



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende leie og drift av stillaser, heiser, lifter og byggevarme. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 20-1 ved at vurderingen av tildelingskriteriet "Gjennomføringssikkerhet", ut i fra konkurransegrunnlaget, fremstod som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2010 i sak 2010/113

Klager: Naboen Utleie AS

Innklaget: Nytt Konserthus i Stavanger IKS

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) I forbindelse med oppføring av nytt konserthus i Stavanger er det interkommunale selskapet Nytt Konserthus i Stavanger IKS (heretter kalt innklagede) opprettet for å administrere byggeprosjektet og i denne forbindelse gjennomføre anbudskonkurranser.
- (2) Innklagede kunngjorde 30. september 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende leie og drift av stillaser, heiser, lifter og byggevarme.
- (3) I konkurransegrunnlagets punkt 5.9 "**Kvalifikasjonskrav**" var et av kvalifikasjonskravene angitt som: "*Det kreves at anbyder har nødvendig kapasitet for gjennomføring av arbeidene*". Dokumentasjonskravet til dette kvalifikasjonskravet var angitt som: "*Oversikt over foretakets totale bemanning og bemanning for dette oppdraget*".
- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 5.10 "**Tildelingskriterier**" var tildelingskriteriene og evalueringsmetode angitt slik:
"Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket anbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier.

Prioritet/ vekt	Kriterier	Dokumentasjon
70-80 %	<i>Pris</i>	<i>Utfylt tilbudsskjema og forpliktende tilbudsbrev</i>
20-30 %	<i>Gjennomføringssikkerhet</i>	<i>Beskrivelse hvordan arbeidene er tenkt bemannet og arbeidene er tenkt gjennomført. Det skal oppgis referanseprosjekter og organisasjonskart for prosjektet med navn og CV for nøkkelpersonell.</i>

[...]"

- (5) Tilbudsfrist var 19. november 2009.
- (6) Det følger av anbudsåpningsprotokollen at det innen tilbudsfristen ble mottatt tilbud fra ni leverandører, blant annet fra Naboen Utleie AS (heretter kalt klager) og Bautas AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Ved innklagede brev 22. desember 2009 (tildelingsbrevet) ble tilbyderne meddelt at kontrakt var tildelt valgte leverandør. I tildelingsbrevet var det opplyst at tildelingskriteriet "Pris" var vektet med 70 prosent, og "Gjennomføringssikkerhet" med 30 prosent.
- (8) Om evalueringen av tildelingskriteriet "Gjennomføringssikkerhet" stod blant annet følgende i tildelingsbrevet:

"Gjennomføringssikkerhet

For gjennomføringssikkerhet er følgende vurdert slik det fremgår av konkurransegrunnlaget:

- beskrivelse av hvorledes er tenkt bemannet og tenkt gjennomført*
- referanseprosjekter*
- organisasjonskart for dette byggeprosjektet og vurdering av tilbudt nøkkelpersonell*

[...]

Ved poenggivning er den dokumentasjonen som er vedlagt anbudet vurdert etter beste skjønn slik dette fremgår av konkurransegrunnlaget Bok 0, pkt 5.10."

- (9) Ved klagers e-post 23. desember 2009 ble tildelingen påklaget. Klagen over tildelingen ble supplert og utdypet ved klagers e-post 29. desember 2009.
- (10) Ved innklagedes brev 13. januar 2010 ble klagen avvist. Det var etter dette omfattende korrespondanse mellom partene.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev 15. april 2010.
- (12) Innklagede har opplyst at kontrakt ble inngått 20. januar 2010 med valgte leverandør.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at "*Gjennomføringssikkerhet*" var et ulovlig tildelingskriterium. Klager viser særlig til at dette tildelingskriteriet synes å være en gjentakelse av kvalifikasjonskravet "*Det kreves at anbyder har nødvendig kapasitet for gjennomføring av arbeidene*". Klager anfører også at tildelingskriteriet "*Gjennomføringssikkerhet*" er ulovlig som sådan, ettersom det ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (14) Klager anfører at innklagede hadde plikt til å føre referat fra møtet og befaringen i klagers lokaler 18. desember 2009.
- (15) Klager anfører at innklagede ikke hadde anledning til å rette klagers tilbud under posten "*Materiell til beskyttelse*". Klager hadde bevisst valgt å prise denne posten lavt for å øke sjansen for å bli tildelt kontrakten. Det fremkom ikke av konkurransegrunnlaget at det var forbudt å inngi en pris lavere enn innklagedes estimerte 500 000 kroner. Det stod bare at tilbyderne skulle angi en påslagsprosent. Klager valgte å oppgi en negativ påslagsprosent på 10 prosent, altså 50 000 kroner. At klager valgte å prise denne posten lavt hindrer ikke at alle tilbudene er fullt ut sammenlignbare.
- (16) Klager anfører at konkurransegrunnlagets punkt om prising av posten "*Materiell til beskyttelse*" er så uklart at det ikke er mulig å sammenligne tilbudene. Klager viser blant annet til innklagedes anskaffelsesprotokoll der det fremgår at fem av åtte tilbydere hadde misforstått hvordan denne posten skulle prises.
- (17) Klager anfører at innklagede ikke har dokumentert at evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "*Gjennomføringssikkerhet*" var saklig og forsvarlig. Klager viser til at under dette tildelingskriteriet fikk valgte leverandør 90 poeng, men klager fikk bare 70 poeng. Klager anfører at innklagede ikke har vist hvordan valgte leverandørs tilbud var bedre på dette punkt. Klager viser at innklagede har nektet å gi en nærmere begrunnelse på dette punkt, og at det derfor er vanskelig å etterprøve innklagedes vurderinger.
- (18) Klager anfører at innklagede i kunngjøringen har opplyst at kontrakten har et omfang som er betydelig lavere enn det som blir den endelige kontraktssummen. Klager anfører at det i konkurransegrunnlaget er lagt til grunn at kontrakten har en verdi på 8 – 9 millioner kroner, mens det av innklagedes budsjett er lagt til grunn at kontrakten vil ha en verdi på minst 27 millioner kroner. Klager anfører også at klagers egne overslag tilsier at kontraktens størrelse kan ha en verdi på mellom 50 og 80 millioner kroner.
- (19) Klager anmoder klagenemnda om å uttale seg om vilkårene for positiv, subsidiært negativ, kontraktsinteresse er til stede.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede bestrider at "*Gjennomføringssikkerhet*" var et ulovlig tildelingskriterium. Innklagede anfører at dette tildelingskriteriet mente å avklare to forhold ved tilbudene, nemlig oppdragsforståelse og tilbudt nøkkelpersonells kvalifikasjoner og erfaring, samt organisering av disse. Det foreligger dermed ingen gjentakelse av den vurdering som skulle gjøres under kvalifikasjonskravet, selv om ordet "*bemannings*" går igjen. Det fremgår av innklagedes interne evalueringsnotat av 21. desember 2009 at det er en vurdering av tilbudt nøkkelpersonell og organiseringen av personellet som faktisk ligger til grunn for tildelingen.

- (21) Innklagede anfører videre at tildelingskriteriet som sådan er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Innklagede anfører at tildelingskriteriet må sees i sammenheng med kravene til kundeservice og leveringstider som fremgår i konkurransegrunnlagets punkt 10, side 17.
- (22) Innklagede anfører at det ikke var noen plikt å føre referat fra møte med klager 18. desember 2009. Innklagede anfører at det kun er plikt til å dokumentere forhold som har betydning for gjennomføring av konkurransen, jf. forskriften § 3-1 syvende ledd. Hensikten med møtet var å avklare hvorvidt klager var kvalifisert. Ettersom innklagede fant at klager var kvalifisert hadde følgelig ikke opplysningene som fremkom på møtet betydning for gjennomføring av konkurransen.
- (23) Hva gjelder prising av posten "*Materiell til beskyttelse*" anfører innklagede at den oppgitte summen på 500 000 kroner er et uttrykk for kostpris ved å levere en teoretisk mengde beskyttelsesmateriell. Grunnen til at innklagede valgte å oppgi en teoretisk mengde beskyttelsesutstyr var at innklagede ikke hadde sikre holdepunkter for å vurdere hvilken mengde som faktisk ville medgå. Innklagede oppgav derfor i konkurransegrunnlaget en teoretisk mengde beskyttelsesutstyr (kostnadsberegnet til NOK 500 000) for at tilbyderne skulle angi den påslagsprosent de ville beregne seg på dette utstyret.
- (24) Innklagede viser til at fem tilbydere, herunder innklagede, hadde fylt ut posten "*Materiell til beskyttelse*" ved å sette inn en sum mellom 20. og 50.000 kroner, eller bare sette inn en påslagsprosent. Det var da nærliggende for innklagede å legge til grunn at tilbyderne hadde glemt å inkludere beregningsgrunnlaget på 500 000 kroner. Dette beløp ble derfor plussset på. Innklagede anfører at denne forståelsen av tilbudene er minst like sannsynlig som den klager nå legger til grunn, om at 50 000 kroner var totalprisen på denne posten. Det vises til at de fire andre tilbydere som fikk sine tilbud rettet på denne måten ikke har gjort innsigelser.
- (25) Innklagede anfører at når klager priset posten "*Materiell til beskyttelse*" til 50 000 kroner, var det nærliggende å forstå at klager også tilbød en mindre mengde beskyttelsesmateriell enn det innklagede hadde lagt til grunn.
- (26) Uansett var det slik at innklagede i konkurransegrunnlaget hadde oppgitt at tilbyderne skulle angi en påslagsprosent, og multiplisere denne med 500 000 kroner. Klagers tilbud på 50 000 kroner streid mot dette, og følgen var at det ble umulig å sammenligne klagers tilbud med de øvrige. Klagers tilbud ble derfor avvist, i forbindelse med klageprosessen.
- (27) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlagets punkt om prising av posten "*Materiell til beskyttelse*" er for uklart at det ikke er mulig å sammenligne tilbudene. Innklagede viser til at selv om fire andre tilbydere enn klager fylte ut denne posten feil, ble denne feilen rettet av innklagede, uten at noen andre enn klager har hatt innsigelser mot dette.
- (28) Innklagede anfører at vurderingen av klagers tilbud under tildelingskriteriet "*Gjennomføringssikkerhet*" var tilstrekkelig saklig og forsvarlig. Innklagede viser til at denne vurderingen faller under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Det anføres videre at innklagedes interne evalueringsnotat av 21. desember 2009 viser at det er gjort en tilstrekkelig vurdering. Innklagede bemerker at ettersom klagers tilbud ble avvist etter kontraktstildeling, hadde ikke klager krav på en nærmere begrunnelse.
- (29) Innklagede bestrider at anskaffelsens virkelige omfang er vesentlig større enn det som er antydnet i konkurransegrunnlaget. Innklagede anfører at kontraktens endelige verdi kan bli høyere enn det som var antydnet i konkurransegrunnlaget, men maksimalt 50 % høyere. Bakgrunnen for dette er usikkerhet knyttet til oppdragets varighet og omfang.

Innklagede anfører at den posten i budsjettet som klager viser til omfatter mer enn bare denne anskaffelsen. Innklagede anfører at klagers eget anslag av kontraktens størrelse til 50 – 80 millioner kroner fremstår som fullstendig ufundert.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig.
- (31) Konkurransen gjelder både leie av stillaser, heiser, lifter og byggevarme, samt drift av dette, og gjelder således en blandingskontrakt av varer og tjenester, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-4. Det følger av prisskjemaet i klagers tilbud at verdien av varedelen (leie) er langt høyere enn tjenestedelen (drift), og kontrakten skal da anses som en varekontrakt, jf. § 2-4 første ledd. Anskaffelsen har en verdi over EØS-terskelverdi og følger da lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriftens del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 fjerde ledd, jf. 2-2 første ledd.
- (32) Klager anfører at "Gjennomføringssikkerhet" er et ulovlig tildelingskriterium.
- (33) Det følger av forskriften § 22-2 at de tildelingskriterier som benyttes må ha "...tilknytning til kontraktens gjenstand". Av forskriften § 20-1 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. blant annet sakene 2009/132 premiss (37) og 2008/92 premiss (90).
- (34) 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).
- (35) 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 premiss (56)-(57) og 2009/88 premiss (26). En slik forståelse synes også lagt til grunn av EU-domstolen (Retten i første instans) i sak T-70/05, *Evropaïki Dynamiki*, se særlig premiss 150.
- (36) Klagenemnda har videre lagt til grunn at det også "må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke kan være sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner", jf. sak 2010/108 premiss (26) og 2010/100 premiss (35), med videre henvisninger.
- (37) I konkurransegrunnlagets punkt 5.9 var et av kvalifikasjonskravene angitt som: "Det kreves at anbyder har nødvendig kapasitet for gjennomføring av arbeidene". Dokumentasjonskravet til dette kvalifikasjonskravet var angitt som: "Oversikt over foretakets totale bemanning og bemanning for dette oppdraget".

- (38) I konkurransegrunnlagets punkt 5.10 var et av tildelingskriteriene angitt å være "gjennomføringssikkerhet". Dokumentasjonskravet var angitt å være: *"Beskrivelse hvordan arbeidene er tenkt bemannet og arbeidene er tenkt gjennomført. Det skal oppgis referanseprosjekter og organisasjonskart for prosjektet med navn og CV for nøkkelpersonell."*
- (39) Etter klagenemndas syn er dette noe av et grensetilfelle i forhold til rettstilstanden beskrevet over. Begrepet "Gjennomføringssikkerhet" peker i utgangspunktet mot den kapasitetsvurderingen som allerede er foretatt under kvalifikasjonsfasen, men betegnelsen på kriteriet er ikke i seg selv avgjørende. Det må vurderes nærmere hva som er ment evaluert under dette kriteriet, i lys av den nærmere angivelsen av dette. Formuleringene her peker da noe mer mot en relativ vurdering av tilbudets egenskaper, slik dette vil kunne påvirkes av det tilbudte personells kompetanse og erfaring. Problemet her er imidlertid at også kvalifikasjonskravet retter seg mot "bemanningen for dette oppdraget", og ikke bare den generelle kapasitet. Det kan således ikke sees å være beskrevet klart i konkurransegrunnlaget hvorledes vurderingen av en tilbyders "kapasitet for gjennomføring av arbeidene", dokumentert ved en oversikt over blant annet "bemanning for dette oppdraget" skiller seg fra vurderingen av "hvordan arbeidene er tenkt bemannet og arbeidene er tenkt gjennomført".
- (40) Det er etter dette ikke tilstrekkelig presisert hva forskjellen i vurderingstemaene "nødvendig kapasitet for gjennomføring" og "Gjennomføringssikkerhet" består i. Tildelingskriteriet "Gjennomføringssikkerhet" er dermed et ulovlig tildelingskriterium, og innklagedes benyttelse av det innebærer et brudd på forskriften § 20-1.
- (41) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningen i forskriften § 17-2 første ledd, er bruk av et ulovlig tildelingskriterium i hvert fall som et klart utgangspunkt 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. I tråd med fast praksis i klagenemnda tas det derfor ikke stilling til klagers øvrige anførsler, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/108 premiss (32), 2010/100 premiss (40) og 2009/80 premiss (32).
- (42) Av samme grunner velger klagenemnda å ikke uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforordningen § 12.

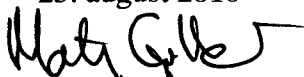
Konklusjon:

Nytt Konserthus i Stavanger IKS har brutt forskriften § 20-1 ved at vurderingen av tildelingskriteriet "Gjennomføringssikkerhet", ut i fra konkurransegrunnlaget, fremstår som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

23. august 2010


Morten Goller