



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kontrakt vedrørende mottak av restavfall til energiutnyttelse. Klagenemnda fant at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium benevnt "Kapasitet, sikkerhet, service, avbruddskompensasjon", og at konkurransen skulle vært avlyst. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 14. juni 2010 i sak 2010/112

Klager: Rekom AS

Innklaget: Renholdsverket AS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Renholdsverket AS (heretter kalt innklagede) er et 100 pst eiet datterselskap av Trondheim Renholdsverk AS. Innklagede kunngjorde 30. desember 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kontrakt vedrørende mottak av restavfall til energiutnyttelse.
- (2) I kunngjøringen punkt III.2 "KVALIFIKASJONSKRAV" ble det henvist til konkurransegrunnlaget.
- (3) Fra konkurransegrunnlaget punkt 5 "KVALIFIKASJONGRUNNLAG" refereres følgende:

"I henhold til FOA kan RHV stille krav til tilbyderne. Dette er minstekrav som må oppfylles og dokumenteres for at de skal kunne delta i konkurransen. Disse vil være som følger:

[...]

6. Beskrivelse av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner (§17-9):

Personell tilbyder disponerer over til oppfyllelse av kontrakten, enten de tilhører foretaket eller ikke.

Liste over de viktigste leveranser de 3 siste årene, herunder deres verdi (mill. NOK) og varighet"

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 6 fremgikk det følgende om tildelingskriteriene:

"Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende kriterier:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

[...]

6.1 Pris/kostnader

Vektes fra 55-65 %

[...]

6.2 Miljø og samfunnskostnader

Vektes fra 25-35 %

[...]

6.3 Kapasitet, sikkerhet, service, avbruddskompensasjon

Vektes fra 10-20 %

I dette inngår en totalvurdering av tilbyders evne til å kunne gjennomføre oppdraget på en sikker og kvalitetsmessig god måte. Vurderingen vil basere på tilbyders beskrivelse og dokumentasjon av de følgende underpunkter.

6.3.1 Kompetanse og erfaring

Beskrivelse av bemanning til oppdraget og deres kompetanse innenfor områdene som etterspørres. Høy kompetanse og lang erfaring vil bli tillagt vekt.

6.3.2 Referanser

Tilbyder skal vedlegge referanser fra flere oppdragsgivere, minimum 5 stk, som beskriver arbeidets omfang og gjennomføring. Referansen skal også inneholde navn på kontaktperson hos referansen.

[...]

6.3.3 Kapasitet, sikkerhet, service og avbruddskompensasjon

[...]"

- (5) Fra tildelingsmeddelelsen ved brev 19. mars 2010 hitsettes følgende:

"... Med bakgrunn i de kriterier som er angitt i vårt konkurransegrunnlag, de innkomne tilbud og den evalueringsrunde som nå er foretatt er utfallet at Trondheim Energi Fjernvarme AS innstilles som leverandør av behandlingstjenester for alle delleranser utlyst i vårt konkurransegrunnlag.

[...]

Det økonomisk mest fordelaktige tilbud er valgt ut fra en totalvurdering av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlagets kapittel 6. Tildelingskriteriene er vektet som følger:

Priser/kostnader 60 %

Miljø- og samfunnskostnader 30 %

Kapasitet, sikkerhet, service 10 %"

- (6) Tildelingen ble påklaget av klager ved brev 26. mars 2010. I brevet anfører klager at valgte leverandør ikke har fremlagt dokumentasjon for underleverandører, at valgte

leverandør har tatt et forbehold om kvalitet, samt at valgte leverandør ikke har beregnet transport fra gjenbruksstasjonene.

- (7) I svar på klage ved brev 13. april 2010 ble klagen ikke tatt til følge. Fra brevet refereres:

"Vår konklusjon er at TREF oppfyller samtlige kvalifikasjonskrav. Videre har vi foretatt en ny gjennomgang av vår tildelingsevaluering [...], og det er fortsatt slik at TREF har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på begge kontrakter.

Innstillingen opprettholdes derfor [...]."

- (8) Saken ble deretter brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 14. april 2010.
- (9) Innklagede avventer kontraktsinngåelse inntil klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at tildelingskriteriet "*Kompetanse og erfaring*" er ulovlig. Etter klagers oppfatning er ikke kompetanse eller erfaring ved denne type anskaffelse egnet til å si noe om kvalitetsvariasjonene ved tilbudene.

