



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav, dokumentasjonskrav, usaklig forskjellsbehandling

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en utførelsesentreprise i forbindelse med bygging av en gangbro over en kanal i Bergen. Klager anførte at innklagede hadde tolket kvalifikasjonskravet for snevert, ved å kreve referanser for pelingsarbeid og at klager uansett oppfylte kvalifikasjonskravet. Klager anførte at man hadde dokumentert at kvalifikasjonskravet var oppfylt ved å vise til referanseprosjekter fra tidligere prosjekter klager hadde utført. I tillegg anførte klager at det utgjorde usaklig forskjellsbehandling å vektlegge valgte leverandørs underleverandørs erfaring med pelearbeid, uten at det var lagt ved en forpliktelseserklæring fra underleverandøren. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 1. mars 2018 i sak 2017/64

Klager: NCC Norge AS

Innklaget: Statens vegvesen region vest

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Finn Arnesen og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen region vest (heretter innklagede) kunngjorde 13. desember 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en utførelsesentreprise i forbindelse med bygging av en ny gangbro over en kanal i Bergen. I tillegg til oppføring av broen, skulle gangveien før og etter broen ferdigstilles. Det skulle også utføres annet terrengarbeid. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen angitt til 21. februar 2017.
- (2) Arbeidets art og omfang var nærmere spesifisert i konkurransegrunnlagets første del. Her gikk det frem at prosjektets «hovedmengder» for den delen som omfattet oppføring av broen besto av 14 peler, ca. 480 kubikkmeter betongarbeider, ca. 140 tonn stålarbeider, ca. 160 meter rekkverk, ca. 440 kvadratmeter slitelag på bro og ca. 3000 kvadratmeter med graving.
- (3) Kvalifikasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlagets del B. Her het det blant annet at:

*«Tilbyder skal ha erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad.
Dokumentasjonskrav:*

Opplysninger om slike skal følge tilbud. Jf. kap. E2, pkt. 4.1.1, skjema E2-4.1.1.

Der tilbyderen må støtte seg på andre for å bli kvalifisert, må tilbyderen dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene. Dette kan dokumenteres ved at tilbyderen fremlegger en gjensidig forpliktelseserklæring eller tilsvarende.»

- (4) Som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet skulle tilbyderne legge ved en «oversikt over de 3-5 siste og mest relevante tilsvarende oppdrag utført eller under utførelse i løpet av de siste 5 år.»
- (5) I konkurransegrunnlagets «beskrivende del», var peilingsarbeidet nærmere beskrevet. Her fremgikk at det ble stilt materielle krav til stålkjernerpelelenes konstruksjon og pelefundamentet. I tillegg var det lagt ved en skisse over brokonstruksjonen, hvor pelene var inntegnet.
- (6) I referat fra tilbudskonferansen/tilbudsbefaringen fremkom:

«Det ble også fokusert på krav til kvalifikasjoner gitt i konkurransegrunnlagets kap. B2.4.2.2:

«Der tilbyderen må støtte seg på andre for å bli kvalifisert, må tilbyderen dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene. Dette kan dokumenteres ved at tilbyderen fremlegger en gjensidig forpliktelseserklæring eller tilsvarende».

For dette prosjektet vil dette f.eks. kunne gjelde:

- *Produksjon av stålkonstruksjoner*
 - *Peiling».*
- (7) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra NCC Norge AS (heretter klager) og Kruse Smith Entreprenører AS. Sistnevnte tilbød den laveste prisen. Skanska Norge AS (heretter valgte leverandør) ble tildelt kontrakt.
- (8) I klagers tilbud var fem referanseprosjekter beskrevet, blant annet oppføring av en annen bro i Bergen – «småpudden»– som var en klaffebro over Damsgårdssundet i Bergen sentrum. Prosjektet inneholdt 400 tonn betong stålkonstruksjoner og 700 meter med stålkjernerpeler. Videre var oppdraget med å bygge entrepisen «C13 Kokstad», som var en del av bybaneprosjektet i Bergen beskrevet. De tre siste referanseprosjektene var utbedring av Lavik fergekai, prosjektet Vossapakko K2 og prosjektet Hellen. Alle prosjektene innebar arbeid med installasjon av peler.
- (9) Klager la ved en forpliktelseserklæring fra Hallingdal Bergboring AS (heretter underleverandøren) i tilbudet, som skulle bistå med arbeidet knyttet til stålkjernerpeler. Det fremgikk av forpliktelseserklæringen at «[r]eferanseliste med relevante oppdrag for underentreprenøren vedlegges». Noen slik referanseliste var imidlertid ikke lagt ved.
- (10) Klagenemnda har mottatt utdrag av valgte leverandørs tilbud. I tilbudet var det oppgitt fem referanseprosjekter fra større byggeprosjekter, som alle viste erfaring med oppføring av brokonstruksjoner. Ifølge innklagedes tilsvarende fremgikk det også av tilbudet at valgte leverandør ville støtte seg på sitt heleide datterselskap, Entreprenørservice AS, for erfaring med peling. Valgte leverandør la ikke ved forpliktelseserklæring for Entreprenørservice AS i sitt tilbud.

- (11) Klager ble avvist fra konkurransen ved brev av 27. mars 2017. Begrunnelsen for avvisningen var at klagers underleverandør *«mangler referanser, som viser erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad»*. Av avgjørelsesprotokollen fremgikk det at avvisningen knyttet seg til manglende dokumentasjon på underleverandørens erfaring med produksjon av stålkonstruksjoner og peling.
- (12) Innklagede opplyste i tilsvaret at innklagede kontaktet alle referansepersonene til klager, for å undersøke hvilke selskaper som hadde utført peling på de oppførte referanseprosjektene som var opplistet i klagers tilbud. Referansepersonene opplyste at pelingen var utført av underleverandører for alle referanseprosjektene, og ikke av klager selv.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. februar 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende art og vanskelighetsgrad åpnet ikke for at oppdragsgiver kunne vurdere peling og spunting som egne krav som måtte være oppfylt. Peling og spunting utgjorde mindre enn 10 prosent av arbeidene som skulle utføres i henhold til kontrakten.
- (15) Det var uansett ikke et krav om at klager måtte godtgjøre at underleverandøren oppfylte dette kravet, da klager selv oppfylte kravet. Klager hadde vist til en rekke referanseprosjekter hvor arbeid med stålkonstruksjoner og peler var vesentlig større enn ved denne kontrakten. Det er heller ikke mulig å være blant Norges største entreprenørselskaper uten å ha omfattende erfaring med peling, da denne typen arbeider inngår i store deler av bygge- og anleggsprosjektene i Norge. Klager var derfor urettmessig avvist fra konkurransen.
- (16) Underleverandøren oppfylte også kravet til erfaring. Dette fremgikk av tilbudet til Donar AS, som var en annen leverandør i konkurransen og som tilbød samme underleverandør. Hvis innklagede mente at de samme referanseprosjektene ikke kunne vektlegges, skulle innklagede innhentet disse fra klager. Dette følger av anskaffelsesrettens krav til god forretningsskikk og høy forretningsetiske standard.
- (17) Det medførte uansett usaklig forskjellsbehandling å vektlegge valgte leverandørs underleverandørs erfaring med pelearbeid, uten at det var lagt ved en forpliktelseserklæring fra underleverandøren. Det var heller ikke lagt ved tilstrekkelig dokumentasjon i form av referanser fra underleverandøren. Det forhold at underleverandøren er et datterselskap i samme konsern som valgte leverandør, fritar ikke fra kravet om at underleverandøren måtte inngi forpliktelseserklæring for det arbeidet underleverandøren skulle utføre. Videre var det ikke lagt ved mer enn ett referanseprosjekt for underleverandørens kompetanse. Kravet var at leverandøren skulle oppgi tre til fem referanseprosjekter.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det var oppstilt et kvalifikasjonskrav om erfaring med arbeid av tilsvarende art og vanskelighetsgrad. Etter konkurransegrunnlagets ordlyd var det klart at dette omfattet

krav til erfaring med peling. Det forelå ikke opplysninger i klagers tilbud som ga innklagede grunnlag for å konkludere med at dette kravet var oppfylt.

- (19) Klager hadde heller ikke dokumentert at underleverandøren hadde nødvendig erfaring med peling. Riktignok hadde en annen leverandør lagt ved en referanseliste for samme leverandør, men innklagede har verken rett eller plikt til å hensynta slik dokumentasjon. Innklagede hadde heller ikke rett eller plikt til å innhente supplerende dokumentasjon i dette tilfellet, jf. forskriften § 21-4.
- (20) Det foreligger ingen usaklig forskjellsbehandling. Datterselskapet til valgte leverandør kan identifiseres med morselskapet, og datterselskapet var ikke forpliktet til å legge ved en forpliktelseserklæring. Datterselskapet hadde i tillegg lagt ved tilstrekkelig dokumentasjon for det aktuelle dokumentasjonskravet. Det er uansett referanseprosjektene som helhet som skal dokumentere erfaring med arbeid av tilsvarende art og vanskelighetsgrad. Dette ligger inn under innklagedes skjønn.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av en utførelsesentreprise i forbindelse med bygging av en ny gangbro over en kanal i Bergen som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Konkurransen ble kunngjort 13. desember 2016. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i konkurransegrunnlaget. På grunnlag av partenes pretensjoner legger nemnda til grunn at i tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (22) Klager har anført at kvalifikasjonskravet «*tilsvarende art og vanskelighetsgrad*» ikke åpnet for at oppdragsgiver kunne vurdere peling og spunting isolert, da dette var en for snever tolkning av kvalifikasjonskravet. Klagenemnda presiserer at klager ble avvist på grunn av manglende erfaring med peling. Ved fastsettelsen av innholdet i kvalifikasjonskravet, er utgangspunktet hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå det. Se til sammenligning klagenemndas saker 2016/146 (premiss 23) og 2016/188 (premiss 26). Hva som ligger i kravet må videre vurderes på bakgrunn av den konkrete anskaffelsen, jf. blant annet klagenemndas sak 2014/81 (premiss 34).
- (23) I konkurransegrunnlaget var kvalifikasjonskravet angitt slik:

*«Tilbyder skal ha erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad.
Dokumentasjonskrav:*

Opplysninger om slike skal følge tilbud. Jf. kap. E2, pkt. 4.1.1, skjema E2-4.1.1.

Der tilbyderen må støtte seg på andre for å bli kvalifisert, må tilbyderen dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene. Dette kan dokumenteres ved at tilbyderen fremlegger en gjensidig forpliktelseserklæring eller tilsvarende.»

- (24) Prosjektets «*hovedmengder*» bestod av 14 peler, ca. 480 m³ betongarbeider, ca. 140 tonn stålarbeider, ca. 160 meter rekkverk, ca. 440m² slitelag på bro og ca. 3000 m² med

graving. Pelearbeidet var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlagets «*beskrivende del*», hvor det også var lagt ved en skisse over brokonstruksjonen.

- (25) Uttrykket «*samme art og vanskelighetsgrad*» må normalt forstås slik at tilbyderne må vise at de har erfaring fra tilsvarende prosjekter eller dokumentere erfaring fra alle kontraktens sentrale områder, se tilsvarende LB-2017-156250.
- (26) Innklagedes angivelse av deler av arbeidene som «*hovedmengder*», forstås som en angivelse av hvilke arbeider som er sentrale for utførelsen av oppdraget. Slik nemnda forstår konkurransegrunnlaget gjaldt dette både betongarbeid, produksjon av stålkonstruksjoner, gravearbeid og peling.
- (27) Pelearbeid utgjør ifølge klager en mindre del av kontraktens verdi. Til dette bemerkes at konkurransen gjelder oppføring av en bro hvor pelene er fundamentet brokonstruksjonen skal bygges på. Eventuelle feil ved dette arbeidet vil få konsekvenser for hele broens konstruksjon. I konkurransegrunnlagets beskrivende del var også pelearbeidet beskrevet særskilt med tekst og skisser. Dette viser etter klagenemndas syn at pelearbeidet var sentralt for oppføringen av broen, uavhengig av hvor stor andel dette utgjorde av kontraktens totalverdi. Klagenemnda er etter dette kommet til at konkurransegrunnlaget må forstås slik at det inneholdt et krav om erfaring med peling.
- (28) Av forskriften § 20-12 (1) bokstav a fremgår det at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen.
- (29) Klager ble avvist fra konkurransen med den begrunnelsen at klager ikke hadde dokumentert selv å ha erfaring med pelearbeid. I avvisningen ble det vist til at heller ikke den angitte underleverandøren hadde dokumentert slik erfaring.
- (30) Klagers tilbud inneholdt fem referanseprosjekt som viste egen kompetanse. Som referanseprosjekt inngikk blant annet oppføring av et annet broprosjekt i Bergen «*småpudden*», bybanen C13 Kokstad og Lavik fergekai. For alle disse prosjektene inngikk pelearbeid som en viktig del av arbeidet. Det er heller ikke omstridt at alle referanseprosjektene var relevante referanseprosjekt for større og likelydende arbeid.
- (31) Innklagede har imidlertid forklart at samtlige referansepersoner i klagers referanseprosjekter opplyste at arbeidet med peling var utført av underleverandører. Innklagede la etter dette til grunn at klager ikke hadde dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.
- (32) Formålet med bestemmelsen i forskriften § 20-12 er å sikre at deltakerne oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransen. Angivelsen av underleverandør vedlagt forpliktelseserklæringen ble av innklagede tolket slik at klager ville støtte seg på underleverandøren for å oppfylle kravet til erfaring med peling. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å underkjenne denne vurderingen. Det er på det rene at det i klagers tilbud ikke lå ved dokumentasjon for underleverandørens erfaring på dette punkt. Klagenemnda finner heller ikke å kunne tiltre klagers anførsel om at innklagede skulle ha lagt til grunn at klager har den nødvendige erfaringen da selskapet er en stor nasjonal aktør. Nemnda kan etter dette ikke se at klager har dokumentert at kvalifikasjonskravet var oppfylt.

- (33) Til klagers anførsel om at innklagede kunne lagt vekt på referanselisten som var vedlagt en av de andre leverandørenes tilbud, bemerkes at klagenemnda i flere saker har lagt til grunn at innklagede, som den klare hovedregel, bare kan vektlegge informasjon som fremkommer av den enkelte leverandørs konkrete tilbud i anbudskonkurransen jf. blant annet sak 2013/36 premiss (36). Det er ikke angitt forhold som tilsier at innklagede i denne saken hadde plikt til å fravike dette utgangspunktet.
- (34) Klager har videre anført at innklagede hadde en plikt til å innhente supplerende dokumentasjon fra klager i et tilfelle som dette. Det er etter omstendighetene anledning, men etter ordlyden ingen plikt til å foreta avklaringer av tilbudene etter § 21-1 (2), jf. også klagenemndas saker 2006/11 premiss (34) og 2007/2 premiss (13). Tilbyder bærer i utgangspunktet risikoen for at tilbudet er korrekt utformet, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2004/285 premiss (32). En plikt til å avklare tilbudene foreligger bare i spesielle tilfeller, for eksempel der uklarheten i tilbudet skyldes et uklart konkurransegrunnlag. Avklaringsplikten følger i slike tilfeller av likebehandlingsprinsippet i loven § 5 jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2008/46 premiss (52) med videre henvisninger.
- (35) I vår sak skulle klager bruke en underleverandør for en sentral del av arbeidet. Ut fra konkurransegrunnlagets utforming, fremstår det som klart at leverandørene skulle dokumentere kompetanse innenfor de sentrale delene av kontrakten. Nemnda kan derfor ikke se at innklagede hadde en plikt til å innhente referanseliste fra underleverandøren.
- (36) Klager har videre anført at det utgjorde usaklig forskjellsbehandling å vurdere valgte leverandørs datterselskap som kvalifisert for peling, uten at det var lagt ved forpliktelserklæring for datterselskapet.
- (37) EU-domstolen har i sak C-389/92 (Ballast Nedam I) premiss (17) lagt til grunn at en konsernstruktur i seg selv ikke er tilstrekkelig til å slå fast at morselskapet råder over datterselskapets ressurser. Dette beror på en konkret vurdering av de faktiske omstendighetene og regulering i nasjonal lovgivning. I vår sak er valgte leverandørs datterselskap et heleid datterselskap av valgte leverandør. Morselskapet har selskapsrettslig instruksjonsrett over datterselskapet og kan derfor uten særskilt dokumentasjon støtte seg til datterselskapets ressurser, jf. klagenemndas sak 2013/130 premiss (47). I tilknytning til klagers anførsler på dette punkt bemerkes at aksjeloven § 5-7 gir adgang til forenklet generalforsamlingsbehandling hvor alle aksjonærene samtykker til dette. Valgte leverandør kan dermed som eier av 100 prosent av aksjene, raskt instruere datterselskapet om å stille de nødvendige ressursene til morselskapets disposisjon. Nemnda legger derfor til grunn at valgte leverandør, gjennom norsk aksjelovgivning, vil kunne ha en slik råderett over datterselskapets ressurser, og at valgte leverandør ikke behøvde å legge ved egenerklæringsskjema.
- (38) Klager har også anført at valgte leverandørs underleverandør kun framla dokumentasjon for ett referanseprosjekt som gjaldt peling. Etter klagers syn har valgte leverandør derfor ikke i tilstrekkelig grad dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet *«erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad»*. Dette medfører ifølge klager usaklig forskjellsbehandling.
- (39) Innklagede har opplyst at det ble fremlagt dokumentasjon for to referanseprosjekter for valgte leverandørs underleverandør. Videre har innklagede anført at ved vurderingen av valgte leverandørs kvalifikasjoner ikke ble stilte krav til at alle referanseprosjektene skulle inneholde erfaring fra samtlige fagområder. Kravet var at referanseprosjektene som

helhet skulle dokumentere erfaring med arbeid av tilsvarende art og vanskelighetsgrad. Slik saken er opplyst, har ikke nemnda grunnlag for å underkjenne denne skjønnsutøvelsen. Klagers anførsler gir heller ikke grunnlag for å konstatere at innklagedes skjønnsutøvelse representerer usaklig forskjellsbehandling.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region vest har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk