



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om rehabilitering og utvidelse av et VVA-anlegg på Tjuin industriområde. Klager anførte at tildelingskriteriet «Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider», var ulovlig. Klagenemnda fant at tildelingskriteriet manglet den nødvendige tilknytningen til leveransen, jf. forskriften § 8-11 (2) og (3).

Klagenemndas avgjørelse 18. august 2020 i sak 2019/664

Klager: Brødrene Brøndbo AS

Innklaget: Steinkjer kommune (Verran kommune)

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Verran kommune, som 1. januar 2020 ble en del av Steinkjer kommune (heretter *innklagede*), kunngjorde 22. mai 2019 en åpen tilbudskonkurranse i anledning rehabilitering og utvidelse av et vei-, vann og avløpsanlegg på Tjuin industriområde. Til å prosjektere arbeidet, og for bistand med gjennomføring av anskaffelsen, hadde innklagede engasjert Norconsult AS. Tilbudsfrist var 12. juni 2019.

(2) I konkurransegrunnlagets del I punkt 5 var kvalifikasjonskravene angitt. Punkt 5.3 gjaldt «*Tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner*», hvor det blant annet var stilt krav om at tilbyderne skulle ha «*Relevant erfaring*». Til kvalifikasjonskravet var det knyttet følgende dokumentasjonskrav:

«Liste over relevante oppdrag som er utført i løpet av de siste 3 år. Listen skal inneholde informasjon/beskrivelse om arbeidenes omfang, oppdragets verdi, og referanseperson (navn, telefon og e-post.)

Referanser vil kunne bli kontaktet ved behov for klargjøring av oppdragets relevans. Det er tilbyders ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen.»

(3) Tildeling av kontrakt skulle ifølge konkurransegrunnlagets del I punkt 6 skje basert på tildelingskriteriene «*Pris (inkl. opsjoner)*» vektet 70 prosent, og «*Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider*» vektet 30 prosent. Under det sistnevnte kriteriet var det kort presisert at vurderingsgrunnlaget var om leverandøren hadde «*Relevant erfaring*». Videre var det opplyst at:

«Ved evalueringen av tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider vil referanselister bli vurdert av byggherren. Det vil bli benyttet en poengskala fra 1 til 10, der 10 er best score.»

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (4) Innklagede mottok seks tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Brødrene Brøndbo AS (heretter *klager*) og Letnes Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*). Klager hadde lavest pris og fikk dermed full score (7 vektete poeng) på priskriteriet. Valgte leverandør fikk her 6,62 vektete poeng. På erfaringskriteriet fikk klager 2,40 vektete poeng mot full score (3 vektete poeng) til valgte leverandør. Dette gav valgte leverandør en totalscore på 9,62 poeng, mot 9,40 poeng til klager. Med denne poengsummen var klager rangert som nummer tre.
- (5) Ved brev datert 9. juli 2019 ble tilbyderne informert om at Letnes Entreprenør AS var tildelt kontrakt. Brevet inneholdt noen korte, generelle opplysninger om tilbudsåpningen og evalueringen, samt en tabell som viste tilbydernes oppnådde score.
- (6) Den 12. juli 2019 ba klager om innsyn og ytterligere begrunnelse for tildelingsevalueringen. Henvendelsen ble besvart av innklagede samme dag. I svaret oversendte innklagede selve tilbudsevalueringen av samtlige tilbydere. Av tilbudsevalueringen punkt 6.0 fremgikk det hvilke referanser de ulike tilbyderne hadde oppgitt. For klager og valgte leverandør var det gitt følgende oppsummering:

«2. Brødrene Brøndbo AS

Har levert referanser for 9 anlegg. Samtlige avsluttet de siste 3 årene. 3 stk. rene VA-anlegg. 3 stk. veganlegg. 1 stk. anlegg med parkeringsplass inkl. OV-system. Og 2 stk. anlegg med kommunal veg og VA i byggeområder.

[...]

4. Letnes Entreprenør AS

Har levert referanser for 8 anlegg. 4 av anleggene er avsluttet de 3 siste årene. 2 av anleggene er rene VA-anlegg. De øvrige 6 anleggene omfatter kommunal veg og VA i byggeområder.»

- (7) Dette var etterfulgt av en samlet vurdering av referansene hvor det fremgikk;

«Letnes Entreprenør AS og Farbu og Gausen AS har levert referanser for mange relevante anlegg med veg og VA i byggeområder.

Ut fra en innkjøpsfaglig vurdering av referansene foreslås at tilbyderne gis følgende karakter:

- *Farbu & Gausen AS og Letnes Entreprenør AS gis karakteren 10*
- *Odd Einar Kne AS gis karakteren 9*
- *Brødrene Brøndbo AS og Vuku Naturstein AS gis karakteren 8*
- *Austad Maskinstasjon AS gis karakteren 7».*

- (8) Klager påklaget tildelingsevalueringen 6. august 2019. På bakgrunn av klagen besluttet innklagede å foreta en ny vurdering av klagers og valgte leverandørs tilbud, herunder karaktersetting for de oppgitte referanseprosjektene. Resultatet av denne nye vurderingen var at innklagede opprettholdt konklusjonen, med følgende begrunnelse:

«Letnes Entreprenør AS har vedlagt referanser for 6 anlegg med kommunal veg og VA i tettbygd strøk/byggeområder som vurderes å være av samme type som anlegget på Tjuin. Anlegget på Nedre Sannan er også av noenlunde samme type. 3 av anleggene er av samme størrelse eller større enn anlegget på Tjuin.

Brødrene Brøndbo AS har vedlagt referanser for 2 anlegg med kommunal veg og VA i tettbygd strøk/byggeområder som vurderes å være av samme type som anlegget på Tjuin. Ingen av de 2 anleggene er like store som anlegget på Tjuin.

Ut fra en vurdering av referanselistene så synes vi det er rett å skille betydelig mellom de 2 tilbyderne. Letnes Entreprenør har dokumentert betydelig mer erfaring med denne type anlegg enn Brødrene Brøndbo AS. Referanselista til Letnes Entreprenør inneholder også mer informasjon om hvilke arbeider som er utført på anleggene.

Vi opprettholder vår vurdering der vi foreslår å gi Letnes Entreprenør AS karakteren 10 og Brødrene Brøndbo AS karakteren 8.»

- (9) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 1. oktober 2019.
- (10) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. november 2019.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. august 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å benytte seg av et ulovlig tildelingskriterium. Kriteriet «*Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider*» er i strid med anskaffelsesforskriften § 8-11 fordi det ikke har tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Videre er kriteriet så skjønnspreget at det gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet. Det er heller ikke stilt dokumentasjonskrav for tildelingskriteriet. Det er tildelingskriteriet slik det er tolket og anvendt i konkurransen som gjør det ulovlig.
- (13) Dersom erfaring skal være relevant for den foreliggende entreprise, må erfaringen enten ligge hos nøkkelpersonell som vil delta i gjennomføringen av entreprisen, eller bedriften redegjøre for slike detaljerte rutiner som gjør henvisning til nøkkelpersonell overflødig. Den siste måten er ikke valgt av noen av tilbyderne. At bedriften og ikke nøkkelpersonell har utført tilsvarende arbeider, sier ikke noe om gjennomføringen av den etterspurte entreprisen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Tildelingskriteriet «*Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider*» har tilknytning til leveransen. Gjennom tildelingskriteriet kunne innklagede vurdere om tilbyderne hadde erfaring fra slike arbeider. Erfaring med denne typen arbeid innebærer også kompetanse, og er et mål på om leverandøren er i stand til å ivareta oppdraget med ønsket kvalitet. Den enkelte leverandørs erfaring og kompetanse på de områdene som er etterspurt og vurdert i tildelingskriteriene, er relevante for det aktuelle prosjektet, og vil ha en nær og påviselig betydning for kvaliteten på ytelsen. Det er derfor ikke gjort en upåregnelig vurdering av leverandøren som sådan, men en vurdering av leverandørens evne til å gjennomføre det prosjektet som skal gjennomføres.

- (15) Tildelingskriteriet er ikke så skjønnspreget at det gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet. Alle tilbyderne har forstått og redegjort på en grei og oversiktlig måte for tilsvarende prosjekter de har hatt. Det er gitt de utdypende opplysningene som var nødvendig for å vurdere referanseprosjektene størrelse og relevans i forhold til det aktuelle oppdraget.
- (16) Det er stilt tilstrekkelig krav til dokumentasjon for tildelingskriteriet ved at tilbyderne var bedt om å levere opplysninger om «*relevante oppdrag som er utført i løpet av de siste 3 år. Listen skal inneholde informasjon/beskrivelse om arbeidenes omfang, oppdragets verdi, og referanseperson (navn, telefon og e-post)*».

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabilitering og utvidelse av vei-, vann og avløpsanlegg på Tjuin, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til ca. 20 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Ulovlig tildelingskriterium – «Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider»

- (18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium. Klager anfører nærmere bestemt at tildelingskriteriet «*Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider*» mangler tilknytning til leveransen.
- (19) Konkurransen ble gjennomført etter reglene i forskriften del II. Det foreligger omfattende praksis både fra EU-domstolen og fra norske domstoler om adgangen til å legge vekt på leverandørens egenskaper ved valg av tilbud i konkurranser over EØS-terskelverdi. Denne praksisen er imidlertid ikke uten videre relevant for forståelsen av reglene i del II.
- (20) I del II er det stilt krav til grunnlaget for valg av tilbud i § 8-11. Det følger av § 8-11 (3) at oppdragsgiver kan bruke «*det samme vurderingstemaet både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium*», forutsatt at vurderingstemaet har «*tilknytning til leveransen*». Reguleringen i del II er følgelig annerledes enn den tilsvarende reguleringen i del III, hvor blant annet § 18-1 (3) bokstav b) oppstiller ytterligere vilkår for premiering av leverandørens egenskaper gjennom tildelingskriteriene.
- (21) Klagenemnda legger til grunn at denne forskjellen er tilsiktet. Det er en uttrykt målsetning at oppdragsgiver skal ha noe større fleksibilitet ved gjennomføringen av konkurranser etter forskriften del II. Det har blant annet kommet til uttrykk i Forenklingsutvalgets utredning, se NOU 2014: 4 side 61:

«Oppdragsgiver må stå friere ved anvendelsen av forskriftens del I enn del II, og friere i del II enn i del III. Utgangspunktet bør derfor være at eksplisitte prosedyrekrav som følger av forskriftens del III, ikke skal innfortolkes i forskriftens del I og II, og tilsvarende at eksplisitte prosedyrekrav som følger av forskriftens del II, ikke skal innfortolkes i forskriftens del I. Dette følger også av det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet. Selv om det kan utledes plikter fra de grunnleggende prinsippene, skal det stilles ulike krav til pliktens innhold og omfang i de ulike delene i regelverket.

Dette er en helt sentral forutsetning for å foreta forenklinger i forskriftens del I og II. Utvalget understreker derfor at forslagene til forenklinger av anskaffelsesregelverket vil undergraves fullstendig hvis KOFA og domstolene på grunnlag av de generelle prinsippene likevel innfortolker detaljerte prosedyrekrav som ikke ellers følger av regelverket.»

- (22) Det er imidlertid ikke helt klart for nemnda hvilken fleksibilitet som er gitt, og hvilke begrensninger som oppstilles av vilkåret om tilknytning til leveransen. Av forskriften § 8-7 (2) fremgår det at alle kvalifikasjonskrav skal ha tilknytning til leveransen. Alle egenskapene ved leverandørene som kan vurderes ved kvalifikasjonskrav, vil dermed også kunne premieres gjennom tildelingskriteriene uten hinder av tilknytningskravet. Etter klagenemndas vurdering er tilknytningsvilkåret derfor ikke til hinder for at «*relevant erfaring*» ble premiert gjennom tildelingskriteriene. Uten at det har betydning for denne saken, legger klagenemnda til at «*Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider*» etter omstendighetene også kunne ha vært et lovlig tildelingskriterium i en konkurranse etter del III.
- (23) Etter klagenemndas syn følger det av hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. for så vidt lovens § 1, at også i konkurranser etter del II skal tildelingskriteriene være egnet til å identifisere det beste tilbudet. De må derfor legges opp til en vurdering av sterke og svake sider ved de konkurrerende tilbudene. Slik tildelingskriteriet «*Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider*» og det tilhørende dokumentasjonskravet var beskrevet i konkurransegrunnlaget, la det opp til en vurdering av antall tilsvarende prosjekter, uten en nærmere vurdering av hvilken relevant erfaring som var tilegnet, kompleksiteten på prosjektene eller kvaliteten på det utførte arbeidet. Etter det klagenemnda kan forstå, er det også slik tildelingskriteriet har vært benyttet i tilbudsevalueringen. Innklagede har vurdert listene over referanseprosjekter, men har for eksempel ikke innhentet oppdragsgivernes erfaring med leverandørene. Etter klagenemndas syn la tildelingskriteriet dermed ikke opp til å bedømme sterke og svake sider ved de tilbudte ytelsene.
- (24) Innklagede har etter dette brutt forskriften § 8-11 (3) ved å anvende et tildelingskriterium som ikke var egnet til å identifisere det beste tilbudet.
- (25) Tildelingskriteriene er av stor betydning for leverandørene, både ved spørsmål om deltakelse og ved utforming av tilbud. Klager fikk best uttelling på priskriteriet. Erfaringskriteriet hadde derfor avgjørende betydning for tildelingen av kontrakt. Det må derfor legges til grunn at konkurransen kunne fått et annet utfall uten regelbruddet. Det er dermed grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13 femte punktum.

Konklusjon:

Steinkjer kommune (Verran kommune) har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk