



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for kjøp av drift og renhold av sentrumsområder og parkeringsanlegg i Bærum kommune. Klager fikk medhold i sin anførsel om at valgte leverandør skulle blitt avvist fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Klagenemndas avgjørelse 13. mai 2024 i sak 2024/0326

Klager: Bærum Veivedlikeholdsmaskiner AS

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Bjørn Berg og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

(1) Bærum kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. november 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drift og renhold av sentrumsområder og parkeringsanlegg i Bærum kommune. Anskaffelsens verdi var estimert til 60 millioner kroner. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.5 angitt til 23. januar 2024.

(2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 at:

«Formålet med anskaffelsen er å inngå en avtale som sikrer rene og godt vedlikeholdte sentrumsområder og p-anlegg. Fremkommelighet og trafiksikkerhet skal ivaretas.»

(3) Anskaffelsens omfang var beskrevet slik i konkurransegrunnlaget punkt 1.3:

«Oppdraget består av drift av sentrumsområder og p-anlegg.

Sentrumsdrift:

- herunder primært renhold ved feiing, og opsjon på tømning av avfallsbeholdere og søppelplukking, i områdene Sandvika, Bekkestua og Fornebu.*
- Arealene er ca. 67.000m², og rutinemessig feiing skal gjennomføres ca. 1-3 ganger per uke for de ulike områder, avhengig av årstid og hvor sentrale de ulike områdene er. I vintersesongen feies kun gatevarmede områder, dvs. ca. 42.000m².*

Drift av p-anlegg (2 parkeringshus og 26 parkeringsplasser)

- på ulike lokasjoner rundt omkring i kommunen. Arealene er totalt ca. 57.000m².*
- Oppgavene spenner fra: vårfeiing, rutinemessig feiing, søppelplukking og tømning av avfallsbeholdere, brøyting, strøing, isfjerning, lapping av asfalt og*

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

grusdekke, vegetasjonsfjerning (kantklipping/kvisting), reparasjon av kantstein og diverse andre vaktmesteroppgaver.

(...)»

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3.5 var det stilt krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner. Kvalifikasjonskravet stilte både krav til erfaring og gjennomføringsevne. Kravet til erfaring var som følger:

«Det kreves god erfaring fra tilsvarende oppdrag, veidrift og lignende.»

- (5) Det tilhørende dokumentasjonskravet lød som følger:

«Liste over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste tre år, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt, samt navnet på den offentlige eller private mottaker med kontaktinformasjon for ev. referanseinnhenting.

For nyetablerte selskap kan nøkkelpersoners erfaring fra tidligere arbeidsforhold likestilles med leverandørenes.»

- (6) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 6.1 at tildeling av kontrakt utelukkende skulle skje *«ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen»*.
- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 13.2 var det blant annet stilt krav til renhold, herunder feiing. Det skulle foretas renhold med feiing 1-2 ganger i uken på vinteren, og 2-3 ganger i uken på sommeren. Feiingen skulle *«hovedsakelig utføres maskinelt med liten feiebil»*. Det måtte imidlertid påberegnes håndarbeid der feie bilen ikke kommer til. I tillegg skulle enkelte steder rengjøres ved bruk av kost, spade eller håndblåser minst en gang i uken.
- (8) Innen tilbudsfristen var det kommet inn tilbud fra seks leverandører, herunder Bærum Veivedlikeholdsmaskiner AS (heretter *klager*) og Lommedalen Vei og Anlegg AS. To av leverandørene ble avvist fra konkurransen.
- (9) Innklagede meddelte at kontrakten ble tildelt Lommedalen Vei og Anlegg AS (heretter *valgte leverandør*) den 13. februar 2024. I begrunnelsen stod det at valgte leverandør utelukkende ble tildelt kontrakten som følge av at leverandøren tilbød lavest pris. Klager ble rangert som nummer to.
- (10) Klager påklaget tildelingen i brev av 26. februar 2024. Innklagede tok ikke klagen til følge og opprettholdt sin beslutning i brev av 29. februar 2024.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. mars 2024.
- (12) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. mai 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften ved å ikke avvise valgte leverandør. Valgte leverandør oppfylte ikke kvalifikasjonskravet om erfaring. Formuleringen «*tilsvarende oppdrag*» må forstås som oppdrag av tilsvarende verdi, art og omfang. Valgte leverandør har ikke dokumentert god erfaring med feiing og rengjøring av sentrumsområder, som utgjør den største delen av oppdraget.
- (15) Innklagede har ikke anledning til å innfortolke erfaring i referanseoppdragene som tilbyderen selv ikke har oppgitt. Referanseoppdragene til valgte leverandør gjelder vintervedlikehold av veier, samt renhold av skoler og borettslag. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist fra konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede bestrider å ha brutt anskaffelsesregelverket ved å tildele kontrakten til valgte leverandør. Etter innklagedes syn oppfyller valgte leverandør kvalifikasjonskravet knyttet til erfaring. Det er tilstrekkelig å vise til god erfaring med «*veidrift*» eller «*lignende*» for å bli kvalifisert. Valgte leverandør har god erfaring med «*veidrift*» og «*lignende*», jf. referanseoppdrag I og II. Valgte leverandør har dessuten dokumentert omfattende erfaring med arbeid på og ved offentlig vei, i et komplekst trafikkbilde. Etter innklagedes syn har valgte leverandør derfor dokumentert god erfaring med «*tilsvarende oppdrag*» som arbeid som foregår i «*sentrumsområder*».
- (17) Klagers tolkning av kvalifikasjonskravet er uriktig. Det er ikke holdepunkter i konkurransegrunnlaget for å oppstille et særskilt krav om erfaring med «*sentrumsdrift*» eller «*feiing*». Valgte leverandør har uansett erfaring med «*tilsvarende oppdrag*». Det er ikke grunnlag for å legge til grunn en for streng tolkning av «*tilsvarende oppdrag*», ettersom kontrakten inneholder en rekke varierte arbeidsoppgaver.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder drift og renhold av sentrumsområder, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til totalt 60 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (19) Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er om valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Et av kvalifikasjonskravene var at leverandørene måtte ha «*god erfaring fra tilsvarende oppdrag, veidrift og lignende*». Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres med en liste «*over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste tre år*».
- (20) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «*skal*» avvise en «*leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».
- (21) Partene er uenige om forståelsen av kvalifikasjonskravet, herunder om kravet skal forstås som kumulative eller alternative vilkår.

- (22) 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.
- (23) Slik klagenemnda tolker kvalifikasjonskravet kreves det god erfaring fra «*tilsvarende oppdrag*». Etter nemndas syn er formuleringen «*veidrift og lignende*» en presisering av hva som ligger i «*tilsvarende oppdrag*», og bidrar dermed til å legge føringer for hvordan kravet skal forstås. En slik presisering lar seg verken rubrisere som alternativ eller kumulativ.
- (24) Partene er også uenige om hva som ligger i formuleringen «*tilsvarende oppdrag*» i det aktuelle kvalifikasjonskravet.
- (25) Ved formuleringen «*tilsvarende oppdrag*» har innklagede åpnet for et visst rom for skjønn, men det er likevel satt en terskel for hva som skal til for å oppfylle kravet. Formuleringen «*god*» hever også terskelen for å oppfylle kvalifikasjonskravet. I formuleringen «*tilsvarende*» ligger det etter klagenemndas oppfatning et krav om at leverandørene har erfaring med lignende oppdrag, altså oppdrag av tilsvarende verdi, art og omfang som det som skal leveres i den aktuelle rammeavtalen. Dette er også lagt til grunn i nemndas avgjørelser i sak 2013/18 avsnitt (34), sak 2016/51 avsnitt (21) og (22) og sak 2017/172 avsnitt (20).
- (26) I HR-2022-1964-A (Flage Maskin) tok Høyesterett stilling til om det var riktig å avvise saksøker fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Høyesterett vurderte spørsmålet opp mot forskriften § 24-2 (1) bokstav a, som gjelder avvisningsplikt. Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse om tunelloppgradering. Oppdragsgiver hadde oppstilt et kvalifikasjonskrav om «*tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad*» fra kontraktens tre hovedområder, hvorav ett var «*trafikkavvikling*». I vurderingen av om det var riktig å avvise saksøker, så Høyesterett hen til beskrivelsen av oppdraget i konkurransegrunnlaget. Høyesterett fremhevet at trafikkavvikling blant annet omfattet kolonnekjøring med bruk av ledebil. Saksøker viste til at selskapet hadde erfaring med «*trafikkhåndtering*» i tre av fire tidligere oppdrag. I to av disse referanseprosjektene hadde imidlertid en underentreprenør stått for kjøringen med ledebil, og ikke saksøker selv. Dette ga ikke saksøker tilstrekkelig kompetanse. Det tredje referanseoppdraget var såpass begrenset i omfang at det ikke oppfylte kravet til erfaring med prosjekt av tilsvarende art og størrelse. Høyesterett kom dermed til at innklagede riktig hadde lagt til grunn at saksøker ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om «*tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad*».
- (27) I vår sak har innklagede stilt opp et noe strengere krav enn «*relevante*» oppdrag. Innklagede har oppstilt et krav om erfaring fra «*tilsvarende oppdrag*», som tilsier at referanseoppdragene i større grad må ligne den aktuelle anskaffelsen. Det er derfor nødvendig å se hen til hva anskaffelsen gjelder.
- (28) I dette tilfellet gjelder anskaffelsen drift og vedlikehold av sentrumsområder og parkeringsanlegg. I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 stod det at sentrumsdriften primært

bestod av renhold ved feiing, og opsjon på tømning av avfallsbeholdere og søppelplukking. I bilag 4 til konkurransegrunnlaget fremgikk det at feiingen gjaldt plasser, veier og fortau. Drift av p-anlegg omfattet oppgaver som feiing, tømning av avfallsbeholdere, søppelplukking, brøyting, strøing, lapping av asfalt og grusdekke, vegetasjonsfjerning og reparasjon av kantstein. Kontrakten hadde en estimert verdi på totalt 60 millioner kroner, noe som tilsvarer omtrent 10 millioner kroner i året (dersom opsjon utløses). Sentrumsområdene som skal driftes og vedlikeholdes er på omtrent 67 000m², mens parkeringsanleggene har et areal på totalt 57 000m². Nemnda forstår dette slik at feiing, herunder feiing av veibane, var en vesentlig del av kontrakten, på lik linje med at trafikkavvikling og kjøring med ledebil ble ansett som sentralt i den ovennevnte høyesterettsavgjørelsen.

- (29) Kvalifikasjonskravet må på denne bakgrunn forstås som et krav om at leverandørene må ha relevant erfaring med oppdrag som omfatter feiing av gater, plasser, gågater og fortau, i tillegg til diverse oppgaver knyttet til drift av parkeringsanlegg av samme størrelse og kompleksitet.
- (30) Valgte leverandør har vist til tre referanseoppdrag. Det første referanseoppdraget gjaldt vintervedlikehold av veier og trapper, i tillegg til kantklipping og kvisting om sommeren. Oppdraget innebar også brøyting og strøing. De to andre referanseoppdragene gjaldt feiing og vaktmestertjenester på ulike skoler og i et boligsameie i kommunen.
- (31) Innklagede har vist til at valgte leverandør gjennom det første referanseoppdraget har dokumentert omfattende erfaring med arbeid på og ved offentlig vei, i et komplekst trafikkbilde. Valgte leverandør har angitt oppdragets verdi til 3 millioner kroner, men innklagede har i svar på opprinnelig klage vist til at verdien er ca. 5,4 millioner per år de siste tre årene. Uansett er verdien betydelig lavere enn i den aktuelle anskaffelsen. Videre omfatter ikke det nevnte referanseoppdraget feiing, som utgjør en vesentlig del av den aktuelle anskaffelsen, etter innklagedes beregning ca. 30 til 40 prosent av arbeidet. Nemnda er enig med klager i at feiing skiller seg fra brøyting og strøing på en slik måte at det ikke kan anses som arbeid av samme art.
- (32) Referanseprosjekt nr. 2 gjelder feiing og vintervedlikehold av større plasser på skolene i Bærum. Dette oppdraget har imidlertid bare vart i seks måneder, og foreløpig har det ikke vært aktuelt med feiing.
- (33) Referanseprosjekt nr. 3 gjelder vedlikehold av et større boligsameie, herunder feiing, søppeltømming og diverse vaktmestertjenester. Heller ikke dette kan etter klagenemndas vurdering anses som «tilsvarende» som feiing av 67 000 m² veier, plasser og fortau og 57 000 m² parkeringsplasser. Ingen av oppdragene valgte leverandør har vist til gjelder feiing av veibane, som må antas å være forskjellig fra å feie skoleplasser og parkeringsplasser. Klager har også forklart ovenfor klagenemnda at rengjøring av sentrumsområder skiller seg vesentlig fra rengjøring av åpne plasser, som for eksempel skoler og parkeringsplasser. Etter nemndas syn er det mer krevende å rengjøre sentrumsområder på grunn av mennesker og trafikk, noe som gjør at referanseprosjekt nr. 2 og 3 til valgte leverandør ikke er av samme art som den delen av rammeavtalen som er knyttet til sentrumsdrift i foreliggende sak.
- (34) I likhet med Høyesteretts avgjørelse i Flage Maskin, er det klagenemndas vurdering at valgte leverandør mangler erfaring med det som fremstår som en sentral del av

anskaffelsen, her feiing av veibane. Den erfaringen valgte leverandør har med feiing er dessuten så begrenset i omfang at den ikke oppfyller kravet til «god» erfaring.

- (35) Ut ifra det samlede konkurransegrunnlaget er det klart at valgte leverandør måtte forstå at erfaring med feiing ville bli ansett nødvendig for å oppfylle kravet til «god erfaring fra tilsvarende oppdrag».
- (36) Samlet sett fremstår oppdragene mindre både med hensyn til geografisk utstrekning og i verdi. Sett hen til referanseoppdragenes art, omfang og verdi, har klagenemnda kommet til at valgte leverandør ikke oppfyller kravet om «god erfaring fra tilsvarende oppdrag».
- (37) Innklagede har dermed brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (38) Bruddet har påvirket utfallet av konkurransen, og gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. forskriften § 13.

Konklusjon:

Bærum kommune har brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur