



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

TENDEN ADVOKATFIRMA ANS
Postboks 423
3101 TØNSBERG
Kaja Oftedal

Deres ref.

Vår ref.
2024/0059-8

Saksbehandler
Mildrid Sulen Henden

Dato
24.05.2024

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 8. januar 2024 på offentlig anskaffelse av lokale støytiltak i Rv291 Bjørnstjerne Bjørnsons gate i Drammen. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Statens Vegvesen (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. august 2023 en åpen tilbudskonkurranse om en utførelsesentreprise for lokale støytiltak i Rv291 Bjørnstjerne Bjørnsons gate i Drammen. Anskaffelsens verdi var estimert til 11 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 7. september 2023.
- (2) Støytiltakene skulle gjennomføres i 48 boenheter fordelt på fire boligblokker samt to boenheter i en flermannsbolig. Arbeidene bestod av utskiftning av vinduer og balkongdører, installasjon av passive og mekaniske lyddempende ventiler, gips i skråtak, tetting av ventiler samt fresing av terskler ved behov for å oppnå bedre luftgjennomstrømning.
- (3) Kontrakt ville tildeles til leverandøren med lavest tilbudspris.
- (4) Kvalifikasjonskravene var inntatt i konkurransegrunnlagets del B2. Ett av kravene til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner var «*Relevant erfaring*». Det var angitt slik i konkurransegrunnlaget:

«Leverandøren skal ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad, herunder fra følgende sentrale arbeider:

- 1. Montering av nye lyddempende vinduer og balkongdører i både lette og tunge (mur og betongvegger) konstruksjoner. [...]*

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

2. *Hulltaking og montering av lyddempende passive- og mekaniske ventiler (desentralisert ventilasjon). [...]*

3. *Montering av gipsplater, inkludert overflatebehandling*

Deloppgaver av vesentlig betydning for kontraktarbeidet: Elektriske installasjoner i forbindelse med monteringen av mekaniske lyddempende ventiler, inkludert betjenings-/styrepanel, samt utfylling av samsvarserklæring for elektriske installasjoner, osv.

Leverandøren skal selv ha erfaring fra utførelsen av de sentrale arbeidene som nevnt ovenfor. Det er ikke tilstrekkelig at leverandøren kun har erfaring fra, for eksempel, å styre underentreprenørenes utførelse av de sentrale arbeidene. Hvis leverandøren kun har erfaring fra, for eksempel, å styre underentreprenører, må leverandøren støtte seg på andre virksomheter som har den nødvendige erfaringen fra utførelse av de aktuelle sentrale arbeidene, se B2 pkt. 4.1.»

(5) Kvalifikasjonskravet var etterfulgt av følgende dokumentasjonskrav:

«En liste over inntil 5 og ikke mindre enn 3 kontrakter som leverandøren har gjennomført eller gjennomfører i løpet av de siste fem årene regnet fra tilbudsfristen. Listen skal, jf. skjema inntatt i kapittel E1 punkt 5, inneholde følgende for hver av kontraktene:

- *Navn på mottaker (oppdragsgiver)*
- *Beskrivelse av hva kontraktarbeidene gikk ut på, herunder relevansen i forhold [til] kvalifikasjonskravet.*
- *Hvilke arbeider som ble utført av leverandøren selv, og hvilke arbeider som ble utført av underleverandører (kontraktsmedhjelpere).*
- *Tidspunkt for leveransen.*
- *Kontraktens verdi.*
- *Referanseperson/kontaktperson hos oppdragsgiver med kontaktdata (telefonnummer og e-postadresse), og angivelse av vedkommende sin rolle hos oppdragsgiver under kontrakten. Leverandøren er ansvarlig for at referansepersonen er tilgjengelig og avgir referanse.»*

(6) Det var også angitt at leverandørene skulle fylle ut et svarskjema i konkurransegrunnlaget for dokumentasjon av kvalifikasjonskravet. Dette var inntatt i del E1 og var kalt skjema 5. Det var her angitt at leverandørene skulle fylle inn mellom tre og fem referanseprosjekter fra de siste fem årene. Det var presisert over skjemaet at «[o]pplysninger kan også gis på eget skjema». Skjemaet inneholdt følgende rader:

- *Oppdragets navn*
- *Sted*
- *Oppdragsgiver*
- *Referanseperson (navn, stilling/tittel i referanseprosjektet, telefon og e-post)*

- *Tid for utførelse (fra-til) ååmm*
 - *Verdi i mill. kr. inkl. mva*
 - *Totalt antall årsverk*
 - *Herav egne arbeidstakere*
 - *Herav i underentreprise*
 - *H1-verdi inkl. underentreprenører*
 - *Kort beskrivelse av oppdraget inkl. hvilke arbeider som ble utført av leverandøren selv og hvilke arbeider som ble utført av underleverandører.*
- (7) Innklagede mottok seks tilbud før utløp av tilbudsfristen, herunder fra RK Montasje AS (heretter *klager*) og Strand Fasade AS.
- (8) Strand Fasade AS hadde i sitt tilbud ikke fylt ut skjema 5. Leverandøren hadde i stedet oppgitt fem referanseprosjekter i et eget skjema. Over skjemaet var det opplyst: «*Strand Fasade AS har de siste 10 år gjennomført støytiltak på 1890 eiendommer og nedenfor finnes et lite utvalg av disse, ytterligere referanser kan fremlegges på forespørsel*». Skjemaet inneholdt følgende opplysninger om referanseprosjektene:
- *Prosjekt/oppdrag*
 - *Kunde*
 - *Tidsperiode*
 - *Omfang i NOK og eller timer (for leverandør)*
 - *Leverandørens rolle*
 - *Antall brukere av leverandørens tjenester hos kunden*
 - *Beskrivelse av oppdraget og hvilke typer arbeider som er utført av oss*
 - *Kontaktperson for referanse.*
- (9) Den 2. oktober 2023 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Strand Fasade AS (heretter *valgte leverandør*). Valgte leverandørs tilbudspris var 6 521 660 kroner ekskl. mva. Klager ble rangert som nummer fire, med en tilbudspris på 7 474 485 kroner ekskl. mva.
- (10) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 2. og 5. oktober 2023. Innklagede besvarte klagen henholdsvis 4. og 5. oktober 2023. Klagene ble ikke tatt til følge.
- (11) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 16. oktober 2023.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 8. januar 2024.

Sekretariatets vurdering:

- (13) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder lokale støytiltak i Rv291 Bjørnstjerne Bjørnsons gate i Drammen, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 11 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1.
- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, fordi valgte leverandør ikke har levert den dokumentasjonen innklagede ba om i dokumentasjonskravet. Ifølge klager innebærer dette at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet.
- (15) I denne saken ble klager rangert som nummer fire i konkurransen. Det er ikke anført forhold som påvirker klagers rangering i forhold til leverandørene som ble rangert som nummer to og tre. Det fremgår imidlertid av anskaffelsesprotokollen at det kun er for valgte leverandør at innklagede har gjennomgått den innleverte dokumentasjonen for å vurdere om kvalifikasjonskravene var oppfylt. Det var på klagetidspunktet derfor kun mulig for klager å angripe vurderingen av om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet.

Avvisning av valgte leverandør

- (16) Sekretariatet skal vurdere om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet «*Relevant erfaring*».
- (17) Ifølge klager oppfyller ikke valgte leverandør kvalifikasjonskravet, da valgte leverandør har benyttet et eget skjema for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, og dette skjemaet inneholder ikke de samme opplysningene som skjema 5 i konkurransegrunnlaget.
- (18) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver «*skal*» avvise en leverandør som «*ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».
- (19) Ved fastleggelsen av innholdet i et kvalifikasjonskrav skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravet. Det nærmere innholdet av kvalifikasjonskravet må fastlegges på bakgrunn av kravets ordlyd. Det vil videre kunne være nødvendig å se hen til det tilhørende dokumentasjonskravet, konkurransegrunnlaget for øvrig, og hva kontrakten konkret går ut på, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/508, avsnitt 52.
- (20) Selv om det tilhørende dokumentasjonskravet kan være et tolkningsmoment i fastleggelsen av innholdet i kvalifikasjonskravet, er det kvalifikasjonskravet som skal være oppfylt. Det vil kunne være mulig å vise at et kvalifikasjonskrav er oppfylt, på annen måte enn å levere den etterspurte dokumentasjonen. I vår sak var det også presisert at leverandørene kunne benytte et eget skjema for angivelse av referanseprosjektene, i stedet for skjemaet inntatt i del E1. Den leverte dokumentasjonen må likevel dokumentere at kvalifikasjonskravet er oppfylt for at leverandøren skal kunne anses kvalifisert.
- (21) Det aktuelle kvalifikasjonskravet stilte krav til at leverandøren hadde tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad, herunder fra «*følgende sentrale arbeider*»: montering av nye lyddempende vinduer og balkongdører i både lette og tunge konstruksjoner, hulltaking og montering av lyddempende passive- og mekaniske ventiler, og montering av gipsplater, inkludert overflatebehandling.

- (22) Som dokumentasjon på dette skulle leverandørene levere en liste med inntil fem og ikke mindre enn tre referanseprosjekter gjennomført i løpet av de siste fem årene. Dette var presisert i konkurransegrunnlagets del B2, som også inneholdt dokumentasjonskravet og listet opp opplysninger som leverandørene skulle levere om referanseprosjektene.
- (23) Kvalifikasjonskravet legger opp til en viss skjønnsmessig vurdering av om de oppgitte referanseprosjektene og opplysningene om disse, medfører at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravet. Denne skjønnsutøvelsen kan i begrenset grad overprøves, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2022/1646, avsnitt 38. Det kan imidlertid prøves om innklagede har forholdt seg til de rettslige rammer konkurransegrunnlaget oppstiller for det innkjøpsfaglige skjønnnet.
- (24) Valgte leverandør benyttet seg av et eget skjema for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Ifølge klager har ikke valgte leverandør synliggjort oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, da det var enkelte opplysninger som skulle fylles inn i skjema E1, som valgte leverandør ikke hadde tatt med i sitt skjema.
- (25) Det at valgte leverandør har benyttet et annet skjema enn det som var lagt ved konkurransedokumentene for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, er ikke alene avgjørende for om kvalifikasjonskravet er oppfylt. Det avgjørende er om valgte leverandør har synliggjort de påkrevde kvalifikasjonene gjennom den dokumentasjonen som er levert.
- (26) Valgte leverandørs skjema så ikke identisk ut som skjema 5, og inneholdt ikke feltene «Totalt antall årsverk», «Herav egne arbeidstakere», «Herav i underentreprise» og «H1-verdi inkl. underentreprenører».
- (27) Et årsverk er en betegnelse på det arbeidet en arbeidstaker kan utføre i løpet av et helt arbeidsår. Slik sekretariatet tolker det, er dette feltet tatt med for å si noe om størrelsen på prosjektet. I dokumentasjonskravet var det imidlertid også angitt at leverandørene skulle opplyse om kontraktens verdi og tidsperiode for gjennomføring. Dette er også forhold som er med på å si noe om omfanget av et prosjekt. I valgte leverandørs tilbud var det for samtlige prosjekt opplyst om både «Tidsperiode» og «Omfang i NOK og eller timer (for leverandør)». Innklagede har dermed fått opplysninger om størrelsen på de oppgitte referanseprosjektene til valgte leverandør.
- (28) Det er ikke angitt H1-verdi for de forskjellige prosjektene. Dette er en måling av hyppigheten av arbeidsulykker som er så alvorlige at de medfører minimum én hel dags fravær fra arbeid eller arbeidsplassen.¹ Slik kvalifikasjonskravet er formulert finner sekretariatet det klart at innklagede kunne vurdere om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet uten denne opplysningen. H1-verdi var heller ikke nevnt i dokumentasjonskravet, men kun i referanseskjemaet vedlagt konkurransegrunnlaget.
- (29) Både i dokumentasjonskravet i del B2 og i skjemaet i del E1 var det angitt at leverandøren skulle oppgi om prosjektet var utført av leverandøren selv, eller om det var utført av underentreprenør.
- (30) Valgte leverandør har ikke uttrykkelig presisert at prosjektene kun er utført av egne ansatte. Etter sekretariatets oppfatning finnes det imidlertid flere holdepunkter som støtter at det er

¹ [Definisjon av H-verdi i byggenæringen \(nhobyggenaringen.no\)](https://www.nhobyggenaringen.no)

valgte leverandør selv som har utført alt arbeid i de oppgitte referanseprosjektene. Innledningsvis i dokumentet med referanseprosjektene er det opplyst at valgte leverandør har *«de siste 10 år gjennomført støytiltak på 1890 eiendommer og nedenfor finnes et lite utvalg av disse [...]»*. I beskrivelsen av oppdragene benyttes også formuleringer som *«vi utfører»*, *«tiltakene som ble utført av oss»*, *«vi hadde [...] ansvaret»* og lignende.

- (31) Konkurransen er gjennomført som en anskaffelse etter anskaffelsesforskriften del II, som også gir oppdragsgiver noe mer frihet enn om konkurransen fulgte anskaffelsesforskriften del III. Dette ble lagt til grunn av Forenklingsutvalget i NOU 2014:4, punkt 7.1, hvor det også ble påpekt at oppdragsgiver må stå friere ved anvendelsen av forskriften del II enn del III. Å skulle legge til grunn en streng fortolkning av valgte leverandørs tilbud, og dermed konkludere med at innklagede ikke hadde tilstrekkelige holdepunkter for å konkludere med at det var valgte leverandør selv som hadde utført referanseprosjektene, vil være i strid med Forenklingsutvalgets uttalelser.
- (32) Etter sekretariatets oppfatning har innklagede klart ikke gått utenfor de rettslige rammer konkurransegrunnlaget oppstiller ved å konkludere med at valgte leverandør var kvalifisert. Basert på resultatet i saken, kan sekretariatet heller ikke se at deltakerinteressen kan ha blitt påvirket, slik klager hevder.
- (33) Klagers anførsel kan klart ikke føre frem.
- (34) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Med hilsen

Mildrid Sulen Henden
Juridisk rådgiver

Line Rakner
Juridisk seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

Mottakere:
TENDEN ADVOKATFIRMA ANS, Kaja Oftedal
STATENS VEGVESEN, Vegard Frøysaa Bjerk

