



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Ulovlig tildelingskriterium. Tildelingsevaluering. Veiledningsplikt.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om drift og vedlikehold av sambandssystemer og fjernkontroll. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forsyningsforskriften § 14-1 (3) ved å benytte referanser som tildelingskriterium, og at konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av denne feilen. Klagenemnda tok derfor ikke stilling til klagers øvrige anførsler.*

### **Klagenemndas avgjørelse 22. april 2020 i sak 2019/269**

**Klager:** Goodtech AS

**Innklaget:** Hafslund Nett AS

**Klagenemndas medlemmer:** Halvard Haukeland Fredriksen, Sverre Nyhus og Kristian Jåtog Trygstad

#### **Bakgrunn:**

- (1) Hafslund Nett AS<sup>1</sup> (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. november 2018 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om drift og vedlikehold av sambandssystemer og fjernkontroll.
- (2) Frist for å levere søknad om prekvalifisering var 27. november 2018. Innenfor utløpet av denne fristen mottok innklagede tre søknader om prekvalifisering, herunder fra Goodtech AS (heretter *klager*) og Aventi Technology AS. En tilbudsinvitasjon ble sendt ut til leverandørene 21. desember 2018. Tilbudsfrist var 21. januar 2019.
- (3) I bilag 1 til tilbudsinvitasjonen, ble oppdraget beskrevet på følgende måte:

*«Drift- og vedlikeholdstjenesten (vedlikeholdstjenesten) skal dekke Hafslund Netts (HN) behov for bistand ved drift, vedlikehold og beredskap av fjernkontroll- og sambandssystemer for drift av elnettet og sørge for å minimalisere konsekvensene av feil og/eller avbrudd på systemene. Vedlikeholdstjenester omfatter utkalling, lokalisering av feil, gjenoppretting av funksjon, reparasjon og dokumentasjon av oppdrag.*

[...]

*Avtalen omfatter fjernkontroll- og kommunikasjonsutstyr for drift av ca. 180 transformator- og koblingsstasjoner på regionalnettet (RN) i Oslo, Akershus og Østfold samt ca. 500 nettstasjoner i distribusjonsnettet (DN) i samme geografiske område.»*

---

<sup>1</sup> Hafslund Nett ble med virkning fra 1. januar 2020 fusjonert inn i Elvia AS.

(4) I vedlegg A «*Beskrivelse av leveransen*» ble tilbyderne bedt om å besvare flere punkter. Ett av disse punktene var «*Referanser*», hvor det var presisert at «*Tilbyder skal beskrive erfaring med tilsvarende oppdrag. Oversikt som viser relevante oppdrag i løpet av de tre siste år*».

(5) Av tilbudsinvitasjonen punkt 5.1 «*Tildelingskriterier*» fremgikk følgende:

«[...] Oppdragsgiver vil basere sin tildelingsbeslutning på en samlet vurdering av hvilket tilbud som anses **å ha det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet** for prosjektet som helhet. Oppdragsgiver plikter således ikke å tildele kontrakt til den Tilbyder som har tilbudt den laveste prisen.

Evalueringen vil bli foretatt på bakgrunn av tildelingskriterier og bli vektet innenfor de oppgitte intervaller oppgitt i gitt i Tabell 1 nedenfor

<i>Nr.</i>	<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Vekt %</i>	<i>Dokumenteres ved</i>
<i>1.</i>	<i>Beskrivelse av leveransen. Delt opp i flere elementer som vektes samlet: Leveranse Organisasjon Ressurser Dokumentasjon</i>	<i>45-55</i>	<i>Svar på vedlegg A BESKRIVELSE AV LEVERANSEN</i>
<i>2.</i>	<i>Pris Delt opp i flere elementer som vektes samlet: - Enhetspriser - Timespriser - Opsjonspriser</i>	<i>30-40</i>	<i>Svar på bilag 2</i>
<i>3.</i>	<i>Referanser</i>	<i>15-25</i>	<i>Svar på Vedlegg A - BESKRIVELSE AV LEVERANSEN Totalt tre referanser i form av tilbakemeldinger på leveranse/jobber som er sammenlignbare i både omfang og kompleksitet. Eventuell referanse fra Hafslund Nett vil bli benyttet og vil bli fremlagt på forespørsel.</i>

			<b><i>Nyere referanser teller framfor eldre.»</i></b>
--	--	--	---

- (6) Om evalueringen av tilbudene fremgikk det at:

*«[...] Tilbudene vil bli evaluert ved hjelp av et poengbasert system med en poengskala fra 0 til 10, hvor 10 er best og 0 er dårligst. Flere leverandører kan få samme poengsum inkludert 10, dersom tilbudene er like gode eller det ikke er mulig å skille mellom tilbudene.»*

- (7) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra klager og Aventi Technology AS.

- (8) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøter med Aventi Technology AS og klager henholdsvis 31. januar og 1. februar 2019. Klager mottok følgende agenda for møtet:

*«Presentasjon ift forespørsel*

*Pris elementer*

- *Grunnkost*
- *Tilbudte priser ift dagens priser*
- *Fordyrende krav fra HN?*
- *Påslag materiell*
- *Km kjøring»*

- (9) Av referatet fra møtet med klager fremgikk blant annet:

*«Oppsummering*

*[...]*

*HN har ikke oversikt over de enkelte tilbyderes motivasjon for priser, eller om noe er uteglemt/medtatt for mye i de enkelte tilbud, men vil anbefale tilbyder å se på elementer fra tilbudsgjennomgangen og gi sitt "beste tilbud"»*

- (10) Begge leverandørene innga reviderte tilbud innen innklagedes frist for dette, som var satt til 14. februar 2019.

- (11) Det er opplyst at innklagede deretter kontaktet leverandørenes oppgitte referanser, og kontrollerte disse opp mot et referanseskjema.

- (12) Innklagede meddelte i brev av 15. mars 2019, at kontrakten var tildelt Aventi Technology AS (heretter *valgte leverandør*). Av brevet fremgikk det at klager hadde oppnådd til sammen 9,2 poeng mot valgte leverandørs 9,3 poeng. Poengoversikten viste at valgte leverandørs tilbud var vurdert som best på priskriteriet, med 3,5 poeng, mot 2,8 til klager. På kriteriet *«Beskrivelse av leveransen»* hadde klagers tilbud fått 4,9 poeng, mot valgte leverandørs 4,3 poeng. På kriteriet *«Referanser»* hadde begge tilbudene fått 1,5 poeng.

- (13) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 9. april 2019.

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. april 2019.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. april 2020.

**Anførsler:**

***Klager har i det vesentlige anført:***

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt på bakgrunn av et ulovlig tildelingskriterium. Tildelingskriteriet «Referanser» knytter seg til egenskaper hos leverandøren som sådan, og ikke til leveransen. Kriteriet er ikke egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, og er dermed i strid med forsyningsforskriften § 14-1.
- (17) Subsidiært anføres det at evalueringen av tildelingskriteriet «Referanser» er gjennomført i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4, fordi relevante forskjeller mellom referansene i de to tilbudene ikke har fått utslag i poenggivningen.
- (18) Atter subsidiært anføres det at innklagede, under forhandlingene, har brutt veiledningsplikten ved ikke å gi klager tilbakemelding på rangering i forhold til pris. Pris var noe som skulle vekte 30-40 prosent, og valgte leverandør hadde oppgitt en vesentlig bedre pris enn klager.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (19) Kontrakt er tildelt på bakgrunn av et lovlig tildelingskriterium. Oppdragsgiver har et vidt innkjøpsfaglig skjønn i vurderingen av hvilke tildelingskriterier som er best egnet til å belyse det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriet «Referanser» har i denne konkurransen en nær og påviselig betydning for å vurdere kvaliteten til leveransen og driften av vedlikehold av sambandssystemer og fjernkontroll.
- (20) Det foreligger ikke brudd på anskaffelsesloven § 4 ved evalueringen av tildelingskriteriet «Referanser». Evalueringen oppfyller kravene til forutberegnelighet og likebehandling, og er ikke vilkårlig utført.
- (21) Det bestrides at veiledningsplikten er brutt. Det ble gjennomført reelle forhandlinger, hvor klager ble oppfordret til å revurdere tilbudspris. Klager må selv bære risikoen for at det ikke ble gjort endringer i tilbudet på dette punkt.

**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 drift og vedlikehold av sambandssystemer og fjernkontroll. I anskaffelsesprotokollen fremgår det at anskaffelsen har en estimert verdi på 16 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 del I og del II, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.

*Ulovlig tildelingskriterium – «Referanser»*

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anvende «Referanser» som tildelingskriterium. Dette er av klager begrunnet med at kriteriet knytter seg til forhold ved leverandøren som sådan, og ikke til leveransen.
- (24) Klagenemnda har i en rekke saker lagt til grunn at det er et prinsipielt skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, noe som kommer til uttrykk i EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 (Lianakis). I senere saker har imidlertid EU-domstolen og Underretten presisert at vurderinger av leverandørens egenskaper som er relevante i kvalifikasjonsvurderingen, også kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. sak C-601/13 (Ambisig), T-461/08 og T-39/08. Også klagenemndas praksis støtter opp under dette, jf. blant annet sak 2015/149 avsnitt (33). Spørsmålet er i dag regulert i forsyningsforskriften § 14-1 (3), og vurderingen må derfor ta utgangspunkt i denne bestemmelsen.
- (25) Det følger av forsyningsforskriften § 14-1 (3) bokstav b at tildelingskriteriene «for eksempel» kan omfatte «den tilbudte bemanningens [...] erfaringer». Forutsetningen er at «kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten», jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2018/154, avsnitt 40.
- (26) Formuleringen «for eksempel» innledningsvis i forskriften § 14-1 (3) tilsier isolert sett at ingen av de etterfølgende bokstavene er ment å være uttømmende. Forhistorien til bokstav b gir imidlertid grunn til å vurdere dette annerledes. Som påpekt av Kristian Jåtog Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter*, 2. utg. 2017, s. 131 er bokstav b et konkret utslag av EU-lovgivers vurdering av adgangen til å premiere leverandørens egenskaper i tildelingsfasen, i lys av tidligere praksis fra EU-domstolen. Det ville gitt lite mening hvis oppdragsgiver kunne sett bort fra vilkåret om at vurderingen må gjelde «den tilbudte bemanningen», eller at kvaliteten på bemanningen skal være «av stor betydning for utførelsen av kontrakten», under henvisning til at bestemmelsen bare lister opp eksempler.
- (27) Av tilbudsinvitasjonen punkt 5.1 fremgikk det at tildelingskriteriet «Referanser» skulle dokumenteres gjennom «Totalt tre referanser i form av tilbakemeldinger på leveranse/jobber som er sammenlignbare i både omfang og kompleksitet.»
- (28) Innklagede har forklart at kriteriet ble brukt til å vurdere oppdragsspesifikke kvaliteter ved den tilbudte drift- og vedlikeholdstjenesten. Slik kriteriet og det tilhørende dokumentasjonskravet er utformet, legges det imidlertid opp til en helt generell vurdering av tidligere oppdragsgiveres oppfatninger av leverandørene – og ikke en vurdering av det tilbudte personellets kompetanse og erfaring.
- (29) Klagenemnda erkjenner at det i noen tilfeller ikke gir god mening å skille skarpt mellom generelle og oppdragsspesifikke referanser, eksempelvis i et leverandørmarked med små aktører og/eller hvor det er underforstått at det nær sagt er alle leverandørens ansatte, eventuelt alle innenfor den relevante delen av leverandørens virksomhet, som utgjør «den tilbudte bemanningen» som oppdragsgiver ønsker å evaluere. Slik saken er opplyst for nemnda, finner imidlertid ikke nemnda å kunne legge til grunn at så er tilfelle i vår sak.
- (30) All den tid det er referansenes erfaringer med leverandørene som sådanne, og ikke med den tilbudte bemanningen som er gjort til vurderingstema, er nemnda av den oppfatning at innklagede har overtrådt forskriften § 14-1 (3) bokstav b.

- (31) Tildelingskriteriene har stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om deltakelse og ved tilbudsutforming. I foreliggende sak var tildelingskriteriet «Referanser» vektet 15 prosent. Tildelingsevalueringen viste at det var svært lite som skilte tilbyderne, jf. avsnitt 12. Slik saken er opplyst, legger nemnda til grunn at referanseprosjektene inkluderer personer som ikke tilbys i den aktuelle anskaffelsen. Det må derfor etter nemndas syn legges til grunn at konkurransen kunne ha fått et annet utfall dersom feilen ikke var begått. Konkurransen skulle derfor ha vært avlyst, hvilket også gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (32) På bakgrunn av det resultatet nemnda har kommet til, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

***Konklusjon:***

Hafslund Nett AS har brutt forordningen § 14-1 (3) ved å benytte «Referanser» som tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*