



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale om grunnleggende sikkerhetsopplæring offshore. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-1 ved at det i konkurransegrunnlaget ikke fremgikk tilstrekkelig klart at det var et annet forhold som skulle vurderes under tildelingskriteriet "Kvalitet" enn under leverandørens kvalifikasjoner. Innklagede hadde dermed brukt et ulovlig tildelingskriterium og pliktet å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble derfor ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 19. juli 2010 i sak 2010/10

Klager: Falc Nutec AS

Innklaget: NAV Telemark

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) NAV Telemark (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. oktober 2009 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale om grunnleggende sikkerhetsopplæring for offshorepersonell.
- (2) Ifølge kunngjøringen punkt II.1.4) hadde rammeavtalen en varighet på to år. Det var verken i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget opplyst om anslått anskaffelsesverdi. Det fremgikk imidlertid av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 at anskaffelsesforskriften del I og II skulle gjelde.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.4 fremgikk kravene til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

"2.4 Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner

<i>Kvalifikasjonskrav</i>	• <i>Det kreves erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag</i> • <i>Det kreves god gjennomføringsevne</i>
<i>Dokumentasjonskrav</i>	• <i>CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget legges ved tilbudet.</i> • <i>Det skal legges ved referanser til foretakets viktigste relevante leveranser de siste 3 årene. Referansene kontaktes ved behov."</i>

- (4) Konkurransegrunnlaget punkt 5.1 var som følger:

"5.1 Tildelingskriterier

Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som etter forhandlingene er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

1. *Pris*
2. *Kvalitet, herunder:*
 - *Faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører, dokumentert gjennom vedlagt CV, eventuelle intervjuer og referanser*
 - *Besvarelse/oppfyllelse av kravspesifikasjonen*
 - *Leverandørens evne til å gjennomføre tilsvarende leveranser, dokumentert gjennom vedlagte referanser.*
3. *Forbehold til kontrakt som har økonomisk og/eller risikomessig betydning*

Pris og kvalitetskriterier vurderes hver til 50 %.

Kriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge.”

- (5) Innen tilbudsfristen 27. november 2009 mottok innklagede to tilbud, ett fra Falc Nutec AS (heretter kalt klager) og ett fra Norward AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) I følge anskaffelsesprotokollen ville kontrakt bli inngått med valgte leverandør.
- (7) Kontrakt ble inngått 2. januar 2010.
- (8) Klager brakte saken inn for klagenemnda 15. januar 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) I sitt siste innlegg anfører klager at innklagede har brutt regelverket ved at tildelingskriteriet ”Kvalitet”, med underkriteriene CV, referanser og gjennomføringsevne, er det samme som vurderes i kvalifikasjonsvurderingen. Det vises til praksis fra EU-domstolen og klagenemnda.
- (10) Klager har i tidligere innlegg kommet med en rekke anførsler om feil som menes begått av innklagede i denne konkurransen. På bakgrunn av det resultatet klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det imidlertid ikke for klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (11) Innklagede bestrider at regelverket er brutt. I tildelingsevalueringen ble de tilbudte instruktørenes CV-er vurdert med hensyn til mer-kvalitet, jf. tildelingskriteriet ”Kvalitet”. I kvalifikasjonsfasen ble det vurdert ut fra et minimumskrav, ikke som mer-kvalitet. Det samme gjaldt tilbydernes evne til å gjennomføre tilsvarende leveranser. Dermed var ikke tilbudsevalueringen sammenfallende med, eller en gjentakelse av, kvalifikasjonsvurderingen.
- (12) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det ikke for innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Anskaffelsen følger lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser del I og II.

Ulovlig tildelingskriterium

- (14) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 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 tilbudet, jf. forskriften § 13-2. Av forskriften § 11-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, jf. eksempelvis sak 2008/92 premiss (90) om den likelydende § 20-1.
- (15) EU-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 tilbydernes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen synes å være at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premissene (25-32).
- (16) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker om 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. nemndas saker 2008/120 premissene (56-57) og 2009/88 premiss (26). Klagenemnda har likevel lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke kan være sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, jf. sakene 2008/120 premiss (41) og 2008/92 premiss (90).
- (17) Spørsmålet blir således om det fremgår tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*" ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.
- (18) Kvalifikasjonskravene "*erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag*" og "*meget god gjennomføringsevne*" skulle dokumenteres med "*CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget*" og tilbydernes "*viktigste relevante leveranser de siste 3 årene*" jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.4. Etter klagenemndas syn er dette kvalifikasjonskravet knyttet til tilbydernes erfaring og kompetanse som bedrift til å utføre det kunngjorte oppdraget, og muliggjør innklagedes vurdering av hvorvidt tilbyderne er i stand til å gjennomføre kontrakten.
- (19) Tildelingskriteriet "*Kvalitet*" var delt i tre underkriterier, jf. punkt 5.1. Det første var instruktørenes faglige og pedagogiske kvalifikasjoner "*dokumentert gjennom vedlagt CV, eventuelle intervjuer og referanser*". Det siste underkriteriet var tilbydernes "*evne til å gjennomføre tilsvarende leveranser, dokumentert gjennom vedlagte referanser*".
- (20) Det følger av sak 2010/108 premiss (28) at tildelingskriteriene må knyttes opp til konkrete arbeidsoppgaver eller det tilbudte personellet. I den foreliggende

konkurransen, anses kravet om CV med mer i tildelingsevalueringen knyttet opp til instruktørene som må antas å skulle avholde offshorekurset, jf. formuleringen "*Faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører*" i konkurransegrunnlaget punkt 5.1. De samme personers CV-er vurderes også i kvalifikasjonsvurderingen, jf. punkt 2.4 og formuleringen "*CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget*". Slik sett fremstår tildelingsevalueringen sammenfallende med kvalifikasjonsvurderingen.

- (21) Videre vektlegges tilbydernes gjennomføringsevne i tildelingsevalueringen og den skal være "*dokumentert gjennom vedlagte referanser*". I kvalifikasjonsvurderingen skal gjennomføringsevnen dokumenteres med "*referanser til foretakets viktigste relevante leveranser de siste 3 årene*". Noen forskjell i de to vurderingstemaene relatert til referansene fremgår ikke av konkurransegrunnlaget. Videre er ikke denne delen av vurderingen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*" knyttet opp mot tilbudt personell eller konkrete arbeidsoppgaver. Vurderingen av gjennomføringsevnen i tildelingsevalueringen fremstår etter nemndas syn dermed som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, kvalifikasjonsvurderingen.
- (22) Innklagede har fremholdt i sine prosesskriv at det i evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*", ble vektlagt den mer-kvalitet som enkelte tilbydernes CV-er og referanser utgjorde, mens det i kvalifikasjonsvurderingen bare ble stilt minimumskrav. Klagenemnda peker på at det avgjørende ut fra forutberegnelighetskravet i loven § 5 (3) er hvordan konkurransegrunnlaget objektivt fremstod før tilbudsfristen, ikke hva som ble gjort etter fristen, jf. sak 2009/205 premiss (20). Nemnda kan ikke se at det fremkommer av konkurransegrunnlaget at en eventuell mer-kvalitet vurderes i tildelingsevalueringen, men ikke i kvalifikasjonsvurderingen.
- (23) Etter dette finner klagenemnda at evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*" er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner. Innklagede har dermed brutt forskriften § 11-1.
- (24) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningen i forskriften § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 ("*Wienstrom*") premiss (95) og klagenemndas tidligere praksis. Av denne grunn finnes det unødvendig å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

NAV Telemark har brutt forskriften § 11-1 ved at vurderingen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*" var sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,
19. juli 2010


Jakob Wahl