



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Føyen Advokatfirma DA
Postboks 7086 St Olavs Plass
0129 OSLO
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2014/0001-27

Saksbehandler: Eirik Vikan Rise

Dato: 26.02.2015

Avvisningsbeslutning i klagesak

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 3. januar 2014 på offentlig anskaffelse av utførelsesentreprise for støytiltak på ca. 150 boliger ved riksvei 4 fra Gran-Lunner-grensen til Jaren. 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 fram.

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

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region Øst (heretter innklagede) kunngjorde 2. september 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en utførelsesentreprise for støytiltak på ca. 150 boliger ved riksvei 4 fra Gran-Lunner-grensen til Jaren. Anskaffelsens verdi var angitt til 30 millioner kroner. Tilbudsfristen var 15. oktober 2013.
- (2) Kvalifikasjonskravene var inntatt i konkurransegrunnlaget del B2. Under det innledende punktet "*0 Generelt*" fremkom følgende:

"Generelt kreves at tilbyder er kvalifisert for å utføre de arbeider det gis tilbud på. Tilbyder skal ha nødvendig kompetanse og erfaring, både teknisk, faglig, organisasjonsmessig og administrativt.

Opplysninger om tilbyder skal gis på svarskjema i kap. E2. Det er viktig for bedømmelsen at opplysningene og dokumentasjonen er korrekt og fullstendig."

- (3) I samme del, punkt 4.4, var følgende kvalifikasjonskrav til "*Gjennomføringsevne*" stilt:

"Det vil bli gjort en samlet vurdering for de krav som er stilt under dette kriteriet gjennomføringsevne,

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 post@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

4.4.1 Tilbyders omsetning

Tilbyders gjennomsnittlige årlige omsetning bør være minst like stor som den årsomsetning kontrakten vil generere.

Dokumentasjonskrav: Dokumentasjon av omsetning de siste tre årene skal følge tilbud. Jf. kap. E2, pkt. 4.4.1, skjema E2-4.4.1.

4.4.2 Nøkkelpersoners kompetanse

Det kreves teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring hos nøkkelpersoner som disponeres for oppdraget.

Dokumentasjonskrav: Kompetanse og erfaring skal dokumenteres. Jf. kap. E2, pkt. 4.4.2, skjema E2-4.4.2.

4.4.3 Organisering

Det kreves at organiseringen av gjennomføringen av kontrakten er tilstrekkelig bemannet og at tilbyder har kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold i kontrakten.

Dokumentasjonskrav: Med tilbud skal følge redegjørelse for hvordan tilbyder vil organisere gjennomføringen av kontrakten."

- (4) Konkurransesgrunnlaget kapittel D bestod av en kravspesifikasjon/byggeplan. Innledningsvis fremkom det blant annet at: *"Det kreves at anleggsleder og min. en person pr. lag har gjennomgått kurs for støysolering av boliger."*
- (5) I punkt 14.2 *"Kvalitetsplan"* fremgikk det at *"Entreprenøren skal overlevere kvalitetsplan til byggherren før arbeidet starter"*. Det var også satt opp en oversikt over hva kvalitetsplanen minst skulle inneholde, herunder *"Organisasjonsplan"* med *"oversikt over nøkkelpersoner på kontrakten samt kort stillingsbeskrivelse for lederfunksjonene, deres ansvar, og fullmakter og formelle kontaktlinjer."*
- (6) Innen tilbudsfristen innkom det tilbud fra fire tilbydere, herunder Hallmaker Balkong og Fasade AS (heretter klager) og RK Montasje AS (heretter valgt leverandør).
- (7) I klagers tilbud var det angitt to personer i forbindelse med kvalifikasjonskravet 4.4.2 *"Nøkkelpersoners kompetanse"*; med planlagte roller som entreprenørsjef og prosjektleder. Det var også vedlagt CV for disse. Vedlagt klagers tilbud var også et dokument benevnt *"Gjennomføring av kontrakten"*, som relaterte seg til kvalifikasjonskravet 4.4.3 *"Organisering"*:

"For gjennomføring av dette prosjektet, vil vi stille med to arbeidslag som vil jobbe uavhengig av hverandre. Sammen med disse vil det være med prosjektleder / anleggsleder som står for varsling til beboere / eiere av hver enkelt eiendom.

Varslingen vil bli sendt ut med minimum 14 dagers varsel så de berørte partene blir opplyst i god tid før arbeiderne vil komme.

