



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling vedrørende utføring av støyreduserende arbeider på bygninger. Klagenemnda fant at underkriteriet "Relevant erfaring for teamet som skal utføre jobben", som innklagede hadde lagt vekt på ved evalueringen av tildelingskriteriet "Prosjektgjennomføring", var ulovlig. Dette fordi underkriteriet ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriften § 22-2 (2).

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2010 i sak 2009/260

Klager: J. H. Nævdal Bygg AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Bjørg Ven og Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. november 2008 en konkurranse med forhandling vedrørende utførelse av støyreduserende tiltak på bygninger. Konkurransen var lagt opp slik at leverandørene først skulle søke om prekvalifisering. Dersom mer enn tolv leverandører oppfylte kvalifikasjonskravene, ville innklagede velge ut åtte til tolv av de best kvalifiserte leverandørene, som ville få utlevert konkurransegrunnlaget. Oppdraget var delt inn i fem separate kontrakter, og de prekvalifiserte leverandørene kunne velge selv om de ønsket å levere tilbud på en eller flere kontrakter.
- (2) I prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 2 stilte innklagede blant annet følgende krav til leverandørene som ønsket å delta i konkurransen:

"2.4.3 Krav til kvalitetssikring

Det kreves at leverandøren har et godt og hensiktsmessig kvalitetssystem

Dokumentasjon:

Redegjørelse vedrørende leverandørens kvalitetssystem/kvalitetssikringssystem, herunder også leverandørens HMS-policy.

Det vil bli stilt krav knyttet til avfallsbehandling i forbindelse med deponering av rivematerialer.

Leverandøren må spesielt dokumentere sine prosedyrer knyttet til håndtering av rivemasser.

2.4.4 Krav til erfaring fra lignende leveranser/ referanseprosjekter

Det kreves at leverandøren har betydelig erfaring fra lignende leveranser, hvor levering har funnet sted i samsvar med oppdragsgivers forventning.

Dokumentasjon:

- *Sentral eller lokal ansvarsrett.*
- *Liste over de viktigste, relevante referanseleveranser de siste 3 år, inkludert deres verdi, tidspunkt, omfang og kontaktperson hos oppdragsgiver. Kontaklinformasjon skal oppgis.*

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å kontakte referansepersoner. Oppdragsgiver vil dokumentere slik kontakt.

- (3) Frist for å levere søknad om prekvalifisering var 12. desember 2008 kl. 14.00. Blant leverandørene som leverte søknad og ble valgt ut til å delta i konkurransen var J. H. Nævdal Bygg AS (heretter kalt klager) og Veidekke Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (4) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 3. Herfra hitsettes følgende:

"3.2 Hovedkriteriet for valg av leverandører i denne konkurransen

I denne konkurransen har oppdragsgiver valgt følgende hovedkriterium for valg av leverandør:

- *Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet*

3.3 Underkriterier ved "økonomisk mest fordelaktig tilbud"

I vurderingen av det "økonomisk mest fordelaktige tilbudet" vil følgende underkriterier bli vurdert:

<i>Kriterium</i>	<i>Vekting</i>
<i>Pris</i>	<i>60 %</i>
<i>Prosjektgjennomføring</i>	<i>40 %</i>

3.3.1 Pris

Ved vurdering av pris vil følgende bli tatt hensyn til:

- *tilbudssum, jf. Kontraktsvedlegg Vedlegg B Honorar korrigert for åpenbare feil*
- *kostnadskonsekvens knyttet til forbehold*
- *virkning av samlet vurdering for levering av 2 eller flere kontrakter inkl. evt. Samlerabatt. Se vedlegg B punkt 1.*
- *Regningsarbeid, kostnad vurdert med basis i tilbudte timepriser og enhetspriser ut fra simulert situasjon.*

3.3.2 Prosjektgjennomføring

Ved vurdering av prosjektgjennomføring av oppdraget vil det bli tatt spesielt hensyn til:

- *Relevant erfaring for det teamet som skal utføre jobben*

- Redegjørelse ang. organisering av arbeidene inkl. nøkkelpersonell, aktiviteter og ansvar
- Beskrivelse av rutiner ved huseierkontakt / beboere, før, under og etter arbeidene
- Beskrivelse av forslag til arbeidsmetode med hensyn til HMS og Ytre Miljø (bl.a arbeid i høyden, avfallshåndtering, arbeidsvarsling, ryddighet)."

- (5) I konkurransegrunnlagets vedlegg A punkt 2 var det blant annet gitt følgende informasjon om anskaffelsen:

"2.1 Arbeidets art og omfang

Arbeidet omfatter støyreduserende fasadetiltak på boliger og institusjoner på strekningen fra Byparken til Nesttun. Fasadetiltakene skal gjennomføres for å sikre at bebyggelsen langs den nye traseen for Bybanen etter åpningen av bane ikke skal overskride grenseverdien for innendørs støynivå gitt i reguleringsbestemmelsene.

Som hovedregel skal døgnkvivalent innendørs støynivå ikke overskride 30 dBA, men nivå inntil 35 dBA kan i enkelte tilfeller være akseptabelt etter konkrete nytte/kost-vurderinger.

Tiltaket består i å skifte vinduer på de mest utsatte fasader. Ytterligere tiltak som skifting/nymontering av ventiler og forbedring av fasadekonstruksjonens lydisolasjon må også gjennomføres i noen tilfeller. Installasjonen må tilpasses eksisterende konstruksjoner/innredninger, og det stilles således krav til stor fleksibilitet fra entreprenørens side. Disse forhold avklares med huseieren.

Bebyggelsen i Marken er regulert til spesialområde til bevaring."

- (6) Både klager og valgte leverandør leverte tilbud innen tilbudsfristen den 1. april 2009 kl. 14.00.
- (7) Innklagede avholdt forhandlingsmøte med klager 24. april 2009. Det ble avholdt forhandlingsmøter med valgte leverandør 24. april 2009, 13. mai 2009 og 5. juni 2009.
- (8) Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved brev 15. juni 2009. I brevet fremgikk følgende om tildelingsevalueringen:

"Det følger av FOA § 22-3 (1), jfr. § 20-16 at meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for det valg som er gjort. Det kan således informeres om at tilbudet fra J H Nævdal inklusive forhandlingsmøte og revidert tilbud er blitt evaluert som følger:

Pris – 60 %

Valgte tilbyder scoret bedre enn J H Nævdal AS på dette punktet. Dette tildelingskriteriet teller 60 % og gir dermed stor uttelling.

Prosjektgjennomføring – 40 %

Valgte tilbyder scoret bedre enn J H Nævdal AS på dette punktet. Håndtering/systematikk av uønskede hendelser RUH var bedre dokumentert hos valgte tilbyder samt at J H Nævdal AS mangler dokumentasjon for støyrelaterte kurs. I tillegg har valgte tilbyder mer erfaring innen støytiltak enn J H Nævdal AS. Dette tildelingskriteriet teller 40 % og gir dermed stor uttelling."

- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev 29. juni 2009. I brevet fremholdt klager at grunnen til at valgte leverandør kunne tilby lavere pris enn klager var at valgte leverandør hadde tilbudt vinduer der kun glassets lyddempingsevne var dokumentert, ikke lyddempingsevnen i hele vinduskonstruksjonen, slik konkurransegrunnlaget krevde. Videre anførte klager at innklagede hadde benyttet ulovlige underkriterier ved evalueringen av tilbudene.
- (10) Ved brev 2. juli 2009 annullerte innklagede tildelingsbeslutningen, og ga tilbyderne mulighet til å inngi nye reviderte tilbud.
- (11) Klager påklaget denne beslutningen ved brev 10. juli 2009. Det ble anført at den tolkningen av dokumentasjonskravene innklagede hadde lagt til grunn i sitt brev 2. juli 2009 var i strid med konkurransegrunnlaget, og fremsto som en tilpasning av konkurransegrunnlaget til valgte leverandørs tilbud. Klager mente derfor at innklagede måtte evaluere tilbudene slik de forelå etter gjennomføringen av forhandlingene. Konsekvensen av dette mente klager var at valgte leverandørens tilbud ikke oppfylte konkurransegrunnlagets krav til dokumentasjon og derfor måtte avvises.
- (12) Innklagede sendte et nytt tildelingsbrev til leverandørene den 21. august 2009. I brevet kom det frem at innklagede ikke hadde mottatt noen nye reviderte tilbud i konkurransen, og at innklagede derfor opprettholdt sin tidligere beslutning om å tildele oppdraget til valgte leverandør.
- (13) Klager påklaget innklagedes beslutning ved brev 25. august 2009. I klagen opprettholdt klager sine anførsler fra brev 2. juli 2009. Det ble påpekt at innklagede ikke hadde kommentert disse anførslene i brev 21. august 2009, der tildelingen av kontrakt til valgte leverandør ble opprettholdt.
- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 26. november 2009. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 31. august 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å legge vekt på tilbydernes erfaring ved evalueringen av tildelingskriteriet prosjektgjennomføring. Det følger av EU-domstolens sak C-532/06 (Lianakis) at erfaring er et kvalifikasjonskrav, og derfor i utgangspunktet ulovlig å benytte som tildelingskriterium. For at erfaring likevel skal kunne benyttes som tildelingskriterium, kreves det at oppdragsgiver kan vise at tilbydernes erfaring har betydning for verdien av tilbudet, typisk fordi oppdraget krever innovasjon og kreativitet, jf. klagenemndas sak 2008/120. Dette har innklagede ikke vist. Oppdraget går i dette tilfellet i hovedsak ut på å skifte vinduer og lufteventiler. Dette er relativt ukomplisert og ordinært tømmerarbeid. Videre hadde innklagede allerede vurdert tilbydernes erfaring under prekvalifiseringen av leverandører til konkurransen. For å bli prekvalifisert måtte leverandørene ha *"betydelig erfaring fra lignende leveranser"*, et krav klager oppfylte.
- (16) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt det er grunnlag for å kreve erstatning.

- (17) Klager har også fremmet flere andre anførsler vedrørende brudd på regelverket ved gjennomføringen av konkurransen. På grunn av sakens resultat gjengis ikke disse.

Innklagedes anførsler:

- (18) Det var ikke ulovlig å legge vekt på erfaring ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Prosjektgjennomføring*". Både EU-domstolens sak C-199/07 og klagenemndas praksis legger til grunn at forhold ved leverandøren på visse vilkår kan vektlegges ved tildelingen av kontrakt. Det er opp til oppdragsgiver å avgjøre hvilke tildelingskriterier som skal benyttes, men kriteriene må ha som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (19) Konkurransen gjelder anskaffelse av både varer og tjenester. Ved lydisolering betyr utførelsen av arbeidet mye for sluttresultatene. Etter innklagedes mening ville kvaliteten på utførelsen av arbeidet være avhengig av hvilket personell tilbyderne ville benytte. Oppdraget innholdt også spesielle utfordringer som gjorde at erfaringen til teamet som skulle utføre arbeidsoppgavene ville ha økonomisk verdi for oppdragsgiver. Som eksempel nevnes at oppdraget krevde koordinering av flere fag, og koordinering opp mot flere huseiere. Videre er selve håndverkertjenestene knyttet til støyisolering spesielt utfordrende. Ved valg av tildelingskriterier la innklagede stor vekt på at ikke samme forhold skulle vurderes ved tildelingsevalueringen og kvalifikasjonsvurderingen.
- (20) Det er ikke grunnlag for å kreve erstatning. Når det gjelder erstatning for den positive kontraktsinteressen, vises det til at klager ikke ville blitt tildelt kontrakt selv om valgte leverandørs tilbud var blitt avvist fra konkurransen.
- (21) På grunn av sakens resultat gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes etter sin verdi av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 del I og del III. Hjemmel for å benytte konkurranse med forhandling er forskriften § 2-1 (8).

Ulovlig tildelingskriterium

- (23) Klager har anført at underkriteriet "*Relevant erfaring for det teamet som skal utføre jobben*", som innklagede la vekt på ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Prosjektgjennomføring*" er ulovlig. Anførselen er begrunnet med at innklagede ikke har vist at tilbyderens erfaring har betydning for verdien av tilbudet.
- (24) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 3.2 at innklagede ville tildele kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Av forskriften § 22-2 (2) følger det at "*[d]ersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden*". Dette må forstås slik at tildelingskriteriene som benyttes må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. klagenemndas sak 2009/80 premiss (26).
- (25) Klagenemnda har flere ganger tidligere uttalt seg om muligheten til å benytte "*erfaring*" som tildelingskriterium eller underkriterium, blant annet i sak 2008/120. Klagenemnda

foretar i denne saken en grundig gjennomgang av rettstilstanden etter EU-domstolens sak C-532/06 (Lianakis). Det konkluderes med at *"erfaring"* som hovedregel ikke kan benyttes som et tildelingskriterium, men at det må gjøres enkelte unntak fra dette i tilfeller der kriteriet, i tillegg til å begrense antall kvalifiserte tilbydere, er egnet til å si noe om tilbudets økonomiske fordelaktighet for oppdragsgiver. Det ble påpekt at dette særlig er aktuelt for tjenester der kvaliteten på tilbudet vil være avhengig av tilbyder og hans medarbeideres evne til å levere kvalitet ut over kontraktens krav og tjenester som krever innovasjon og kreativitet. Som eksempel nevnes advokattjenester, totalentrepriser, prosjekteringsoppdrag og andre typer konsulentoppdrag.

- (26) Her ble bedriftens erfaring vurdert i kvalifikasjonsfasen. Spørsmålet blir da om erfaringen til det teamet som skal utføre jobben vil gi noen merverdi i forhold til det arbeid som etterspørres.
- (27) Klagenemndas sak 2009/49 gjaldt diverse rehabiliterings- og ombygningsarbeider på en skole. Ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Prosjektgjennomføring"* la oppdragsgiver vekt på *"Tilbudt personell sin erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag"*. Klagenemnda fant at dette underkriteriet var ulovlig. Det ble lagt vekt på at anskaffelsen, slik den var presentert for klagenemnda, fremsto som en ordinær bygge- og anleggsanskaffelse. Det ble pekt på at arbeid på et av de aktuelle skolebyggene kanskje kunne begrunne unntak for erfaring som tildelingskriterium, fordi dette bygget var verneverdig. Arbeid på dette bygget var imidlertid kun en liten del av den totale anskaffelsen, mens underkriteriet *"Tilbudt personell sin erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag"* refererte seg til alt arbeidet anskaffelsen omfattet.
- (28) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 *"Arbeidets art og omfang"* at arbeidet anskaffelsen omfattet besto i å skifte vinduer i diverse bygninger. I noen tilfeller ville det også nødvendig å skifte ventiler og forbedre fasadekonstruksjonens lydisolasjon. Dette fremstår etter klagenemndas mening som en ordinær bygge- og anleggsanskaffelse, jf. klagenemndas sak 2009/49. Det er heller ikke uvanlig at entreprenøren ved utførelsen av bygge- og anleggsarbeid må forholde seg til andre entrepriser. Ved utførelsen av arbeid på eksisterende bygg vil man også alltid måtte forholde seg til eieren av bygget og byggets eksisterende konstruksjoner/innredninger.
- (29) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forksriften § 17-2 (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 har plikt til å avlyse konkurransen for å reparere feilen, jf. blant annet EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas saker 2009/19, 2008/217.
- (30) Klagenemnda antar at vilkårene for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen er oppfylt.
- (31) På grunn av sakens resultat finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Bergen kommune har brutt forskriften § 22-2 (2) ved å benytte underkriteriet "*Relevant erfaring for teamet som skal utføre jobben*".

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda,

13. september 2010

Andreas Wahl