



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av flytebrygger. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at tildelingskriteriene «service/oppfølging» og «responstid ved service» i konkurransen var ulovlige.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2021 i sak 2021/487

Klager: Telebryggen AS

Innklaget: Nome kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Nome kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. desember 2020 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av to flytebrygger ved Ulefoss gjestehavn. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 3 millioner kroner. Tilbudsfrist var 8. januar 2021.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 ble det stilt krav til leverandørens tekniske og faglige kapasitet:

«Vedlegg 1.3

Sentral godkjenning eller dokumentert tilsvarende kompetanse etter SAK 10 for denne type bygg.

Vedlegg 1.4

Liste over relevante oppdrag utført de siste 3 år.

Vedlegg 1.5

Redegjørelse for foretakets kvalitetssikringssystem»

- (3) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at kontrakten ville bli tildelt den leverandøren som innga tilbudet som var det «*økonomisk mest fordelaktig for oppdragsgiver*». Tilbudsprisen, timepriser og påslagsprosent var vektet 40 prosent. Oppstartstid/gjennomføringstid var vektet 25 prosent. Det var opplyst at «*[b]ryggene ønskes ferdig levert og montert før april*». Service/ oppfølging var vektet 25 prosent, mens responstid ved service var vektet 10 prosent.

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) Før tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Vik Ørsta AS (heretter *valgte leverandør*) og Telebryggen AS (heretter *klager*).
- (5) Klager ble etter en totalvurdering først tildelt kontrakten. Klagenemnda har fått fremlagt en sammenstilling av evalueringen. På en skala hvor 1 var best, fikk både klager og valgte leverandør 1 poeng på «*Oppstart gjennomføringstid*», og «*Service/oppfølging og responstid*». På «*Pris*» fikk begge leverandørene 2 poeng. Totalt fikk begge leverandørene 1,4 poeng. I oppsummeringen var det videre opplyst følgende:

«Ut ifra Service og oppfølgings kriteriene er det blitt satt lavest poeng på de som har tilbyd ettersynsavtale. Kun Telebryggen AS og Vik Ørsta AS har tilbud dette.

Telebryggen AS og Vik Ørsta AS har fått lik score i sammenstillingen.

Telebryggen AS er av disse to lavest på pris med ca. 55 000,- kroner. Dette sammen med en totalvurdering av tilbudsbrevene er det valgt å gå for tilbudet til Telebryggen AS.»

- (6) På bakgrunn av klage fra valgte leverandør, omgjorde innklagede tildelingen 15. februar 2021. Tildelingen til klager ble annullert, og ny tildeling ble gjort til valgte leverandør. Innklagede viste til følgende grunnlag:
- *«Telebryggen AS hadde ikke levert dokumentasjon på kvalitetssikringssystemet deres i tilbudet.*
 - *Feil ved kommunes evaluering av «service og oppfølging». Vik Ørsta er den eneste av disse to som hadde nevnt responstid på 6 timer. Noe som skulle gitt Vik Ørsta AS bedre score på dette tildelingskriteriet.»*
- (7) Klager påklaget omgjøringen og tildelingen av kontrakten 22. februar 2021. Klagen ble besvart, og ikke tatt til følge, av innklagede 25. februar. I svaret ble klager meddelt at de var avvist fra konkurransen. Begrunnelsen var at kvalifikasjonskrav om teknisk og faglig kapasitet ikke var oppfylt.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. mars 2021. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. april 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Slik kvalifikasjonskravet om «*[t]ilbyders tekniske og faglige kapasitet*» er utformet, bryter det med regelverkets krav til klarhet. Kravet gir også oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn ved evalueringen og er derfor også i strid med regelverket. Det er i realiteten ikke satt opp noen kvalifikasjonskrav i konkurransen, kun krav til dokumentasjon. Dokumentasjonskravene sier ikke noe om hva som skal til for å anses kvalifisert.
- (11) Det er på det rene at feilen ikke kan rettes, og feilen har hatt betydning for utfallet av konkurransen. Det er i denne sammenheng nok å vise til at klager først ble ansett å oppfylle kravet, for deretter å bli avvist fordi innklagede endret syn på dette.

- (12) Tildelingskriteriene «*service/oppfølging*» og «*responstid ved service*» oppfyller ikke anskaffelsesregelverket krav til tildelingskriterier, og er derfor ulovlige. Ulovlige tildelingskriterier medfører en plikt til å avlyse konkurransen.
- (13) Kriteriene er for det første uklare, og mangler den nødvendige tilknytningen til leveransen. Det er videre ikke angitt noen dokumentasjonskrav. Kriteriene knytter seg heller ikke til opplysninger som er etterspurt i konkurransegrunnlaget.
- (14) For det tilfellet at klagenemnda skulle komme til at det ikke foreligger en plikt til å avlyse konkurransen, må oppdraget tildeles klager. Grunnlaget er at avvisningen av klager, og omgjøringen av tildelingen, er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser.
- (15) Tilbudet fra valgte leverandør må avvises.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) I konkurransegrunnlaget er det oppgitt kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens tekniske og faglige kapasitet. Dette fremgår når man leser overskriften «*[t]ilbyders tekniske og faglige kapasitet*», i sammenheng med dokumentasjonskravene. Kvalifikasjonskravene er tilstrekkelig klare til at vanlige leverandører kan forstå innholdet på samme måte, og kravene gir ikke et ubetinget fritt skjønn for oppdragsgiver.
- (17) Anskaffelsen gjelder oppføring av flytebrygger. Men det følger av tildelingskriteriene at det i tillegg skal tilbys service og oppfølging i etterkant. Det er da opp til leverandørene å prise dette, og opplyse om hvilke avtalevilkår som gjelder. Pris og avtalevilkårene inngår da i poengsettingen av kriteriene «*service/oppfølging*» og «*responstid ved service*». Tildelingskriteriene har følgelig tilknytning til kontraktens gjenstand.
- (18) Innklagede antok feilaktig at klager hadde dokumentert et kvalitetssikringssystem. Innklagede var dermed rettslig forpliktet til å avvise tilbudet. Dermed måtte tildelingen også omgjøres.
- (19) Innklagede bestrider at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Tilbudet inneholdt ingen avvik fra kontraktsvilkårene i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (20) 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 totalentreprise som omfatter flytebrygger, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 3 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 kvalifikasjonskrav

- (21) Klagenemnda vurderer først om innklagede har brutt regelverket ved å utforme et ulovlig uklart kvalifikasjonskrav vedrørende leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (22) Det følger av forskriften § 8-7 (1) at oppdragsgiver «*kan*» stille krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Kvalifikasjonskravene «*skal ha tilknytning til og stå*

i forhold til leveransen og være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre kontrakten», jf. forskriften § 8-7 (2).

- (23) Det nærmere innholdet av kvalifikasjonskravet beror på en tolkning av konkurransegrunnlaget. Ved fastsettelsen av innholdet i kravet skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå det. Dette medfører at ordlyden i kvalifikasjonskravet, dokumentasjonskravet og hva anskaffelsen gjelder, vil stå sentralt.
- (24) I konkurransegrunnlaget er det, under overskriften «*[t]ilbyders tekniske og faglige kapasitet*», oppstilt noen dokumentasjonskrav, uten at det er angitt uttrykkelig hvilke konkrete kvalifikasjonskrav disse dokumentasjonskravene knytter seg til. For å dokumentere at leverandøren har teknisk og faglig kapasitet for å kunne oppfylle kontrakten skulle leverandørene vedlegge dokumentasjon på «*[s]entral godkjenning eller dokumentert tilsvarende kompetanse etter SAK 10 for denne typebygg*», «*[l]iste over relevante oppdrag utført de siste 3 år*» og en «*[r]edegjørelse for foretakets kvalitetssikringssystem*».
- (25) Innklagede har en betydelig skjønnsfrihet ved utformingen av kvalifikasjonskravene, herunder hvor strenge kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav som skal stilles. Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, har innklagede stilt tre kvalifikasjonskrav om teknisk og faglig kapasitet: ett krav om at leverandørene skal dokumentere sentral godkjenning eller tilsvarende kompetanse etter SAK 10, ett krav om relevant erfaring fra de siste tre årene, og ett krav om at leverandøren har et kvalitetssikringssystem. Klagenemnda legger til grunn at kvalifikasjonskrav i utgangspunktet kan angis på denne måten, så lenge det er klart hvordan leverandøren skal dokumentere at den har evne til å oppfylle kontrakten.
- (26) På bakgrunn av det resultatet som klagenemnda har kommet frem til nedenfor om at det er anvendt ulovlige tildelingskriterier, og at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen, finner ikke klagenemnda grunn til å ta endelig stilling til om samtlige kvalifikasjonskrav er utformet med tilstrekkelig klarhet.

Ulovlige tildelingskriterier

- (27) Klagenemnda går så over til å vurdere om tildelingskriteriene «*service/oppfølging*» og «*responstid ved service*» oppfyller anskaffelsesregelverket krav til tildelingskriterier.
- (28) Det følger av forskriften § 8-11 (1) at oppdragsgiveren skal velge tilbud på grunnlag av objektive tildelingskriterier. Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen og skal ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet, jf. forskriften § 8-11 (2). Det følger av fjerde ledd at oppdragsgiveren skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium.
- (29) Tildelingskriteriene må utformes på en klar og utvetydig måte. Dette klarhetskravet innebærer at tildelingskriteriene skal gi en normalt påpasselig leverandør tilstrekkelig informasjon om hvilke egenskaper som er relevante ved bedømmelsen av kriteriet, jf. de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, og forutberegnelighet i lovens § 4.
- (30) Om de aktuelle tildelingskriteriene var det opplyst følgende:

- *service/ oppfølging. Vektlegges 25%*
- *responstid ved service. Vektlegges 10%*

- (31) Det er ikke angitt dokumentasjonskrav til tildelingskriteriene, slik forskriften § 8-11 (4) foreskriver. Klagenemnda kan heller ikke se at det fremgikk annen informasjon om hvordan tildelingskriteriene skulle besvares, og hva slags tjeneste leverandørene skulle tilby, eller hvordan innklagede skulle evaluere tilbudene. Etter det opplyste var det bare to av fem leverandører som innga tilbud som besvarte disse to tildelingskriteriene. Disse to besvarte de to tildelingskriteriene på forskjellig måte.
- (32) Innklagede har etter dette brutt anskaffelsesloven § 4 ved å anvende uklare tildelingskriterier.
- (33) Bruddet klagenemnda har konstatert ovenfor kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og kan ikke rettes på en annen måte enn ved å avlyse konkurransen, hvilket også gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (34) Klagenemnda finner dermed ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Nome kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å benytte ulovlige tildelingskriterier.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk