



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Oslobygg KF gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise til prosjektet Kjelsås Omsorg+. Klagers anførsel om at klager ikke skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om kompetanse og erfaring fulgte ikke frem. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 29. oktober 2024 i sak 2024/0360

Klager: QAM AS

Innklaget: Oslobygg KF

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Hanne Torkelsen

Bakgrunn:

(1) Oslobygg KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. november 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise til prosjektet Kjelsås Omsorg+. Anskaffelsens verdi var estimert til 400 millioner kroner. Tilbudsfrist var 14. februar 2024.

(2) Anskaffelsens formål og omfang var beskrevet slik i konkurransegrunnlag del I punkt 1.3:

«Formålet med prosjektet er å etablere 77 Omsorg + boliger med aktivitetssenter og base for hjemmetjenesten. I tillegg skal det etableres utleiearealer for frisør, fotpleie og alternativ behandling. På tomte står det i dag en sveitservilla som skal flyttes internt på området. Denne er ikke en del av omsorg+ konseptet, men selve flyttingen og tilførsel av tekniske føringsveier med mer, samt utvendig oppgradering skal tas med i dette prosjektet. Nybygget er på ca. 10.000 kvm BTA og skal bygges i massivtre med en 1. etg. i betong. Det skal etableres energibrønner på eiendommen.»

(3) I konkurransegrunnlaget del I punkt 3.4 ble det blant annet stilt følgende krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Leverandøren skal ha god kompetanse og erfaring fra oppdrag av sammenlignbar art, størrelse og kompleksitet.»

(4) Videre gikk det frem av dokumentasjonskravet:

«Beskrivelse av leverandørens inntil 3 mest relevante oppdrag i løpet av de siste 5 årene. Beskrivelsen må inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker. Det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å kontrollere oppgitte referanser.»

- (5) I konkurransegrunnlaget del I punkt 3.1 var det presisert at dersom leverandøren støttet seg på kapasiteten til annen virksomhet for å oppfylle et kvalifikasjonskrav, skulle det vedlegges dokumentasjon på at leverandøren hadde rådighet over de nødvendige ressursene. Videre måtte det måtte leveres egenerklæring (ESPD) og dokumentasjon på oppfyllelse av relevante kvalifikasjonskrav fra disse eventuelle virksomhetene.
- (6) Klager støttet seg på 16 underleverandører for kravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner. For kravet om økonomisk og finansiell kapasitet støttet klager seg på 12 underleverandører.
- (7) I klagers beskrivelse av tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgikk blant annet hvilke fagområder de ulike underleverandørene skulle ha ansvar for:

Firmanavn	Fag
Novaform AS	Prosjektledelse
Afry Norway AS	Prosjekteringsledelse og rådgivertjenester
Indian Bygg AS	Tømmer og diverse arbeider
Trio Betong	Betong
Massivtre AS	Komplett bæresystem, massivtre og stål
Sport og Grøntanlegg AS	Grunn, VA og utomhus
Lexow Låsservice AS	Lås og beslag
Norac Badekabiner AS	Badekabiner
Gupex	Ventilasjon
C.M Mathiesen & Co AS	Rørlegger
Billkvam & Fagerhaug	Elektriker
H-fasader glassteam	Glassfasade og glassarbeid
Heisplan	Heis
Solcellekraft	Solceller

Storo Blikkenslagerverksted AS	Taktekking og blikkenslagerarbeider
Kranringer AS	Flytting av sveitservillaen og utstyrsinfrastruktur til byggeplass

- (8) Åtte leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristen. Klager ble avvist fra konkurransen i brev 29. februar 2024.
- (9) Klager påklagde avvisningen 4. mars 2024. I klagen viste klager til at kravet til teknisk og faglig kapasitet, og økonomisk og finansiell kapasitet, var innfridd, samt at kravene i NS 8407 om bruk av kontraktshjelpere var oppfylt. Klager ba innklagede om omgjøring av avvisningsbeslutningen.
- (10) Innklagede avviste klagen og opprettholdt avvisningen 7. mars 2024.
- (11) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. mars 2024.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 2. april 2024.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. oktober 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klager fra konkurransen på grunn av manglende tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det er kun dokumentasjon på KS, miljøledelse og aktsomhet som innklagede har krevd at skulle leveres som dokumentasjon for å bli kvalifisert. Dette er levert. Klagers underleverandør Novaform har personell som har ledet totalentrepriser som den aktuelle. Klager oppfylder kravene ved å støtte seg på andre virksomheter.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager for manglende oppfyllelse av kravet om økonomiske og finansiell kapasitet. Det er ikke avvisningsgrunn at hvert av de 12 foretakene alene ikke oppfylder kravet for hele prosjektet. Det er mindre risikabelt for innklagede at flere små foretak går konkurs ved kreditor krav enn at en totalentreprenør går konkurs.
- (16) Når det gjelder avvisning som følge av manglende oppfyllelse av NS 8407, skal kravene i denne og kontrakten ikke være oppfylt før i kontraktsperioden. Kravene vil være oppfylt ved inngåelse av kontrakt. Klagers innkjøpsleder har betydelig erfaring fra totalentrepriser og CV kan ettersendes. CV ble ikke etterspurt i konkurransegrunnlaget og ble derfor ikke inkludert i tilbudet. Klager er et nylig etablert foretak og avventer anbud før det skrives faste ansettelseskontrakter. For øyeblikket har klager prosjekterende og innkjøpsleder ansatt. Det er ikke riktig at alle deler av oppdraget skal utføres av andre, noe som er tilbakevist med organisasjonsplanen til klager.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Klager oppfylte ikke kravet til god kompetanse og erfaring fra oppdrag av sammenlignbar art, størrelse og kompleksitet. Klager alene oppfylte ikke dette kravet da klager støttet seg på 16 underleverandører. Novaform, en underleverandør, hadde kun dokumentert erfaring med totalentrepriser i form av prosjektledelse og anleggsledelse, og Afry (en annen underleverandør) med prosjekteringsledertjenester. Dette skiller seg fra erfaring med å være totalentreprenør der leverandøren er ansvarlig prosjekterende og utførende for alle fag. Videre dokumenterer referanseprosjektene fra underleverandørene for øvrig kun erfaring med enkeltstående, eller en begrenset krets av fag, hvor ingen av kontraktene er dokumentert gjennomført som en totalentreprise hvor underleverandøren har hatt ansvar for samtlige fag.
- (18) Innklagede bestrider at det ikke var stilt krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Kravet fremgikk av del I av konkurransegrunnlaget, punkt 3.4, og det er den innsendte dokumentasjonen som er vurdert.
- (19) Kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet er ikke oppfylt. Klager oppfyller ikke selv kravet, da klager har en Delphi-score på 446 av 1000 og en aksjekapital på 30 000 kroner. Kun syv av forpliktelseserklæringene fra foretak klager støtter seg på for å oppfylle kravet er signert av person som har signaturrett eller prokura etter foretaksregisteret. Selv om omsetningen til disse syv er god, er ikke dette tilstrekkelig. Gitt den aktuelle kontraktens størrelse og varighet representerer dette en type risiko som ikke lar seg avbøte med solidaransvaret slik klager tolker dette, alene. Dette er vurdert på bakgrunn av at det i tillegg til kalkulerte kostnader, kan oppstå betydelige økonomiske krav og uforutsette forpliktelser for den aktuelle kontrakten. Hver enkelt underleverandør som klager støtter seg på må kunne oppfylle kravet alene.
- (20) Solidaransvaret innebærer at virksomheter som avgir økonomisk støtte, må kunne håndtere ethvert økonomisk krav som kan oppstå under totalentreprisen, og innklagede kan velge å rette alle krav mot en underleverandør dersom klager blir betalingsudyktig. Når samtlige underleverandører har en omsetning langt under kontraktens anslåtte verdi, kan ikke innklagede se at noen av underleverandørene vil ha kapasitet til å håndtere potensielle krav av en viss størrelse, herunder kunne påta seg det totale økonomiske ansvaret for gjennomføring av kontrakten.
- (21) Innklagede hadde plikt til å avvise tilbudet da tilbudet inneholder vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene og kan avvise tilbud som inneholder avvik. Det følger av NS 8407 punkt 10.1 (1) at totalentreprenøren kan la deler av dine kontraktsforpliktelser bli utført av kontraktsmedhjelpere. En naturlig forståelse er at ikke alle oppgavene kan settes bort. Samtlige kontraktsforpliktelser er av klager satt bort til underleverandører, noe som medfører tvil ved hvorvidt innklagede kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten. Klager har heller ikke ansatte i henhold til Enhetsregisteret. Det foreligger dermed et vesentlig avvik, subsidiært et avvik som ikke er ubetydelig.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en totalentreprise som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er 400 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.

- (23) Klager har for det første anført at dokumentasjon på KS, miljøledelse og aktsomhet var det eneste som skulle leveres som dokumentasjon for å bli kvalifisert. Denne anførselen kan ikke føre frem. Det fremgår klart i konkurransegrunnlaget punkt 3.3 krav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet, og i punkt 3.4 krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder kompetanse og erfaring. Kravene hadde tilhørende dokumentasjonskrav. Klager har også inngitt dokumentasjon knyttet til disse kravene.
- (24) Klagenemnda vil så ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet tilknyttet leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder kravet om kompetanse og erfaring.
- (25) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (26) Ved tolkingen av kvalifikasjonskravene må det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. I den forbindelse vil også ordlyden i dokumentasjonskravet være av betydning. Det kan ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget gir grunnlag for. Videre kan det ikke innfortolkes et krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, se HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 51. Det kan også være nødvendig å tolke kvalifikasjonskravet i lys av det tilhørende dokumentasjonskravet og hva kontrakten går ut på, herunder kravspesifikasjonen og øvrige kontraktsdokumenter lest i sammenheng, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2023/784 avsnitt 22, og Eidsivating lagmannsretts kjennelse LE-2021-130025.
- (27) Det aktuelle kvalifikasjonskravet var at leverandøren skulle ha «god kompetanse og erfaring fra oppdrag av sammenlignbar art, størrelse og kompleksitet.» Som dokumentasjon skulle det gis en beskrivelse av leverandørens inntil tre mest relevante oppdrag i løpet av de siste fem årene, inkludert angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker.
- (28) Med ordlyden «god kompetanse» og «sammenlignbar art, størrelse og kompleksitet» har innklagede gitt seg selv et visst handlingsrom i vurderingen av om leverandørene oppfyller kravet. Formuleringen om at leverandørene skulle vise til erfaring av «sammenlignbar» art, størrelse og kompleksitet tilsier at oppdraget må være av liknende art, størrelse og kompleksitet, og oppstiller en viss terskel for erfaringen som kreves. Det aktuelle byggeprosjektet er en totalentreprise for omsorgsboliger med en anslått verdi på rundt 400 millioner kroner. En totalentreprise innebærer at det er en totalentreprenør som har ansvaret og risikoen for både å utføre prosjekteringen og utførelsen av det som kontrakten omfatter. Etter nemndas forståelse er det for dette prosjektet ønskelig at leverandøren har erfaring som totalentreprenør med lignende prosjekter både når det gjelder art, størrelse og kompleksitet.
- (29) Klager anfører ikke selv å oppfylle kravet. Klager støttet seg imidlertid på 16 underleverandører og leverte dokumentasjon for deres oppdrag. Blant underleverandørene var Novaform AS, som skulle stå for prosjektledelse, og Afry

Norway AS, som skulle stå for prosjekteringsledelse og rådgivertjenester. Videre skulle de øvrige underleverandørene stå for hvert sitt fagområde, slik som tømrer, betong, bæresystem, grunn, VA og utomhus, rørlegger, elektriker mv.

- (30) Anskaffelsesforskriften § 16-10 første ledd fastslår at en leverandør *«kan for en bestemt kontrakt støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kravene til (...) tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-5»*. Denne retten gjelder *«uavhengig av den rettslige forbindelsen mellom dem»*. Videre fremgår det av § 16-10 annet ledd at en leverandør som *«støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter, skal (...) dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra disse virksomhetene»*.
- (31) Når klager ikke selv kan oppfylle kravet til kompetanse og erfaring, må en eller flere av klagers underleverandører gjøre dette. Nemnda tar imidlertid ikke stilling til om det ville vært tilstrekkelig at en av underleverandørene hadde erfaring som totalentreprenør da nemnda uansett har kommet til at underleverandørene ikke hadde slik erfaring. Klager har oppgitt en underleverandør som har stått for *«Prosjektledelse av totalentreprise»* for Førde Sykehus, Sandsli Sykehjem og Kombinasjonsbygg Kokstaddalen 7. Videre er det oppgitt en underleverandør som skal stå for *«Prosjekteringsledelse og rådgivertjenester»*, som har erfaring med disse tjenestene ved Kolbotn omsorgsbolig, Dronning Ingrid Hage og Vestli Skole.
- (32) Innklagede har vist til at tilbudt prosjektleder bare har dokumentert erfaring med totalentrepriser i form av prosjektledelse og anleggsledelse. Videre har prosjekterende bare erfaring med prosjekteringsledertjenester. Dette skiller seg fra erfaring med å være totalentreprenør, der leverandøren er ansvarlig prosjekterende og utførende for alle fag. Innklagede mener ikke at totalentreprenørens virksomhet skal være prosjekterende og utførende for alle fag, uten å kunne benytte kontraktsmedhjelpere. Imidlertid må leverandøren ha dokumentert erfaring som totalentreprenør i tråd med kvalifikasjonskravet. Nemnda har ingen rettslige innvendinger til at innklagede har kommet til at de to nevnte underleverandørene ikke har erfaring som totalentreprenør.
- (33) Innklagede har også vist til at referanseprosjektene fra de øvrige underleverandørene bare viser erfaring med enkeltstående eller en begrenset krets av fag, hvor ingen av kontraktene er dokumentert gjennomført som en totalentreprise hvor underleverandør har hatt ansvar for samtlige fag. Nemnda er enig i denne vurderingen.
- (34) Innklagede har dermed ikke brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen som følge av at klager ikke oppfyller kravet knyttet til kompetanse og erfaring.
- (35) Ettersom nemnda har kommet til at klager var rettmessig avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravet om kompetanse og erfaring, behandles ikke klagers anførsler om at det var ulovlig å avvise klager som følge av manglende oppfyllelse av kravet om økonomisk og finansiell kapasitet og manglende oppfyllelse av kontraktskrav.

Konklusjon:

Oslobygg KF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise QAM AS fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur