



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse om innsamling og transport av avfall fra husholdninger og fritidsbebyggelse, samt tilliggende tjenester, i Larvik kommune. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 20-1 ved at vurderingen under tildelingskriteriet "Referanser fra tilsvarende arbeider", ut i fra konkurransegrunnlaget, fremstår som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner.

Klagenemndas avgjørelse 7. juni 2010 i sak 2010/108

Klager: RenoNorden AS

Innklaget: Larvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Kai Krüger og Tone Kleven.

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Larvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. november 2009 en åpen anbudskonkurranse om innsamling og transport av avfall fra husholdninger og fritidsbebyggelse, samt tilliggende tjenester. Tilbudsfristen var 20. januar 2010 kl 12.00.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 3 "ORIENTERING OG BESKRIVELSE AV OPPDRAGET" underpunkt 2.1 "Generelt" fremgikk blant annet følgende om anskaffelsen:

"Pr. juli 2009 var Larvik kommune registrert med 42.290 innbyggere. Larvik er en kombinert by-/landkommune, og har et areal på ca. 530 km². Tettbebyggelsen er hovedsaklig lokalisert mellom E 18 og havnen, men det er også tettsteder i tidligere Hedrum, Brunlanes, Stavern og Tjølling kommuner.

Som følge av en nasjonal målsetting om avfallsreduksjon, økt gjenvinning og forsvarlig behandling av restavfall, er det innført kildesortering i kommunen. Oppdragstaker har nylig (avfallsplan vedtatt 17.06.09) valgt et kildesorterings-/innsamlingssystem med bruk av beholdere også for eneboliger og andre med separat abonnement. Abonentene får utlevert 3-tre beholdere med et volum på 140 liter/beholder til fraksjonene bioavfall, papir/papp/drikkekartonger og restavfall, mens kildesortert plast skal hentes i 1-en 120 liters perforert plastsekk. Bioavfall hentes hver uke, mens restavfall, papir/papp/drikkekartong og plastemballasje hentes hver 3. uke. Nyordningen (ref. avfallsplan 2010-2013) trer i kraft 01.11.2010. Innsamling av hageavfall foregår 2-to ganger pr år, vår og høst."

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 6 *"KRAV TIL ANBYDER"*, underpunkt 6.5 *"Anbyderens tekniske kvalifikasjoner"*, fremgår blant annet:

"Det kreves erfaring fra tilsvarende oppdrag (innsamling og transport av avfall).

Dokumentasjon av at de stilte krav er oppfylt er følgende:

(7) Foretakets viktigste relevante oppdrag/leveranser de siste 3 årene, inkluder deres verdi, tidspunkt og mottaker. Tlf. nr. til mottakers kontaktperson bes oppgitt. Oppdragsgiver vil kunne være referanse."

- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 7 *"KRITERIER FOR TILDELING"*, underpunkt 7.1 *"Generelt"* og 7.2 *"Tildelingskriterier"*, fremgår det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene *"Pris"* og *"Gjennomføringsevne og miljø"*. Kriteriene skulle vektes henholdsvis 70 og 30 prosent. Om tildelingskriteriet *"Gjennomføringsevne og miljø"* fremgår blant annet:

- "Anbyders gjennomføringsevne i forhold til dette oppdraget og robusthet i gjennomføringsplanene. Dette bedømmes på grunnlag av anbyders plan for gjennomføring av oppdraget, der følgende blir vektlagt:*

[...]

- Referanser fra tilsvarende arbeider."

- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 10.1 *"Generelt"* fremgår det at anbudskonkurransen var delt inn i fire delanbud, og at det skulle inngås en kontrakt for hver av de fire delanbudene.
- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud for delanbud en, to og tre, og for delanbud fire var det inngitt fire tilbud. RenoNorden AS (heretter kalt klager) innga tilbud for alle de fire delanbudene.
- (7) Innklagede meddelte klager om tildeling og kontraktsinngåelse ved brev 10. februar 2010. Delanbud en til tre ble tildelt Veolia Miljø AS, og delanbud 4 ble tildelt Containerservice AS.
- (8) Klager påklaget konkurransen ved brev til innklagede 9. mars 2010, hvor de ble anført at undertildelingskriteriet *"Referanser fra tilsvarende arbeider"* var ulovlig og at konkurransen således måtte avlyses.
- (9) Innklagede avviste klagen ved brev 12. mars 2010.
- (10) Klager opprettholdt sin klage ved brev 18. mars 2010 og varslet om at saken ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser.
- (11) Ved e-post 25. mars 2010 informerte innklagede klager om at kontrakt ikke ville bli inngått før klagenemnda hadde behandlet saken.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev 12. april 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at innklagede, ved å vektlegge tilbydernes referanser fra tilsvarende arbeider ved tildelingsevalueringen, har benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Det vises for det første til at kriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Referanser fra tilsvarende arbeider er forhold som sier noe om tilbydernes egnethet og kan derfor kun benyttes som kvalifikasjonskriterium, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-4.
- (14) Tildelingskriteriet er videre ulovlig ettersom referanser/erfaring fra tidligere arbeider også er benyttet som et kvalifikasjonskriterium. Kriteriet kan derfor ikke vurderes på nytt ved tilbudsevalueringen. Anvendelsen av tildelingskriterier hvor referanser inngår som underkriterium, er således i strid med forskriften § 20-1.
- (15) Klager viser til at innklagede i brev 12. mars 2010 har uttalt at referanse som kvalifikasjonskriterium er benyttet for at tilbyderne skal kunne dokumentere at de tidligere har utført relevant arbeid, mens referanse som tildelingskriterium er benyttet for at tilbyderne skal kunne dokumentere kvaliteten på det arbeidet de tidligere har utført. Klager anfører at innklagede ved dette viser at det er tilbydernes egnethet som også er blitt vurdert under tildelingsevalueringen. Dette er altså en vurdering som skal gjøres i kvalifikasjonsfasen.
- (16) Sondringen mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier er blant annet behandlet i EU-domstolens sak C-532/06, "*Lianakis*", og er senere fulgt opp og presisert i en rekke saker for klagenemnda. Av klagenemndas sak nr. 2008/120 premiss (46) fremgår det at det kan være grunnlag for å godta at et kompetansekriterium brukes både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium, men at dette særlig gjelder for kompetansetunge tjenesteoppdrag. Klager anfører at innsamling og transport av avfall ikke er et kompetansetungt tjenesteoppdrag. Videre vises det til sak nr. 2009/262, hvor klagenemnda uttaler seg om bruk av kompetanse og erfaring som tildelingskriterier ved renovasjonskontrakter og klagenemndas sak nr. 2009/181.
- (17) Klager anfører at ettersom bruk av et ulovlig tildelingskriterium er en feil som ikke kan rettes i etterkant, må konkurransen avlyses og utlyses på ny.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede anfører at tildelingskriteriet "*Referanser fra tilsvarende arbeider*" oppfyller anskaffelsesregelverkets krav til lovlige tildelingskriterium, og at kriteriet er benyttet i samsvar med "*Lianakis*" og klagenemndas praksis. Referanser kan benyttes som tildelingskriterium når innholdet i evalueringstemaet knytter seg til tilbudets kvalitative økonomiske side og den konkrete gjennomføringen av oppdraget. Videre følger det av sikker rett at forskriften § 22-2 (2) ikke uttømmende regulerer hvilke underkriterier som kan benyttes ved valg av tildelingskriteriet "*det økonomisk mest fordelaktige tilbud*". Det avgjørende er om et forhold kan påvirke utførelsen av kontrakten og dermed et tilbuds økonomiske verdi. Kriteriet "*Referanser fra tilsvarende arbeider*", slik det er benyttet i denne konkrete vurderingen, har økonomisk betydning for anskaffelsen. Kriteriet har direkte tilknytning til kontraktens gjenstand ettersom det viser hvor godt ytelsen blir utført.

- (19) Innklagede bestrider at det er foretatt en sammenblanding av tildelingskriterier og kvalifikasjonskriterier ved evalueringen av referanser, i strid med forskriften § 20-1. Innklagede erkjenner å ha benyttet samme dokumenter ved vurderingen av "*Anbyderens tekniske kvalifikasjoner*" og "*Tildelingskriterier*". Ettersom det ved evalueringen av punkt kvalifikasjonskravene bare ble vurdert omfang og relevans av tidligere utført arbeid, mens det ved evalueringen av tildelingskriteriene ble vurdert hvordan og hvor godt tidligere oppdrag var blitt utført, er dokumentasjonen benyttet på ulike måte ved de to vurderingene. Det er den konkrete anvendelsen som må være avgjørende for lovligheten av bruken.
- (20) Videre anføres det at kriteriet "*Referanser fra tilsvarende arbeider*" ikke strider mot de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket. Kriteriene var tilkjennegitt i konkurransegrunnlaget og ble evaluert i overensstemmelse med dette. Kriteriet er ikke konkurransebegrensende eller i strid med proporsjonalitetsprinsippet.
- (21) For det tilfellet at klagenemnda kommer til at tildelingskriteriet er ulovlig, anføres subsidiært at en avlysning av konkurranse vil være i strid med formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 1 om å bidra til økt verdiskaping i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser. Innklagede vil påføres betydelig risiko og kostnad ved å måtte gjennomføre en ny konkurranse. Videre anføres det at en ny utlysning av konkurransen medfører risiko for konkurransevidning da klager og Veolia Miljø AS har fått innsyn i hverandres tilbud. Det vises videre til at underkriteriet "*Referanser fra tilsvarende arbeider*" ikke har betydning for utfallet av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen, som gjelder innsamling og transport av avfall fra husholdninger og hytter, samt tilliggende tjenester, er omfattet av forskriften Vedlegg 5 kategori (16), og anses således som en prioritert tjeneste. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).
- (23) Klager har anført at "*Referanser fra tilsvarende arbeider*" er et ulovlig tildelingskriterium og at konkurransen således må avlyses.
- (24) Av konkurransegrunnlaget punkt 7.1 "*Generelt*" fremgår det at tildeling av kontrakt skulle skje på bakgrunn 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 (2).
- (25) Det følger forutsetningsvis av forskriften § 20-1 at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. 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 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).

- (26) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at 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 dermed er relevant for tildelingskriteriet økonomisk mest fordelaktig tilbud, jf. klagenemndas saker 2008/120 premisser (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 leverandørens kvalifikasjoner, jf. sakene 2008/120 premiss (41) og 2008/92 premiss (90).
- (27) I konkurransegrunnlaget punkt 6.5 "*Anbyderens tekniske kvalifikasjoner*" var det stilt som krav at tilbyderne hadde "*erfaring fra tilsvarende oppdrag (innsamling og transport av avfall)*". I tilknytning til dette var det stilt opp følgende dokumentasjonskrav: "*Foretaket viktigste relevante oppdrag/leveranser de siste 3 årene [...]Tlf.nr til mottakers kontaktperson bes oppgitt. Oppdragsgiver vil kunne være referanse.*". Etter klagenemndas syn er dette et kvalifikasjonskrav knyttet til tilbydernes erfaring og kompetanse som bedrift, til å utføre det kunngjorte oppdraget. Innklagede skal, på bakgrunn av den fremlagte dokumentasjon, være i stand til å vurdere om tilbyderne er egnet til å gjennomføre kontrakten.
- (28) I konkurransegrunnlaget punkt 7.2 "*Tildelingskriterier*", er tildelingskriteriet "*Gjennomføringsevne og miljø*" beskrevet slik at det er "*Anbyders gjennomføringsevne i forhold til oppdraget og robusthet i gjennomføringsplanene*" som skal vurderes. Ved denne vurderingen har innklagede altså opplyst å ville benytte underkriteriet "*Referanser fra tilsvarende arbeider*". Denne vurderingen fremstår dermed som sammenfallende med vurderingen av kvalifikasjonskravet "*erfaring fra tilsvarende oppdrag (innsamling og transport av avfall)*". All den tid tildelingskriteriet ikke knyttes opp mot tilbudt personell eller konkrete arbeidsoppgaver, fremstår underkriteriet "*Referanser fra tilsvarende arbeider*" etter klagenemndas oppfatning som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner.
- (29) Klager har vist til at innklagede i brev 12. mars 2010 har uttalt at referanse som tildelingskriterium er benyttet for at tilbyderne skal kunne dokumentere kvaliteten på det arbeidet de tidligere har utført. Innklagede har videre erkjent at det er de samme dokumentene som er brukt ved vurderingen av kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen. Etter klagenemndas syn illustrerer dette at innklagede, også ved tildelingsevalueringen, har foretatt en vurdering av tilbydernes erfaring og egnethet til å gjennomføre oppdraget og ikke en kvalitativ sammenligning av tilbudene.
- (30) På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at vurderingen av underkriteriet "*Referanser fra tilsvarende arbeider*", ut i fra konkurransegrunnlaget, fremstår som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Innklagede har således handlet i strid med forskriften § 20-1.

- (31) For ordens skyld nevnes dessuten at bruken av et tildelingskriterium som går på kompetanse neppe vil være tillatt etter forskriften § 22-2 (2) for denne typen leveranser, jf. klagenemndas tidligere saker 2008/136 premiss (84) og 2009/262 premiss (24).
- (32) 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. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 ("*Wienstrom*") premiss (95) og klagenemndas sak 2009/80 premiss (32) 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:

Larvik kommune har brutt forskriften § 20-1 ved at vurderingen av tildelingskriteriet "*Referanser fra tilsvarende arbeider*", ut i fra konkurransegrunnlaget, fremstår som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.

For klagenemnda,

7. juni 2010


Kai Krüger