Innklagedes anførsler:

- (11) Innklagede bestrider at kriteriet er ulovlig. Slik konkurransen er utformet og evaluert utgjør dette kriteriet opp til 1,7 prosent av totalscore. Kun én tilbyder (ikke klager) har fått redusert score på dette kriteriet. De øvrige tilbyderne har fått lik score. Kriteriet har altså nesten ikke blitt tillagt vekt i konkurransen, og det har åpenbart ikke virket inn på avgjørelsen. Kriteriet vil kun få betydning ved like tilbud etter at pris og miljø er evaluert. På denne bakgrunn kan ikke innklagede se at det var ulovlig å vurdere kriteriet, i alle fall ikke med så lav vekting.
- (12) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler, jf. sak 2009/219 (premiss 30).

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 andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 Vedlegg 5 nr. (16), og følger etter det opplyste forskriften del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 andre ledd, jf. 2-2 første ledd.
- (14) Klager har anført at tildelingskriteriet "*Kompetanse og erfaring*" er ulovlig. Nemnda forstår klagers anførsel dit hen at det er tildelingskriteriet "*Kapasitet, sikkerhet, service og avbruddskompensasjon*" som er ulovlig ved at "*Kompetanse og erfaring*" er oppgitt som underkriterium til tildelingskriteriet. Etter klagers oppfatning er ikke kompetanse eller erfaring ved denne type anskaffelse egnet til å si noe om kvalitetsvariasjonene ved tilbudene.

- (15) I konkurransegrunnlaget punkt 6 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.
- (16) EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om forholdet 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.
- (17) Klagenemnda har senere 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 sak 2008/120 premiss (56)-(57). Klagenemnda har likevel samtidig 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 leverandørenes kvalifikasjoner, jf. sakene 2009/132 (premiss 45) og 2008/120 premiss (41).
- (18) Det første spørsmålet for klagenemnda blir hvorvidt vurderingen av "*Kompetanse og erfaring*" under tildelingskriteriet "*Kapasitet, sikkerhet, service og avbruddskompensasjon*" er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.
- (19) I konkurransegrunnlaget punkt 5 var det stilt opp følgende dokumentasjonskrav i tilknytning til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner: "*Beskrivelse av [...] [p]ersonell tilbyder disponerer over til oppfyllelse av kontrakten [...] [og] [l]iste over de viktigste leveranser de 3 siste årene, herunder deres verdi (mill. NOK) og varighet.*"
- (20) I konkurransegrunnlaget punkt 6 var "*Kompetanse og erfaring*" angitt som ett av tre underkriterier til tildelingskriteriet "*Kapasitet, sikkerhet, service og avbruddskompensasjon*". Om evalueringen var det opplyst at "[i] dette inngår en totalvurdering av tilbyders evne til å kunne gjennomføre oppdraget på en sikker og kvalitetsmessig god måte."
- (21) Kriteriet "*Kompetanse og erfaring*" var utdypet på følgende vis i punkt 6.3.1:
- "Beskrivelse av bemanning til oppdraget og deres kompetanse innenfor områdene som etterspørres. Høy kompetanse og lang erfaring vil bli tillagt vekt.*
- (22) Det følger av konkurransegrunnlaget punkt 5 at vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner baseres på en beskrivelse av personellet. En tilsvarende beskrivelse skulle legges til grunn for evalueringen av "*Kompetanse og erfaring*" under tildelingskriteriet "*Kapasitet, sikkerhet, service og avbruddskompensasjon*" i konkurransegrunnlaget punkt 6. Vurderingen av tildelingskriteriet "*Kapasitet, sikkerhet, service og avbruddskompensasjon*" fremstår dermed som sammenfallende med, eller en

gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Innklagede har således benyttet et ulovlig tildelingskriterium, jf. forskriften § 20-1.

- (23) En tilsvarende vurdering kan være aktuell for tildelingskriteriet "*Referanser*" i konkurransegrunnlaget punkt 6.3.2. En "*totalvurdering av tilbyders evne til å kunne gjennomføre oppdraget på en sikker og kvalitetsmessig god måte*", slik innklagede har presisert konkurransegrunnlaget punkt 6.3, synes som en vurdering relatert til tilbydernes kvalifikasjoner, og dermed ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Disse forhold er imidlertid ikke anført av klager.
- (24) Nemnda kan heller ikke se at innklagedes anførsel om at tildelingskriteriet var vektet lavt, er relevant for vurderingen av hvorvidt tildelingskriteriet må anses ulovlig.
- (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. 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. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Renholdsverket AS har brutt forskriften § 22-2 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium benevnt "*Kapasitet, sikkerhet, service og avbruddskompensasjon*".

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For klagenemnda,
14. juni 2010


Per Christiansen