



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om entreprisekontrakt "Veilys Kåfford". Klagenemnda fant at tildelingskriteriet "kapasitet" var ulovlig, slik at innklagede skulle ha avlyst konkurransen. Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 22. mars 2010 i sak 2009/182

Klager: ElektroNor AS

Innklaget: Kåfford kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Jakob Wahl og Tone Kleven

Saken gjelder: Tildelingsevaluering.

Bakgrunn:

(1) Rambøll kunngjorde den 18. desember 2008, på vegne av Kåfford kommune (heretter kalt innklagede), en konkurranse med forhandling om levering og montering av ca 900 veilysarmaturer i eksisterende luftlinjeinstallasjon, riving og deponering av et tilsvarende antall, delvis utskifting av stolpearmer samt oppretting av master (trestolper). Entreprisekontrakten er benevnt "*Veilys Kåfford*". Tilbudsfristen var opprinnelig fastsatt til 15. januar 2009, men ble forlenget til 23. januar 2009.

(2) I kunngjøringsteksten punkt II.2) fremgår det hvilke dokumentasjonskrav som var stilt til tilbydernes kvalifikasjoner, hvorav følgende refereres:

"III.2.3) Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

(1) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter.

(2) Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottakter (gjelder vare- og tjenestekontrakter)

(3) Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelsen av denne kontrakten (gjelder for bygge- og anleggskontrakter)."

(3) I konkurransegrunnlagets side 13 under punkt F1 "*Anbuds-/tilbudsregler*" fremgår det i punkt F1.6 "*Valg av tilbud*" at kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, hvorav følgende refereres:

" F1.6 Valg av tilbud

Det tilbud som anses økonomisk eller forretningsmessig mest fordelaktig vil bli valgt. Ved vurderingen tas hensyn til pris, kvalitet, forhold av betydning for service og drift, forbehold, byggetid og ferdigstillestidspunkt, kapasitet og administrasjon mv. Enhetspriser og alternative priser vil bli summert ut ved vurdering av tilbyderne.

Det vil bli lagt vekt på om entreprenøren har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten.

Forhandling: Samme grunnlag som ved endelig valg av tilbud vil bli benyttet til valg av tilbydere for forhandling”.

- (4) Innenfor tilbudsfristens utløp mottok innklagede fem tilbud. I e-post datert 27. januar 2009 fra Rambøll, som er benevnt forhandlingsnotat (1), ble tre tilbydere invitert til forhandlinger. De tre tilbyderne var ElektroNOR AS (heretter kalt klager), Mikaelsen Installasjon AS (heretter kalt valgte leverandør) og Troms Kraft Entreprenør AS.
- (5) I e-post datert 13. februar 2009 oversendte Rambøll en ajourført prisoppstillingsrapport etter forhandlingene, og en oversikt over hvilke poster som var endret som følge av forhandlingene. Fra e-posten refereres følgende vedrørende tildelingskriteriene:

”Ettersom vi gjennom forhandlingsrunden så langt har fått de nødvendige avklaringer har vi skåret ned til de forhold vi anser skiller tilbyderne utover det som fremkommer av prisbelagte forhold. Før vi inviterer til sluttrunde vil vi fastsette og oversende vektingen med oppdatert ”score (...)”.

- (6) I e-post av 18. februar 2009 fra Rambøll til tilbyderne vedrørende ”*sluttrunde forhandlinger*”, ble det opplyst at parameterne i poengberegningstabellen var fastsatt. Av poengberegningsskjemaet fremgikk det at det var benyttet følgende tre tildelingskriterier: ”*pris/nåverdi (94 %)*”, ”*kvalitet (4 %)*” og ”*spesielt teknisk (2 %)*”.
- (7) Rambøll meddelte i e-post datert 26. februar 2009 til klager at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Mikaelsen Installasjon AS. Klagefristen på tildelingsbeslutningen ble satt til 2. mars 2009.
- (8) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i e-post av 27. februar 2009.
- (9) Rambøll opprettholdt tildelingsbeslutningen i e-post av 2. mars 2009, hvorav følgende refereres fra begrunnelsen:

”Tildelingskriteriene: I det opprinnelige konkurransegrunnlaget står disse i beskrivelsen pkt F1.6 side 13. I forhandlingene tilpasset vi dette ut fra det faktiske behovet på det stadiet. Vi har ikke sett det som nødvendig å skille på andre tekniske forhold, og heller ikke på gjennomføringsevne etc., for gjennomføringen av dette prosjektet ut fra de foreliggende tilbud i forhandlingsrunden. Viser igjen til forhandlingsnotat nr 2 til dere for også dette forhandlingsutspillet”.

- (10) Klager sendte en ny klage i brev av 2. mars 2009. Rambøll besvarte klagen i e-post av 2. mars 2009 uten at det ble gitt ytterligere begrunnelse vedrørende anvendelsen av tildelingskriteriene. Klager ba i e-post av 3. mars og 11. mars 2009 om et mer konkret svar fra innklagede. Rambøll besvarte klagen i brev av 11. mars 2009, hvor det fremgår følgende vedrørende tildelingsevalueringen:

”Gjennom tabell og kompletterende tekst dokumenteres hvordan tilbudene kommer ut i forhold til hverandre. Pris for sin del, og poengvektede forhold for sin del, og dette igjen totalt til sammen. Vi anser for øvrig tilbudenenes egenskaper like ved at de oppfyller konkurransegrunnlagets spesifikasjoner for det planlagte lysanlegg, med løsninger og utstyr på angitt kravnivå.

[...]

Vi har foretatt vekting 94 % pris og 6 % kvalitet, og viser igjen til forhandlingsnotat nr 3 til dere. Poengskala og vekting er basert på at grunnkrav til kvalitet allerede er ivarettatt som ovenfor nevnt. På denne måten har vi kommet frem til det

[...]

Tildelingskriterier

[...]

I og med forhandlingene ble alle øvrige forhold av betydning for byggherren for gjennomføringen av prosjektet, eliminert i å skulle skille tilbyderne, og det ville bli helt like poeng for alle om vi medtok de resterende punkter”.

- (11) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble signert den 25. mars 2009.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 21. august 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlige tildelingskriterier

- (13) Klager anfører at tildelingskriteriene ”kapasitet” og ”administrasjon” er ulovlige, da det ikke fremgår av konkurransegrunnlaget at disse er ment å knytte seg til hva som konkret er tilbudt, dvs. til noe annet enn det som var omfattet av kvalifikasjonskravene. I tillegg er det vist til at vurderingen av kriteriene ikke skiller seg fra vurderingen som er foretatt under kvalifikasjonsvurderingen.

Spørsmål om negativ kontraktsinteresse

- (14) Klager ber om at klagenemnda vurdere hvorvidt vilkårene for negativ kontraktsinteresse er oppfylt, dvs. utgifter forbundet med deltakelse i konkurransen (utgifter forbundet med utarbeidelse av tilbudet, senere revidert tilbud, forhandlingsmøter samt juridisk bistand før og etter at saken ble brakt inn for klagenemnda).
- (15) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler

Ulovlige tildelingskriterier

- (16) Innklagede har anført at det avgjørende er at tilbyderne har forstått hvilke krav som stilles til leverandøren og hvilke kriterier innklagede har vektlagt ved selve tildelingen. Innklagede er enig i at "*delkravet*" "*kapasitet og administrasjon*" etter sin art er å anse som kvalifikasjonskrav så lenge dette ikke klart og entydig er knyttet til selve tilbudet. Det er imidlertid kun knyttet lovlige kriterier til selve tildelingen, dvs. at "*delkravet*" "*kapasitet og administrasjon*" er behandlet som et kvalifikasjonskrav og ikke tatt med i tildelingsevalueringen. Når innklagede kom til evalueringsfasen, var det i utgangspunktet vurdert at tilbyderne hadde den nødvendige kapasitet som det var krav til for dette prosjektet.

Spørsmål om negativ kontraktsinteresse

- (17) Innklagede anfører at klagen er avgrenset til forhold etter utvelgelsen av leverandørene til forhandlingene, og at klager har deltatt i disse forhandlingene på like vilkår som de to øvrige tilbyderne. Innklagede kan ikke se at en ny konkurranse kunne ha forbedret klagers mulighet til å vinne konkurransen eller at det er sannsynliggjort at klager ville avstått fra å delta. Klager har fritt utnyttet muligheten til å forbedre sitt tilbud.
- (18) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggsanskaffelse, og følger etter sin opplyste verdi i inngått kontrakt lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det er anvendt ulovlige tildelingskriterier

- (20) Klager har anført at tildelingskriteriene "*kapasitet*" og "*administrasjon*" er ulovlige, da det ikke fremgår av konkurransegrunnlaget at disse er ment å knytte seg til hva som konkret er tilbudt. I tillegg er det vist til at vurderingen av kriteriene ikke skiller seg fra vurderingen som er foretatt under kvalifikasjonsvurderingen.
- (21) I konkurransegrunnlagets side 13 var det oppgitt at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriftens § 13-2.
- (22) EF-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 "*Lianakis*". Domstolen uttalte 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 heller enn tildelingskriterier, jf. premiss (25) – (32).
- (23) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker om lovligheten av denne typen kriterier, se for eksempel klagenemndas saker 2008/189, 2008/120, 2008/92 og 2009/88. Nemnda 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. Det er imidlertid et vilkår at erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner ved vurderingen av tjenestens kvalitet etter kriteriet *”økonomisk mest fordelaktig”*. Videre har nemnda lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. klagenemndas saker 2008/120 premiss (41), 2008/92 premiss (97) og 2009/88 premiss (26).

- (24) I konkurransegrunnlagets punkt F.1.6 er vurderingstemaet under tildelingskriteriet *”kapasitet”* ikke beskrevet nærmere. Det var heller ikke fastsatt konkrete kvalifikasjonskrav, men dokumentasjonskravene knyttet til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgikk av kunngjøringsteksten punkt II.2), hvorav tilbyderne skulle oppgi *”bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget [...]”*, og *”beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelsen av denne kontrakten”*.
- (25) En eventuell forskjell i vurderingstema i kvalifikasjons- og tildelingsomgangen er således ikke tydeliggjort i konkurransegrunnlaget. Basert på dette, er klagenemnda kommet til tildelingskriteriet *”kapasitet”* må anses som ulovlig, og innklagedes benyttelse av dette utgjør et brudd på forskriftens § 11-1.
- (26) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriftens § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium vil ha en plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas saker 2009/181, 2009/19, 2008/217, 2008/120, 2008/92 og 2009/88.

Klagerens øvrig anførsler samt erstatningsspørsmålet

- (27) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til, finner nemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Kåfjord kommune har brutt forskriften § 13-2 ved å benytte *”kapasitet”* som tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser
22. mars 2010

Tone Kleven