



Kan godkjenninger etter plan- og bygningsloven brukes som kvalifikasjonskrav i anskaffelser?



Line Voldstad
Partner, Avdelingsleder
regulatorisk og FPR



Morten Gullhagen-Revling
Lead Lawyer

I offentlige anskaffelser kan det oppstilles kvalifikasjonskrav for å sikre at leverandørene som deltar kan gjennomføre kontraktsforpliktelsene. Kvalifikasjonskrav må ikke oppstilles, men i bygg- og anleggsprosjekter vil kvalifikasjonskrav bl.a. kunne bidra til å sikre at entreprenøren har erfaring og at nøkkelpersonell har den relevante erfaring og utdanning.

I anskaffelser om bygg- og anleggsoppdrag er det fra tid til annen eksempler på at det er oppstilt krav som viser til godkjenninger etter plan- og bygningsloven som skal sikre kompetanse og erfaring. Slike krav kan imidlertid by på utfordringer både for oppdragsgiver og leverandørene; derfor bør slike kvalifikasjonskrav unngås.

Krav om sentral godkjenning eller lokal godkjenning er ulovlige kvalifikasjonskrav

Sentral godkjenning er en ordning etablert med grunnlag i plan- og bygningsloven. At det ikke er lov å stille krav om sentral godkjenning i offentlige anskaffelser følger av Byggesaksforskriften (SAK10) § 9-1 annet ledd, og er

også lagt til grunn av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), se eksempelvis sak 2016/172.

Tidligere måtte foretak ha lokal godkjenning i den enkelte byggesak. Reglene om lokal godkjenning er opphevet med virkning fra 1. januar 2016. Å stille krav til utdaterte ordninger strider mot klarhetskravet i anskaffelsesretten, og skal føre til avlysning av konkurransen, se eksempelvis KOFA sak 2017/36.

Ser leverandørene slike krav, bør dette formidles til oppdragsgiveren.

Erklæring av ansvarsrett

I stedet for å få lokal godkjenning, har ordningen i plan- og bygningsloven siden 2016 vært at foretakene *erklærer* ansvarsrett.

Gjennom erklæring av ansvar bekrefter foretaket at faglig ledelse oppfyller krav til relevant utdanning og praksis som følger av byggesaksforskriften kapittel 11, og at faglig ledelse i tiltaket benytter personell med nødvendige og relevante kvalifikasjoner for å gjennomføre det aktuelle tiltaket på en forsvarlig måte slik at krav gitt i eller med hjemmel i plan- og bygningsloven ivaretas.

Det skal ikke sendes noe dokumentasjon sammen med erklæring om ansvarsrett. Derimot skal dokumentasjon på oppfyllelse av krav til kvalifikasjoner, herunder utdanning, praksis og kvalitetssikringsrutiner, foreligge i tiltaket og kunne fremvises ved tilsyn.

Ansvarsrett erklæres i ulike funksjoner og i ulike tiltaksklasser. Det er tiltaksklasse 1, 2 eller 3 der tiltaksklasse 3 er det mest komplekse.

Det er ansvarlig søker (foretaket) som skal vurdere oppgavene og foreslå hvilken tiltaksklasse oppgaven skal plasseres i. Ansvarlig søkers forslag til tiltaksklasser skal som utgangspunkt også legges til grunn av kommunen, se byggesaksforskriften § 9-3 annet ledd andre punktum.

Kvalifikasjonskrav om at man vil kunne erklære ansvarsrett?

For å være i tråd med systemet i plan- og bygningsloven kan man se for seg et kvalifikasjonskrav om "*Godkjenning etter plan- og bygningsloven*" hvor leverandøren må dokumentere/sannsynliggjøre at man "*vil kunne erklære ansvarsrett innen relevante fagområder i tiltaksklasse [X]*"

Et slikt krav vil imidlertid by på enkelte problemer både for oppdragsgiver og potensielle leverandører.

Rett tiltaksplassering er ikke enkelt, spesielt i en tidlig fase av et byggeprosjekt. Som påpekt er det videre ansvarlig søker, dvs. ikke oppdragsgiver, som skal foreslå tiltaksklasse.

Dersom oppdragsgiver setter en for høy tiltaksklasse kan dette ekskludere relevante leverandører. Å sette for lav tiltaksklasse blir også problematisk da dette kan gi en forventning om mindre grad av kompleksitet.

Et slikt kvalifikasjonskrav vil dessuten skape utfordringer med tanke på hva som vil være tilstrekkelig dokumentasjon for at leverandøren "*vil kunne erklære ansvarsrett*". I en ny avgjørelse fra Gulating lagmannsrett (LG-2019-134677) uttaler domstolen at:

«I dokumentasjonskravet tilknyttet det aktuelle kvalifikasjonskravet er det ikke krevd fremlagt spesifikke dokumenter for å sannsynliggjøre at ansvarsrett lovlig ville kunne erklæres. Det følger videre av byggesaksforskriften § 9-1 andre ledd, at det ikke er adgang til å stille krav om sentral godkjenning ved offentlige anskaffelser. **Lagmannsretten legger derfor til grunn at kommunen vil ha en betydelig skjønnsmargin med hensyn til hvilke bevis den har adgang til å vektlegge i vurderingen av om tilbyderne oppfyller kvalifikasjonskravet.**»

Slik vi ser det, skapes unødvendig mye uforutsigbarhet knyttet til et kvalifikasjonskrav hvor leverandøren skal sannsynliggjøre at det vil kunne erklæres ansvarsrett. Som sitatet over viser, vil det i en slik situasjon ikke være like klart for leverandørene hvilken dokumentasjon som vil være tilstrekkelig. Dette er en utfordring oppdragsgiveren i sin tur må håndtere når oppfyllelse av kvalifikasjonskravet skal vurderes. Dersom oppdragsgiver har oppstilt et slikt krav, er det betimelig å stille spørsmål om hvilken dokumentasjon som vil anses tilstrekkelig.

Erklæring om ansvar knytter seg til krav om relevant utdanning og praksis. Kvalifikasjonskrav om kompetanse og erfaring hos nøkkelpersonell innen hvert fagområde det må erklæres ansvar for, hvor krav til utdanningsnivå og erfaring eksplisitt er inntatt, skaper mer forutsigbarhet. Et slikt krav vil dessuten være enklere for utenlandske leverandører å forholde seg til. På denne måten unngås det samtidig å henvise til bestemte tiltaksklasser og dokumentasjon som ikke er like klar.

Anbefaling

Det vil raskt oppstå problemer der oppdragsgiver oppstiller kvalifikasjonskrav som viser til godkjenninger etter plan- og bygningsloven, samt hvor en leverandør skal sannsynliggjøre at man vil kunne erklære ansvarsrett.

For å sikre at leverandøren vil kunne erklære ansvar, bør kvalifikasjonskrav om kompetanse og erfaring hos nøkkelpersonell innen bestemte fagområder kombineres med kontrakts- eller minstekrav om at leverandøren må kunne erklære ansvarsrett for samtlige fag som prosjektet krever.