Etter inngåelse av kontrakt, kan vi starte på dette prosjektet etter 4 uker. Vi vil bemanne så prosjektet vil være klart før oppsatt ferdig dato 2015-10-12.

Det utarbeides egen SHA / KS plan for dette prosjektet som blant annet innebærer intern vernerunde minimum hver 14. dag. Ut av denne vernerunden, lages det rapport som står tilgjengelig for innsyn i våre kontorer på Rigg plassen sammen med byggedagboken. I denne boken må også alle UE og annet personell som skal være delaktig i prosjektet, skrive seg inn og ut hver gang de er på arbeidsplassen.

De entreprenørene som vi leier inn i dette prosjektet må minimum følge vårt HMS/KS system. Før de får lov til å begynne på byggeplassen må de ha gjennomgått vår sikkerhetsinstruks. Dette kurset innlemmer aktørene i en forståelse av krav ihht NS-ISO 8402. Det vil bli laget et system med spesialtilpassede sjekklister for oppgavene som skal utføres. Disse blir kvittert ut av ansvarlig fagarbeider/ firma som har utført de enkelte oppgavene. Ved skifte av vinduer vil vi ha som målsetning å bli ferdig med arbeidene innenfor samme arbeidsdag. Det vil her bli benyttet vinduer av fabrikat NorDan eller tilsvarende.

Vi vil etablere en «hovedriggplass» hvor varer vil bli levert, samt avfallscontainere settes opp. Ut ifra denne vil vi ha med mobil hvilebrakke hvis dette er formålstjenlig."

- (8) Klager ble avvist fra konkurransen under henvisning til forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (2) bokstav g, med følgende begrunnelse:

"Hallmaker AS har for «nøkkelpersoners kompetanse» kun levert CV for firmaets daglige leder og den konkrete prosjektleder — opplysninger om annet nøkkelpersonell mangler helt. Likeledes har firmaet ikke levert organisasjonsplan for prosjektet."

- (9) Partene har opplyst at avvisningsbrevet inneholdt en feil ved at det ikke var klagers "daglige leder" det var innlevert CV for, men klagers entreprenørsjef.
- (10) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 12. desember 2013.

Sekretariatets vurdering:

- (11) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utførelsesentreprise for støytiltak som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 30 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisningen av klager

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskriteriet om "Gjennomføringsevne".
- (13) Innklagede begrunnet avvisningen med at klager hadde levert mangelfull dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om gjennomføringsevne. Det følger av forskriften § 11-10 (2) bokstav g at oppdragsgiver har rett til å avvise leverandører som har "unnlatt å gi opplysninger etter det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren".
- (14) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at leverandørens gjennomføringsevne ville bedømmes basert på en samlet vurdering av de underliggende tre kravene til (4.4.1)

"Tilbyders omsetning", (4.4.2) "Nøkkelpersoners kompetanse" og (4.4.3) "Organisering", se premiss (3) ovenfor.

- (15) I avvisningen ble det konkret vist til at klager for "nøkkelpersoners kompetanse" kun hadde levert CV for firmaets daglige leder og den konkrete prosjektleder, og at opplysninger om annet nøkkelpersonell manglet. I tillegg ble det vist til at klager ikke hadde levert organisasjonsplan for prosjektet.
- (16) I kvalifikasjonskravene var det ikke presisert for hvilke eller hvor mange nøkkelpersoner tilbyder skulle dokumentere kompetansen. Under "Organisering" var det ikke uttrykkelig bedt om organisasjonsplan, men krevd en redegjørelse for organiseringen av oppdraget. Klager har dermed ikke direkte "unnlatt å gi opplysninger etter det som kreves etter [...] krav til leverandøren", jf. § 11-10 (2) bokstav g. Innklagedes avvisning er nærmere å forstå som at klagers innleverte dokumentasjon ikke var tilstrekkelig til å kunne konkludere med at klager oppfylte kvalifikasjonskravet. De etterfølgende forklaringene fra innklagede og partenes kommunikasjon i saken støtter en slik forståelse.
- (17) Av forskriften § 11-10 (1) bokstav a fremgår det at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som "ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen".
- (18) Kvalifikasjonskravet om "Nøkkelpersoners kompetanse" var presisert til "teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring hos nøkkelpersoner som disponeres for oppdraget".
- (19) Klager hadde levert CV-er for én entreprenørsjef og én prosjektleder. Partene er uenige om hvilken kompetanse kontrakten krevde av leverandørene, og derfor hvilke typer nøkkelpersoner, og i hvilken utstrekning, som skulle tilbys. Innklagede har imidlertid selv vurdert det slik at to angitte nøkkelpersoner i lederroller kunne være tilstrekkelig, jf. at en annen tilbyder (Syljuåsen AS) også oppgav to nøkkelpersoner ble kvalifisert.
- (20) Innklagede har forklart at klagers prosjektleders CV viser at han stort sett har hatt administrative lederverv de siste årene, med mangelfull relevant faglig og teknisk erfaring. Med henvisning til presiseringen av "teknisk og faglig kompetanse", må det være klart at personer med kompetanse og erfaring av hovedsakelig administrativ natur ikke nødvendigvis ville være relevante for innklagede i denne forbindelse. Når det gjelder klagers entreprenørsjef viser innklagede til at vedkommende er entreprenørsjef for selskapet i sin helhet, og at dette medfører usikkerhet for i hvilken grad han disponeres for den aktuelle oppdraget. Innklagede står ikke fritt til å anta i hvilken grad klagers angitte nøkkelpersoner skal delta i prosjektet. Vedkommende var imidlertid i tilbudets kostnadsoversikt – "Prosjektledelse" – angitt med "[...]¹ %" bak navnet, hvilket må kunne vektlegges i en viss grad.
- (21) Avvisningen av klager ble også begrunnet med manglende innlevering av organisasjonsplan. Det relevante kvalifikasjonskravet 4.4.3 "Organisering", var presisert som et krav om tilstrekkelig bemanning og kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold i kontrakten. Kravet skulle dokumenteres med en redegjørelse.

¹ Den eksakte prosenten er sladdet da klager mener at dette er en opplysning underlagt lovbestemt taushetsplikt, og fordi den eksakte prosenten ikke er avgjørende for vurderingen av klagers anførsel.

- (22) I klagers tilbud er det i denne forbindelse redegjort for at klager vil stille med to arbeidslag som vil jobbe uavhengig av hverandre. For øvrig beskrives utførelsen av en del oppgaver under kontrakten, slik som varsling, oppstartsdato, rutiner, rapporter, underentreprenører, o.l., jf. premiss (7) ovenfor. Redegjørelsen berører i begrenset grad bemanning, kapasitet og evne til å håndtere uforutsette forhold i kontrakten. Det fremstår derfor som saklig og forsvarlig at innklagede vurderte klagers dokumentasjon som lite tilfredsstillende på dette punkt.
- (23) Av relevans for konklusjonen er også klagers anførsel om at kvalifikasjonskravet, slik innklagede har anvendt det ved å avvise klager, er i strid med kravet til forholdsmessighet. Det følger av forskriften § 8-4 (2) at kvalifikasjonskravene skal *"skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres"*. I dette ligger et krav om at oppdragsgiveren ikke skal fastsette kvalifikasjonskrav som unødvendig hindrer leverandører fra å delta i konkurransen.
- (24) Klager har i denne forbindelse pekt på at et krav om at tilbyderne allerede ved tilbudsinngivelsen skal navngi aktuelle ansatte i et så omfattende prosjekt ikke var nødvendig for at oppdragsgiver skal kunne vurdere om leverandøren er kvalifisert, og at dette medfører uforholdsmessig merarbeid for tilbydere i forbindelse med tilbudsinngivelse.
- (25) Det er klart at oppdragsgiver kan etterspørre beskrivelse av nøkkelpersonell og deres kvalifikasjoner for å kunne vurdere hvorvidt en leverandør er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene. For anskaffelser som følger forskriften del III følger dette for øvrig direkte av forskriften § 17-9 (1) bokstavene a, e nr. 3 og f nr. 1. Innklagedes anvendelse av kravet, herunder at relevant teknisk og faglig kompetanse fra flere enn to av nøkkelpersonellet skulle dokumenteres, kan ikke anses å medføre uforholdsmessig merarbeid i en anskaffelse av dette omfanget, og er derfor ikke uforholdsmessig. Anførselen fører ikke frem.
- (26) På bakgrunn av klagers noe mangelfullt dokumenterte kvalifikasjoner ved ovennevnte kvalifikasjonskrav, foreligger det ikke tilstrekkelige holdepunkter for å underkjenne innklagedes vurdering av at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Kravet til likebehandling i loven § 5

- (27) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å avvise samtlige tilbydere på samme grunnlag som klager. Det er vist til at Syljuåsen AS på lik linje med klager kun har tilbudt to nøkkelpersoner; én anleggsleder og én prosjektleder, til at Tronrud Bygg kun har dokumentert prosjektledelse, og at valgte leverandør mangler dokumentasjon av kompetanse på betong og glass.
- (28) I EU-domstolens forente saker C-21/03 og C-34/03 (Fabricom) uttalte retten i premiss 27 at *"likebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskjelligt, og at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskjellig behandling er objektivt begrundet"*.
- (29) Innklagede har vist til at Tronrud Bygg riktignok kun leverte CV-er for tre nøkkelpersoner, nemlig prosjektleder, anleggsleder og HMS/KS-leder, men at dette er én mer enn klager, og at dette var personell som viste større faglig tyngde enn klagers. I tillegg var det vedlagt en overordnet organisasjonsplan som viste nøkkelpersonenes tiltenkte roller. Når det gjelder Syljuåsen AS' tilbudte nøkkelpersoner har innklagede

vist til at disse er henholdsvis byggingeniør og byggmester, med betydelig kompetanse og erfaring innenfor sammenlignbare oppdrag. For disse var det også uttrykkelig vist til erfaring fra støyskjermingsarbeider, i motsetning til for klagers tilbudte nøkkelpersonell. I tillegg vises det til at bemanningsplan, organisasjonskart og prosjektorganisasjonsplan var informativ og viste oppdragsløsningen. De forholdene innklagede har tatt i betraktning ved vurderingen av at Tronrud Bygg og Syljuåsen AS skilte seg altså fra klager og er i tillegg også relevante forskjeller mellom tilbudene. Hensett til at det ble gjort en *"samlet vurdering"* av de tre kravene under gjennomføringsevne, foreligger det ikke grunnlag for å si at innklagedes behandling av klager vs. Tronrud Bygg og Syljuåsen AS kan kategoriseres som i strid med at *"ensartede forhold ikke må behandles forskjelligt"*. Det foreligger dermed ikke brudd på kravet til likebehandling.

- (30) Når det gjelder valgte leverandørs dokumentasjon av kompetanse på betong og glass i forbindelse med nøkkelpersonellens kompetanse, har klager selv erkjent at denne leverandøren har dokumentert langt bredere enn de øvrige. Det er derfor klart at innklagede ikke har brutt kravet til likebehandling ved å avvise klager uten å avvise valgte leverandør da innklagedes behandling av klager vs. valgte leverandør ikke kan kategoriseres som i strid med at *"ensartede forhold ikke må behandles forskjelligt"*. Anførselen oppfattes ikke som en anførsel om at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om nøkkelpersonells kompetanse, og skulle ha vært avvist på dette grunnlag. Klagers anførsel fører ikke frem.

Avvisning av valgte leverandør

- (31) Klager har til slutt anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tilbyders omsetning.
- (32) Tilbyders omsetning var ett av tre punkter som skulle underlegges en samlet vurdering under *"Gjennomføringsevne"*. Det var ikke stilt et krav om at tilbyders årsumsetning måtte være *"minst like stor som den årsumsetning kontrakten vil generere"*, men dette var angitt som en føring, jf. *"bør være"*. Innklagede har vist til at valgte leverandørs tidligere omsetning kun avvek med ca. 10 % fra denne føringen, at årsumsetningen hadde vært stigende de senere år, og at leverandøren hadde tilfredsstillende besvarelser på de to øvrige punktene under *"Gjennomføringsevne"*. På dette grunnlag er det ikke holdepunkter for at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (33) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vår avvisningsbeslutning. Siden denne fristen er fastsatt i klagenemndeforskriften § 9, har verken sekretariatet eller klagenemndas leder myndighet til å utsette klagefristen. Klagen sendes til sekretariatet, som vil videresende denne til klagenemndas leder for behandling.

Erlend Pedersen
direktør/sekretariatsleder
Dokumentet er godkjent elektronisk

Eirik Vikan Rise
gruppeleder

Mottaker
Føyen Advokatfirma DA

Postadresse
Postboks 7086 St Olavs
Plass

Poststed
0129 OSLO
Norge

Kontakt/e-post
post@foyen.no

Kopi til:

Statens vegvesen Vegdirektoratet

Postboks 8142 Dep

0033 OSLO
Norge

firmapost@vegvesen.no