innklaget: Målselv kommune

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

(1) Målselv kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. mars 2023 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av arbeider for separering av spillvanns- og overvannsledning på Rustadhøgda i Målselv kommune. Anskaffelsens verdi var ikke opplyst i konkurransegrunnlaget, men er oppgitt av innklagede å være ca. 6,5 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 12. april 2023.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 «Anskaffelsesprosedyren» var det oppgitt følgende:

«Anskaffelsen gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) FOR 2016-08-12-974. del I og del II, samt Forsyningsforskriften FOR-2016-08-12-975 del I.

I denne konkurransen er det ikke adgang til å forhandle. Det er følgelig ikke anledning til å endre tilbudet etter tilbudsfristens utløp. Videre gjøres det oppmerksom på at tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene skal avvises etter forskrift om offentlige anskaffelser § 24-8 (1) b. Oppdragsgiver kan avvise tilbud som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige, jfr. forskriftens § 24-8(2) a.

(...)

Anskaffelsen gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016(LOA) og Forsyningsforskriften FOR-2016-08-12-975

Oppdragsgiver planlegger å tildele kontrakt uten å ha dialog med leverandørene utover eventuelle avklaringer/korrigeringer.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (3) Det var i konkurransegrunnlaget stilt flere kvalifikasjonskrav, blant annet til sentral godkjenning:

Krav	Dokumentasjonskrav
Sentral godkjenning – tiltaksklasse 3, eller tilsvarende	- Godkjenningsbevis for sentral godkjenning Eller: - Dokumentasjon av tilsvarende kompetanse for tiltaksklasse 3

- (4) Det ble stilt spørsmål til fortolkningen av kravet til sentral godkjenning 20. mars 2023:

«Det er stilt krav om tiltaksklasse 3 i dette prosjektet.

Hvilke områder gjelder dette for? Og er det mulig å søke om lokalgodkjenning hvis en har tiltaksklasse 2?»

- (5) Spørsmålet ble svart ut av innklagede 21. mars 2023:

«Det vil bli krevd tiltaksklasse 3 for utførende av fagområde d. "Vannforsynings- og avløpsanlegg" og tiltaksklasse 2 for utførende fagområde a. "Innmåling og utstikking av tiltak" og b. "Veg- og grunnarbeider".

Det er ikke satt krav om sentral godkjenning så det er mulig å erklære dette lokalt, men dokumentasjon for tilstrekkelig kompetanse og referanseprosjekter/erfaring må legges ved innsendt tilbud. Dokumentasjonen må vise til utdanning, kompetanse og erfaring som kreves for å kunne få tiltaksklasse 2 og 3 utførende innen de aktuelle fagområdene. Krav til utdanning og praksis finnes i Byggesaksforskriften (SAK10) §11-3. Tilbud som ikke inneholder tilstrekkelig dokumentasjon for dette vil bli forkastet. Dersom dokumentasjonen viser at entreprenørens faglige ledelse ikke tilfredsstiller kravene for tiltaksklasse 3 og/eller 2 fastsatt i SAK10 vil også tilbudet forkastes.»

- (6) Innklagede mottok tre tilbud, herunder fra Rognmo Graverservice AS (heretter *valgte leverandør*) og Onos Ole Nordmo & Sønn AS (heretter *klager*). Den tredje leverandøren ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (7) Innklagede gjennomførte avklaringer og fikk ettersendt kvalifikasjonsdokumentasjon fra samtlige leverandører i konkurransen.
- (8) Kontrakt ble tildelt 19. april 2023. Klager påklagde tildelingen samme dag, under henvisning til at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til sentral godkjenning.
- (9) Innklagede svarte på klagen 20. april 2023 med følgende begrunnelse:

«Rognmo Graverservice AS [...] innehar sentral godkjenning for tiltaksklasse 2 utførende i alle de tre overnevnte fagområdene. For fagområdet "Vannforsynings- og avløpsanlegg" innehar ikke tilbyder sentral godkjenning på tiltaksklasse 3 utførende, men har dokumentert at deres faglige ledelse innehar tilsvarende kompetanse iht. SAK10 for å kunne få tiltaksklasse 3 utførende, som fastsatt i konkurransegrunnlaget.»

- (10) Klagen ble opprettholdt i brev 24. april 2023, etter at klager hadde konferert sin forståelse av valgte leverandørs dokumentasjon med Direktoratet for byggkvalitet.
- (11) Innklagede innhentet deretter en juridisk vurdering vedrørende spørsmålet om de to leverandørene oppfylte kvalifikasjonskravene i konkurransen. Resultatet av denne var at det var usikkert om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet til kompetanse og erfaring tilsvarende tiltaksklasse 3 for vannforsyning- og avløpsanlegg gjennom dokumentasjonen som forelå på dette tidspunktet.
- (12) Innklagede informerte i brev til leverandørene 4. mai 2023 at valgte leverandør ikke hadde fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon for sentral godkjenning i henhold til kravet. Valgte leverandør ble gitt frist til 9. mai 2023 for å dokumentere dette. Innklagede opplyste samtidig om at konkurransen ville bli avlyst dersom valgte leverandør ble avvist som følge av at det da bare ville være én tilbyder igjen i konkurransen.
- (13) Valgte leverandør oversendte deretter en liste og beskrivelse av erfaring med vann- og avløp tiltaksklasse 3 fra 2013 til 2023. Etter en vurdering under veiledning av Direktoratet for byggkvalitet og Brevika fagskole om innholdet i dokumentasjonen, vurderte innklagede kvalifikasjonskravet som oppfylt. Tildelingen ble opprettholdt i brev 24. mai 2023.
- (14) Kontrakt ble signert 8. juni 2023.
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. september 2023.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. januar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen som følge av at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til sentral godkjenning i tiltaksklasse 3 eller tilsvarende på tilbudstidspunktet.
- (18) Innklagede presiserte i spørsmål- og svarrunden i forkant av tilbudsfristen at tilbud som ikke inneholdt tilstrekkelig dokumentasjon, ville bli forkastet. Oppdragsgivers uttalelse om at manglende dokumentasjon i tilbudet ville lede til avvisning, innebar at adgangen til å hensynta ettersendt dokumentasjon ville være stengt. Ved tolkningen må en se hen til at spørsmål- og svarrunden befinner seg i tid etter konkurransegrunnlaget. Uttalelsen innebar at manglende dokumentasjon knyttet til kravet om sentral godkjenning, ville være en automatisk avvisningsgrunn.
- (19) Verken konkurransegrunnlaget eller de øvrige anskaffelsesdokumentene sperret for ettersending av dokumentasjon knyttet til andre kvalifikasjonskrav. Innklagede hadde derfor adgang til å innhente ytterligere dokumentasjon fra klager for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Det foreligger ikke gyldige avvisningsgrunner for klagers tilbud.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å tildele kontrakten til valgte leverandør.

- (21) Anskaffelsen er regulert av forsyningsforskriften del I, med de suppleringer som er gjort i konkurransegrunnlaget.
- (22) Presiseringen i spørsmål- og svarrunden kan ikke tolkes som at tilbud som ikke inneholdt tilstrekkelig dokumentasjon på tilbudstidspunktet, ville bli forkastet. Presiseringen innebar at tilbudet måtte inneholde slik dokumentasjon, men ikke at kravet måtte være oppfylt på tilbudstidspunktet. Svaret må leses i sin kontekst, at det skulle svare ut spørsmålet om hvilke områder det er krav til tiltaksklasse 3 for, og om det var mulig å søke om lokal godkjenning hvis leverandøren bare hadde tiltaksklasse 2.
- (23) Regelverket innklagede hadde angitt i konkurransedokumentene, herunder også svar gitt i spørsmål- og svarrunden, er overholdt. Kommunen har også fulgt de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet ved gjennomføring av konkurransen.
- (24) Ingen av leverandørene i konkurransen leverte tilfredsstillende dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene var oppfylt på tilbudstidspunktet. Samtlige leverandører fikk derfor muligheten til å supplere sine tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder separering av spillvanns- og overvannsledning, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 6,5 millioner kroner.
- (26) Anskaffelsen følger lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73. Det er i konkurransegrunnlaget også angitt at anskaffelsen følger forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) del I, jf. § 5-1 og § 5-2 (1) bokstav b, jf. § 1-1 bokstav c, og forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 del I og II. Konkurransegrunnlaget henviste også til avvisningsbestemmelsen i anskaffelsesforskriftens del III, § 24-8. Kunngjøringen opplyste om at prosedyren var «åpen tilbudskonkurranse», men oppga ikke hvilket regelverk anskaffelsen skulle følge.
- (27) Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at der oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene opplyser at man vil anvende et strengere regelverk enn det anskaffelsens verdi eller type tilsier, vil oppdragsgiver være bundet av dette, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2022/924 avsnitt 35 med videre henvisninger.
- (28) I denne konkrete saken har innklagede lagt til grunn tre ulike regelsett (forskriften del I og II, del III og forsyningsforskriften del I). Det er dermed uklart hvilke forskrifter, og hvilke deler av disse forskriftene, som kommer til anvendelse. I slike tilfeller mener klagenemnda at det er naturlig å se hen til utgangspunktet om anskaffelsens art og verdi. Anskaffelsen er en bygge- og anleggsanskaffelse, og verdien er estimert til 6,5 millioner kroner. I tillegg til anskaffelsesloven følger anskaffelsen forsyningsforskriften del I, jf. § 5-1 og § 5-2 (1) bokstav b, jf. § 1-1 bokstav c og § 1-5 (2) bokstav b.

Adgang til ettersendelse av kvalifikasjonsdokumentasjon

- (29) Klager har anført at innklagede i spørsmål- og svarrunden hadde oppstilt en regel om automatisk avvisning ved manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet på tilbudstidspunktet. Det var derfor ikke anledning til å ettersende dokumentasjon på

oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til sentral godkjenning. Valgte leverandør skulle dermed vært avvist.

- (30) Forsyningsforskriften del I inneholder ikke regler om avvisning. Det følger imidlertid av anskaffelsesloven § 4 at konkurransen skal gjennomføres i samsvar med de grunnleggende prinsippene, herunder prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet. Dette innebærer at en oppdragsgiver bare kan inngå kontrakt med en leverandør som oppfyller angitte kvalifikasjonskrav, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/207, avsnitt 15.
- (31) Innklagede vurderte det som usikkert om valgte leverandør hadde dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til sentral godkjenning på bakgrunn av den dokumentasjonen som forelå på tilbudstidspunktet, og var derfor nødt til å etterspørre ytterligere dokumentasjon for å kunne fastslå at kravet var oppfylt.
- (32) Retten til å ettersende mangelfull dokumentasjon, er et unntak fra hovedregelen om at dokumentasjonen må foreligge sammen med tilbudet. Oppdragsgiver har imidlertid fri adgang til å bestemme at unntaksregelen ikke skal gjelde.
- (33) Det følger av de grunnleggende prinsippene at oppdragsgiver er bundet av de føringene som er fastsatt konkurransegrunnlaget, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2022/911 avsnitt 22. Presiseringer/svar i spørsmål og svar-runden må likestilles med opplysninger gitt i selve konkurransegrunnlaget, jf. sak 2022/169 avsnitt med videre henvisning.
- (34) I foreliggende sak ble det underveis i konkurransen stilt spørsmål vedrørende kravet til sentral godkjenning. I svaret skrev innklagede blant annet at «*dokumentasjon for tilstrekkelig kompetanse og referanseprosjekter/erfaring må legges ved innsendt tilbud*», samt at «*Tilbud som ikke inneholder tilstrekkelig dokumentasjon for dette vil bli forkastet*».
- (35) Avgjørende for spørsmålet om det var oppstilt en automatisk avvisningsgrunn knyttet til sentral godkjenning, blir dermed hvordan disse utsagnene skal tolkes.
- (36) Ved tolkningen må det tas utgangspunkt i den alminnelige språklige forståelsen, men andre momenter, som kontekst og formål, vil også kunne få betydning.
- (37) Etter klagenemndas vurdering tilsier ordlyden i seg selv klart at det var et krav om at dokumentasjonen måtte sendes inn sammen med tilbudet. Dette innebærer at dokumentasjonen skulle oversendes senest på tilbudstidspunktet, og at tilbudet ville bli avvist dersom dette ikke ble gjort.
- (38) Innklagede peker i sin argumentasjon på flere andre tolkningsfaktorer som tilsier at forbeholdet ikke kan forstås bokstavelig. Blant annet er det vist til at presiseringen ble gitt i forbindelse med et spørsmål som ikke gjaldt adgangen til ettersending eller supplering, men om det var mulig å søke om lokal godkjenning. Selv om konteksten kan ha en viss relevans i tolkningen av utsagnet, er ikke dette etter klagenemndas vurdering tilstrekkelig til å bortfortolke den klare ordlyden. Nemnda bemerker også at det var fullt mulig å svare på spørsmålet uten å ta med de aktuelle setningene.
- (39) Innklagede anfører videre at svaret ikke kan tolkes som å oppstille en absolutt avvisningsgrunn ettersom det ikke eksplisitt er brukt begrepet «*tilbudstidspunkt*».

Klagenemnda er ikke enig i dette. Kravet var at dokumentasjonen måtte sendes inn sammen med tilbudet, og kan etter nemndas vurdering ikke tolkes på annen måte enn at dette måtte foreligge senest på tilbudstidspunktet.

- (40) Klagenemnda viser også til at det ikke er avgjørende at konkurransegrunnlaget i seg selv åpner for avklaringer. Formuleringen i spørsmål/svarrunden er etter sin ordlyd klar og uten forbehold, og også gitt på et senere tidspunkt enn de aktuelle formuleringene i konkurransegrunnlaget.
- (41) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede i spørsmål/svarrunden hadde oppstilt en regel om automatisk avvisning ved manglende dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Innklagede hadde dermed ikke adgang til å etterspørre dokumentasjon på kravet, og valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen.
- (42) Klager har anført at det ikke foreligger avvisningsgrunner for deres tilbud. Klager er imidlertid ikke avvist fra konkurransen, og nemnda har derfor ikke grunnlag for å behandle denne anførselen.
- (43) Bruddet som klagenemnda har konstatert, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Målselv kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til sentral godkjenning.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur