



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse om innsamling av husholdningsavfall i kommunene Arendal, Froland og Grimstad. Klagenemnda fant at innklagedes anvendelse av tildelingskriteriet "Kompetanse og erfaring i det firma som gir pris" var ulovlig, jf. forskriften § 22-2, slik at innklagede skulle ha avlyst konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 1. februar 2010 i sak 2009/262

Klager: Veolia Miljø Gjenvinning AS

Innklaget: Agder Renovasjon AS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Magni Elsheim, Kai Krüger

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Agder Renovasjon AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. august 2009 en åpen anbudskonkurranse om innsamling av husholdningsavfall i kommunene Arendal, Froland og Grimstad.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3.1 var det opplyst følgende om tildelingskriteriene:

"Agder Renovasjon vil ved kontraktstildeling velge den anbyder som gir det for Agder Renovasjon mest økonomisk fordelaktige tilbudet. Dette vurderes ut i fra poengberegning og vekting av tildelingskriteriene. Alle tildelingskriteriene blir poengsatt fra 1-5, der 5 er best. I tillegg er hvert kriterium vektet med hensyn på viktighet fra 1-3 der 3 er best. Vektingen står i parentes:

1. Pris (3)

[...]

2. Kjøretøy (2)

[...]

3. Ruteopplegg og service (3)

[...]

4. Kompetanse og erfaring i det firma som gir pris (1)

Beste tilbyder får 5 poeng. De øvrige tilbydere vil få karakter i forhold til dette. Poengene kan gis med en desimal.

Totalt antall poeng blir beregnet og den anbyderen med høyest poengsum blir valgt."

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 6 var det gitt en generell orientering om anskaffelsen, hvor det blant annet fremkom følgende:

”6.1 Arbeidets omfang

Arbeidet omfatter innsamling og transport av husholdningsavfall fra abonnenter i Arendal, Froland og Grimstad kommune.

6.1.1 Hva skal samles inn

Følgende avfallstyper skal samles inn: matavfall, plastavfall, glass- og metallemballasje, mindre enheter ee-avfall/farlig avfall, restavfall og papir.

Avfallstypene skal samles inn med ulike hentefrekvenser [...].

6.1.2 Oppsamlingsutstyr

Hos den enkelte abonnent:

- *Kildesorteringsskap med plass til matavfall, glass- og metallemballasje og mindre enheter ee-avfall/farlig avfall*
- *Restavfallsstativ til 100 liters sekker*
- *140 liters sekk til plastavfall (settes ut før tømmedag)*

Ved blokker, leilighetsbygg og andre som går sammen om et storabonnement, er det satt ut større beholdere til alle avfallstyper [...]

Papir legges i 240 liters beholdere (enkelte 660 liters beholdere) som i hovedsak er utplassert ved postkassestativ.

Ved enkelte butikker er det satt ut 4 m³ containere til glass- og metallemballasje.

[...]

6.1.4 Dagens innsamlingsordning

Alle gater og veier som skal renoveres skal betjenes minimum tilsvarende dagens ordning. I tillegg ønsker vi at enkelte smale veier skal betjenes med en mindre bil. Arbeidet omfatter ca 26000 hus og 3700 hytter i det angitte området og omfatter 7 forskjellige abonnementstyper [...]. De fleste abonnement kan dessuten suppleres med fradrags- og tilleggstjenester [...].

[...]

6.1.6 Hytterenasjon

F.o.m. påske, senest 1. april, t.o.m. 31. oktober skal det hentes hytteavfall fra boder, beholdergrupper, containere og avfallsstativer i Arendal og Grimstad. I Froland hentes hytteavfallet hele året med redusert hentefrekvens [...].

Alle hyttene skal ha mulighet til å sortere papir, glass/metall og restavfall. Der det er boder står det beholdere til restavfall og glass- og metallemballasje inne i boden, mens beholdere for papir står på utsiden. Der det er satt ut container til restavfall for hytter, står det beholdere for papir og glass/metall ved siden. De hyttene som hører til beholderklynger har beholdere for matavfall, papir, glass/metall, plastavfall og restavfall. Mange hytter har standard oppsamlingsutstyr og sorterer på lik linje med helårsboliger i hytteperioden.

I avfallsbodene kan det i perioder være mye avfall. Alt avfall skal tas med. Hytter med standard oppsamlingsutstyr, hentes som for standardabonnement, i henteperioden.”

- (4) Innklagede mottok fire tilbud innen utløpet av tilbudsfristen 30. september 2009. Tilbyderne var Veolia Miljø Gjenvinning AS (heretter kalt klager), RenoNorden AS, Totalrenovasjon AS og Ragn-Sells AS.
- (5) Ved brev til klager 29. oktober 2009 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt RenoNorden AS (heretter kalt valgte leverandør). Klagefrist var fastsatt til 10. november 2009.
- (6) Klager begjærte innsyn i anskaffelsesprotokollen og valgte leverandørs tilbud 4. november 2009.
- (7) Innklagede oversendte klager en sladdet versjon av anskaffelsesprotokollen og valgte leverandørs tilbud 11. november 2009. Klagefristen ble samtidig utsatt til 23. november 2009.
- (8) Klager påklaget gjennomføringen av anbudskonkurransen 23. november 2009, og krevde at konkurransen ble avlyst og utlyst på nytt.
- (9) Ved brev 27. november 2009 til klager bestred innklagede at konkurransen var gjennomført i strid med anskaffelsesregelverket, og at konkurransen skulle avlyses.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 30. november 2009. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har avgjort saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (11) Klager anfører at tildelingskriteriet ”*Kompetanse og erfaring i det firma som gir pris*” er ulovlig, og at konkurransen av denne grunn må avlyses og kunngjøres på nytt. Det vises til at tildelingskriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. I foreliggende sak skal leverandøren samle inn avfall i henhold til kravene stilt i konkurransegrunnlaget. Kontraktsoppfyllelsen er således låst til konkurransegrunnlagets vilkår om tjenestens innhold og leveringstid, og krever ingen innovasjon eller kreativitet. Klager viser videre til at tildelingskriteriet ikke etterspør de ansattes erfaring og kompetanse, men hvilken erfaring og kompetansen firmaet som sådan innehar. Et minimumskrav for at oppdragsgiver skal kunne benytte erfaring og kompetanse som tildelingskriterium, er at det er det tilbudte personells kompetanse som vurderes.
- (12) Til innklagedes anførsel om at manglende kompetanse og erfaring har fått økonomisk betydning for tidligere kontraktsforhold, anføres at disse forhold ikke innebærer at kompetanse skal kunne benyttes som tildelingskriterium i stedet for som kvalifikasjonskrav.

Avlysning av konkurransen

- (13) Til innklagedes subsidiære anførsel om at konkurransen ikke må avlyses, vises det til praksis fra EF-domstolen og klagenemnda, hvor det er oppstilt et absolutt krav om å avlyse i tilfeller som det foreliggende. Kostnads- og effektivitetsbetraktninger, at tilbyderne har fått kjennskap til hverandres priser, eller det forhold at tildelingskriteriet ikke har hatt betydning for utfallet av konkurransen, kan ikke medføre et annet resultat. Det har heller ikke betydning at klager på forhånd kjente til at det ulovlige tildelingskriteriet ville bli benyttet ved kontraktstildelingen. For øvrig er det først i ettertid at klager har blitt klar over at tildelingskriteriet er ulovlig.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (14) Innklagede bestrider at tildelingskriteriet "*Kompetanse og erfaring i det firma som gir pris*" er ulovlig. Ettersom det er tale om en sammensatt og komplisert tjeneste, vil erfaring og kompetanse ha stor betydning for gjennomføringen av oppdraget, og således være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Anskaffelsens art er mer kompleks enn det som var tilfelle i klagenemndas sak 2008/136. Renovasjon er en samfunnsmessig svært kritisk tjeneste, som må utføres uavhengig av skiftende vær- og føreforhold, sykdomsepidemier og lignende. Innklagede har opplevd at manglende kompetanse og erfaring hos ledelse og blant renovatører gir dårlige resultater, og fører til høye ekstrakostnader for innklagede. Ettersom tildelingskriteriet er lavt vektet, vil det uansett bare kunne få betydning der tilbudene ellers er tilnærmet like. I et slikt tilfelle vil erfaring utgjøre en ekstraverdi for oppdragsgiver.
- (15) Dersom det både legges til grunn at det er forbudt å benytte erfaring og kompetanse som tildelingskriterium i mindre kompetansetunge tjenestekontrakter, og at leverandører som tilfredsstiller minimumskrav til kompetanse og erfaring skal anses like kvalifiserte, innebærer dette at oppdragsgivere ikke lenger kan sikre god kvalitet i form av kompetanse og erfaring på tjenestekontrakter med innsatsforpliktelser. Videre vil en rettstilstand hvor oppdragsgiver utelukkende kan benytte erfaring og kompetanse som kvalifikasjonskrav, kunne være i strid med det grunnleggende kravet til konkurranse.

Avlysning av konkurransen

- (16) Under forutsetning av at klagenemnda finner at tildelingskriteriet er ulovlig, anføres det at innklagede ikke har plikt til å avlyse konkurransen. Det vises i den forbindelse til at en avlysning av konkurransen vil være i strid med lovens formålsbestemmelse i § 1, om en mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser. Videre vil det å avlyse en ellers korrekt gjennomført konkurranse, være i strid med kravet til forretningsmessighet. En ny anbudskonkurranse vil dessuten medføre risiko for konkurransevridding, ettersom leverandørene har fått kjennskap til hverandres priser, og klager i tillegg har fått innsyn i valgte leverandørs tilbud. Det vises også til at tildelingskriteriet knyttet til kompetanse og erfaring ikke har hatt betydning for utfallet av konkurransen. Rangeringen ville blitt den samme dersom tildelingskriteriet, som bare var vektet med 1/9, ikke var blitt benyttet.
- (17) Til sist må klagenemnda vurdere om klagers motiver for å klage er beskyttelsesverdige, sett opp mot de samfunnsmessige konsekvenser en avlysning vil medføre. Klager var fullt klar over at dette tildelingskriteriet skulle være med i konkurransen, og har på ingen måte uberettiget tapt sin mulighet for kontraktstildeling.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig. Innklagede har i tilsvaret opplyst at anskaffelsens verdi var beregnet til cirka 154 millioner kroner, eksklusiv merverdiavgift. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser Vedlegg 5 nr. (16), og følger etter sin verdi forskriften del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig tildelingskriterium

- (19) Klager har anført at tildelingskriteriet "*Kompetanse og erfaring i det firma som gir pris*" er ulovlig, og at dette medfører en plikt til å avlyse konkurransen.
- (20) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3.1 var det opplyst at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 22-2.
- (21) Spørsmålet blir således om tildelingskriteriet "*Kompetanse og erfaring i det firma som gir pris*" har tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand, herunder er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 22-2 andre ledd.
- (22) EF-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbyderens erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premiss (25)-(32).
- (23) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at "*Lianakis*"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet, og dette kan ha betydning for hva som er økonomisk mest fordelaktig, jf. klagenemndas saker 2008/120 premiss (56)-(57) og 2009/88 premiss (26).
- (24) Det kunngjorte oppdrag består, som beskrevet ovenfor, av innsamling og transport av husholdningsavfall fra abonnenter i kommunene Arendal, Froland og Grimstad. Det er til sammen åtte ulike avfallstyper som skal samles inn. Abonentene kan velge mellom syv ulike abonnementsordninger, og de fleste av disse kan suppleres med fradrags- og tilleggstjenester. Oppdraget består videre av flere tilleggstjenester knyttet til innsamling av avfall. På bakgrunn av den beskrivelse av anskaffelsen som gis i konkurransegrunnlaget, er klagenemnda av den oppfatning at tildelingskriteriet "*Kompetanse og erfaring i det firma som gir pris*" ikke er egnet til å si noe om kvalitetsvariasjonene ved tilbudene, og således er uegnet til å si noe om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriet sier bare noe om de aktuelle tilbydernes evne til å oppfylle kontrakten slik den er kunngjort. Tildelingskriteriet "*Kompetanse og erfaring i det firma som gir pris*" er således ulovlig, jf. forskriften § 22-2 andre ledd.

- (25) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningen i forskriften § 17-2 første ledd, er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Både i praksis fra EF-domstolen og klagenemnda er det lagt til grunn at oppdragsgiver da har plikt til å avlyse konkurransen, jf. EF-domstolens dom C-448/01 ("*Wienstrom*") premiss (94)-(95) og klagenemndas sak 2009/70 premiss (41) med videre henvisninger til klagenemndas praksis. Innklagede kan således ikke høres med sin subsidiære anførsel om at feilen som er begått ikke medfører noen plikt til å avlyse konkurransen.

Konklusjon:

Agder Renovasjon AS har brutt forskriften § 22-2 andre ledd ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium knyttet til kompetanse og erfaring.

For klagenemnda,

1. februar 2010

Magnus Elshelm

