



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Avvisning av leverandør. Dialog i en tilbudskonkurranse. De grunnleggende prinsippene i loven § 4.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for ombygging av eksisterende sykehuslokaler til ny legevakt. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Saken ble behandlet i stornemnd. Uttalelser om adgangen til å gå i dialog med en leverandør om oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene etter utløpet av tilbudsfristen.

Klagenemndas avgjørelse 8. februar 2021 i sak 2020/515

Klager: Syljuåsen AS

Innklaget: Gjøvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg, Kjersti Holum Karlstrøm, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Gjøvik kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. november 2019 en åpen tilbudskonkurranse for ombygging av lokaler på Sykehuset Innlandet til ny interkommunal legevakt i Gjøvik. Tilbudsfrist var satt til 17. januar 2020.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 ble det stilt krav til leverandørenes tekniske og faglige kapasitet, herunder krav om at tilbyderne måtte ha:

«Sentral godkjenning eller dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende, i tiltaksklasse 2 og 3 i godkjenningsområdet.

Dersom leverandøren ikke kan oppfylle kompetansekravet er det tillatt å støtte seg på andre foretak med slik kompetanse. Dokumentasjon på oppfyllelse av kravet skal synliggjøres som en forpliktelseserklæring mellom partene for dette oppdraget»

(3) For å dokumentere at kvalifikasjonskravet var oppfylt skulle tilbyderne levere dokumentasjon på *«Sentral godkjenning i Tkl 2 og 3 eller annen tilsvarende dokumentasjon ihht kravet.»*

(4) I vedlegget *«Skjema for vederlag, prissammenstilling og regningsarbeider»* var det opplistet *«Forutsetninger for prising»* i punkt A. 01. Av punktet fremgikk det at det var *«forutsatt at tiltaket gjennomføres i tiltaksklasser listet opp her:»*. I listen var det blant annet angitt at *«Utførelse av sanitær, varme- og slukkeinstallasjoner»* var forutsatt utført i tiltaksklasse 3.

- (5) Dersom leverandørene skulle benytte underleverandører, skulle det leveres «forpliktelseserklæring eller annen dokumentasjon» på at leverandøren hadde rådighet over de aktuelle ressursene. Videre var det presisert at:
- «En forpliktelseserklæring skal ha følgende tekst: «Undertegnede firma (Underentreprenørens navn og organisasjons-nummer) forplikter seg til å utføre følgende arbeider (beskrivelsen av de arbeidene som underentreprenør skal utføre for tilbyder) for (navn på tilbyder) i prosjekt (navn på prosjektet). (Dato og underskrift).»»*
- (6) Før tilbudsfristen gikk ut mottok innklagede tilbud fra Syljuåsen AS (heretter *klager*), Byggservice Innlandet AS og Veidekke Entreprenør AS.
- (7) Innklagede gjennomførte så en dialog med samtlige leverandører, hvor det blant annet ble etterspurt ytterligere informasjon om oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Leverandørene fikk også anledning til å inngi reviderte tilbud. Leverandørene oversendte dette til innklagede den 19. og 20. februar 2020.
- (8) I det reviderte tilbudet opplyste Veidekke Entreprenør AS om at de ville benytte underleverandøren Medby AS (heretter *Medby*) for området «Rør», og dermed støtte seg på Medbys kvalifikasjoner for å oppfylle kvalifikasjonskravet om godkjenning i tiltaksklasse 3 for rørarbeid.
- (9) Ved tildelingsbrev datert 5. mai 2020 ble leverandørene informert om at Veidekke Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*) var tildelt kontrakten. Klager var innstilt som nummer to.
- (10) Klager påklaget så tildelingsbeslutningen med anførsel om at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om tiltaksklasse 3 for sanitær-, varme- og slukkeinstallasjoner. Innklagede tok ikke klagen til følge.
- (11) Den 2. juni 2020 ble det sendt en melding fra VITO Teknisk Entreprenør AS (heretter *VITO*), et søsterselskap av Medby, til Veidekke. I meldingen ble det opplyst om at faglig leder for rør i VITO var stilt til disposisjon for Medby ved behov. Bakgrunnen for dette var at faglig leder i Medby var sykemeldt. Denne meldingen ble videresendt til innklagede.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. juni 2020.
- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 23. juni 2020.
- (14) Den 13. november 2020 ble det besluttet at saken skulle behandles i stornemnd, jf. klagenemndsforordningen § 12 første ledd andre setning. Stornemndsmøte i saken ble avholdt 28. januar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt anskaffelsesforordningen § 9-5 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Valgte leverandør oppfyller ikke kvalifikasjonskravet knyttet til godkjenning i tiltaksklasse 3 for arbeid på sanitær-, varme- og slukkeinstallasjoner.

- (16) For å oppfylle kravet har valgte leverandør valgt å støtte seg på underentreprenøren Medby. Denne underleverandøren har verken sentral godkjenning eller dokumentasjon på at de oppfyller vilkårene i byggesaksforskriften (heretter *SAK*) § 11-3 for å erklære ansvarsrett i tiltaksklasse 3 for det nevnte godkjenningsområdet. Videre er det dokumentert at Medbys faglige leder er sykemeldt.
- (17) Innklagede har også brutt regelverket ved å vektlegge informasjon som ikke fremgikk av valgte leverandørs tilbud ved evalueringen av om valgte leverandør var kvalifisert. Det er ettersendt både forpliktelseserklæring og dokumentasjon på faglig kompetanse fra Medby etter tilbudsfristen, samt vektlagt informasjon og dokumentasjon innklagede hadde fra tidligere gjennomførte anskaffelser. Det er også ettersendt forpliktelseserklæring fra Randem & Hübert AS, som underleverandør for ventilasjon. Det er ikke tillatt å ha dialog med leverandører etter tilbudsfristen om kvalifikasjonskravene var oppfylt, herunder å motta ettersendt dokumentasjon.
- (18) Etter tildeling og klage, er det også innhentet ny forpliktelseserklæring fra en annen underleverandør, VITO, med bakgrunn i at faglig leder hos Medby er sykemeldt. Denne vil det ikke være lovlig å vektlegge i evalueringen av om valgte leverandør er kvalifisert, da den ikke oppfyller konkurransegrunnlagets krav til forpliktelseserklæringer, og den er fremlagt for sent.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Det bestrides at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen.
- (20) Det er ikke stilt kvalifikasjonskrav om tiltaksklasse 3 for utførelse av sanitær-, varme- og slukkeanleggsarbeider.
- (21) Valgte leverandør oppfyller uansett et slikt kvalifikasjonskrav. Det foreligger tilstrekkelig dokumentasjon på at Medby har de nødvendige kvalifikasjonene. Denne vurderingen ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet. Både dokumentasjonen som innklagede satt på selv, og den som ble ettersendt av valgte leverandør, var lovlig å vektlegge.
- (22) Å ta i betraktning ny dokumentasjon som oversendes som følge av at opprinnelig tenkt personell er sykemeldt, er ikke i strid med kravet til likebehandling. Konkurransegrunnlaget stilte kun krav til forpliktelseserklæringer, og ikke til annen dokumentasjon som viste forpliktelsesforholdet mellom leverandør og underleverandør. Dokumentasjonen fra underleverandøren VITO er å anse som annen dokumentasjon. Det var ikke egne krav til utforming av denne dokumentasjonen.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en generalentreprise for ombygging av eksisterende lokaler på Sykehuset Innlandet til nye Gjøvik interkommunale legevakt, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke oppgitt i anskaffelsesdokumentene. De innkomne tilbudene var imidlertid på mellom 17 og 18,9 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Nærmere bestemt anføres det at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om sentral godkjenning eller dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende, for godkjenningsområdet «*Utførelse av sanitær, varme- og slukkeinstallasjoner*» i tiltaksklasse 3.
- (25) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver «*skal avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*». Av forskriften § 9-7 (2) går det samtidig frem at oppdragsgiver kan utsette beslutningen om avvisning «*til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren*».
- (26) Det aktuelle kvalifikasjonskravet lød som følger:
- «Sentral godkjenning eller dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende, i tiltaksklasse 2 og 3 i godkjenningsområdet».*
- (27) Dette skulle dokumenteres gjennom «*Sentral godkjenning i Tkl 2 og 3 eller annen tilsvarende dokumentasjon ihht kravet*».
- (28) Hvilke områder kvalifikasjonskravet gjaldt, var ikke presisert i denne delen av konkurransegrunnlaget. Områdene fremgikk imidlertid av skjemaet for vederlag, prissammenstilling og regningsarbeider, under overskriften «*A. 01 FORUTSETNINGER FOR PRISING*». Her var det blant annet angitt at «*Utførelse av sanitær, varme- og slukkeinstallasjoner*» var forutsatt gjennomført i tiltaksklasse 3.
- (29) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn klart at det ble stilt et kvalifikasjonskrav om «*[s]entral godkjenning eller dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende*» i tiltaksklasse 3 for «*[u]tførelse av sanitær, varme- og slukkeinstallasjoner*».
- (30) Det er på det rene at valgte leverandør – på tilbudstidspunktet – ikke hadde sentral godkjenning i tiltaksklasse 3 for sanitær-, varme- og slukkeinstallasjoner. Selskapet hadde heller ikke dokumentert kompetanse som angitt i SAK kapittel 11 eller tilsvarende.
- (31) Det var ingen opplysninger i valgte leverandørs opprinnelige tilbud som indikerte at selskapet planla å støtte seg på kapasiteten til et annet foretak for å oppfylle det aktuelle kvalifikasjonskravet. Dette ble første gang opplyst i valgte leverandørs reviderte tilbud, etter at innklagede hadde vært i dialog med selskapet.
- (32) I det reviderte tilbudet ga valgte leverandør en ny opplysning om at det ville bli benyttet underentreprenør for rørleggerarbeidet, nærmere bestemt Medby AS. En forpliktelseserklæring fra dette selskapet ble vedlagt det reviderte tilbudet. Som følge av at den faglige lederen i Medby AS ble sykemeldt, leverte valgte leverandør senere også en erklæring fra Medbys søsterselskap, VITO teknisk entreprenør AS, om at dette selskapet stilte sin faglige leder til disposisjon.
- (33) Klager anfører at innklagede med dette har brutt forskriften § 9-3 og de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4. Dialogen kan ifølge klager ikke benyttes til å avhjelpe mangler ved en leverandørs oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Ifølge klager hadde innklagede dermed ikke anledning til å ta i

betraktning den ettersendte dokumentasjonen fra Medby AS og VITO teknisk entreprenør AS.

- (34) Dialogen kan gjelde «*alle sider ved tilbudene og andre mottatte dokumenter eller opplysninger og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger*», jf. forskriften § 9-3 (1).
- (35) Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver går i dialog om den dokumentasjonen som er levert for å vise oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Denne dialogen kan finne sted etter utløpet av tilbudsfristen.
- (36) Spørsmålet som klagenemnda må ta stilling til, er imidlertid om adgangen til å gå i dialog om «*alle sider ved tilbudene*», også gir adgang til å avhjelpe leverandørens manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (37) Dette spørsmålet har klagenemnda tidligere behandlet i sak 2017/75. I den saken konkluderte klagenemnda med at det ikke var anledning til å gå i dialog om kvalifikasjonskrav som ikke er oppfylt ved tilbudsfristens utløp.
- (38) Avgjørelsen er kritisert av Alf Amund Gulsvik i *Tilbudskonkurranse – har KOFA glemt at det skulle være en fleksibel prosedyre?*¹ og av Marianne Dragsten i *Anskaffelsesloven med forskrift, Kommentartutgave* side 395 flg. Sistnevnte har blant annet trukket en parallell til reglene om avvisning av kvalifikasjonssøknader. Til dette nøytr klagenemnda seg med å bemerke at det i denne konkurransen ikke ble gjennomført en forutgående kvalifikasjonsfase. Så vel dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og tilbud ble levert innen tilbudsfristen. Det fremgår av forskriften § 9-4 (1) at oppdragsgiver skal avvise en leverandør eller et tilbud ved oversittelse av tilbudsfristen.
- (39) Slik klagenemnda ser det, er det en forskjell på de situasjonene hvor tilbudet som ble levert innenfor utløpet av tilbudsfristen, allerede inneholdt opplysninger om oppfyllelsen av det aktuelle kvalifikasjonskravet, men hvor disse opplysningene var mangelfulle, og de tilfellene der kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt på tilbudstidspunktet. Om den førstnevnte situasjonen, der det opprinnelige tilbudet inneholder opplysninger som er relevante for det aktuelle kvalifikasjonskravet, uttalte Forenklingsutvalget i NOU 2014: 4 punkt 20.4.3 følgende:

«*Utvalget foreslår at oppdragsgivers adgang til å be om ettersending og supplering av dokumentasjon vedrørende kvalifikasjoner utvides. Oppdragsgiver skal ha adgang til å be om ettersending, supplering, klargjøring eller utføring av enhver opplysning eller ethvert dokument som gjelder dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Bakgrunnen for en slik anmodning kan for eksempel være at fremlagt dokumentasjon er mangelfull eller uklar, eller at konkrete dokumenter mangler. Det skal heller ikke være noen grense for hvilken type dokumentasjon som kan ettersendes, sammenlign gjeldende forskrift § 12-3.*»
- (40) Med dette som utgangspunkt har klagenemnda i flere saker akseptert at oppdragsgiver ber leverandørene ettersende eller supplere dokumentasjon på at kvalifikasjonskravet var

¹ <https://www.anbud365.no/regelverk/tilbudskonkurranse-har-kofa-glemt-at-det-skulle-vaere-en-fleksibel-prosedyre/>

oppfylt ved tilbudsfristens utløp, jf. blant annet nemndas avgjørelser i 2018/1 avsnitt 36, 2019/379 avsnitt 35 og 2019/408 avsnitt 35.

- (41) Der kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt ved tilbudsfristens utløp, er det etter klagenemndas syn vanskelig å karakterisere en etterfølgende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet som en «*ettersending*» eller «*supplering*», jf. denne terminologien i det ovennevnte utdraget fra NOU-en. Det overordnede målet om at den nye tilbudskonkurransen skulle være en «*fleksibel*» prosedyre, endrer ikke på dette. I NOU 2014:4 er det en forholdsvis bred vurdering av adgangen til dialog om tilbud med vesentlige avvik. Verken denne behandlingen eller lovens øvrige forarbeider gir holdepunkter for å anta at dialogen også var ment å bli brukt til å avhjelpe kvalifikasjonskrav som ikke var oppfylt på tilbudstidspunktet.
- (42) En oppdragsgivers dialog med leverandører om hvordan de skal oppfylle kvalifikasjonskrav de ikke tilfredsstilte ved tilbudsfristens utløp, innebærer i realiteten en endring av forutsetningene for konkurransen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/75 avsnitt 29. En slik dialog vil innebære en forskjellsbehandling i relasjon til de leverandørene som – i respekt for kvalifikasjonskravene – ikke leverte tilbud i konkurransen. En slik dialog vil derfor være i strid med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4.
- (43) Klagenemnda konkluderer etter dette med at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften 9-5 (1) bokstav a.
- (44) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, har påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemnds forskriften § 13.
- (45) På bakgrunn av resultatet i saken, behandles ikke klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Gjøvik kommune har brutt forskriften § 9-5 (1) bokstav a ved å ikke avvise valgte leverandør. Klagers øvrige anførsler om avvisning, er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk