



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling i ett trinn om inngåelse av rammeavtale for jobbsøkerkurs. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-1 ved at tildelingskriteriet "kvalitet", ut fra kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, fremstod som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 28. mars 2011 i sak 2010/131

Klager: Kreativt Næringscenter AS

Innklaget: NAV Virkemiddel enhet Rogaland

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Bjørg Ven

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

(1) NAV Virkemiddel enhet Rogaland (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. juli 2009 en konkurranse med forhandling i ett trinn om inngåelse av rammeavtale for jobbsøkerkurs. I kunngjøringen punkt II.1.4) var det opplyst at verdien av kontraktene ikke var fastsatt ved utlysningen. Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4.) satt til 10. august 2009 kl. 12.00.

(2) I kunngjøringen punkt III.2.3) var det angitt følgende om krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

"III.2.3) Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

(1) Oversikt over foretakets totale bemanning

(2) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter)

(3) Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjenestekontrakter)

(4) Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy

(5) Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelsen av denne kontrakten (gjelder for bygge- og anleggskontrakter)

(6) Annet (vennligst beskriv dokumentasjonskrav under):

Beskrivelse av universell utforming av kurslokaler, programvarer, tilgjengelighet til offentlig transportmiddel.

Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner.”

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det opplyst at anskaffelsen var omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II.
- (4) Videre var det i konkurransegrunnlaget punkt 2.4 angitt følgende om krav 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>Dokumentasjon</i>	<i>• Det skal legges ved en kortfattet beskrivelse av leverandørens organisasjon og bemanning for dette oppdraget.</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, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker. Referansene kontaktes ved behov. ”</i>

- (5) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.1:

”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*
- Tilbudets pedagogiske opplegg*
- Tjenesteinnhold*
- Besvarelse/oppfyllelse av kravspesifikasjonen*
- Visuell utforming av lokaler vil bli vektlagt*
- Tilgjengelighet til offentlig transport vil bli vektlagt*
- Aksept av kontraktsvilkår vil bli vektlagt*

- *Gode referanser vil bli vektlagt*

3. Forbehold til kontrakt som har økonomisk og/eller risikomessig betydning

Kriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge.”

- (6) Klagenemnda har under saksforberedelsen fått fremlagt to versjoner av anskaffelsesprotokollen. Den første versjonen er datert 27. oktober 2009, mens det i den andre versjonen er foretatt visse endringer av 2. desember 2009. Med mindre annet er uttrykkelig angitt, vil referansene til anskaffelsesprotokollen i det følgende gjelde den oppdaterte versjonen per 2. desember 2009.
- (7) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at innklagede mottok åtte tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra Kreativt Næringscenter AS (heretter kalt klager), Markedsinstituttet AS, Personalhuset og AOF Haugaland.
- (8) I brev av 27. oktober 2009 ble klager meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Markedsinstituttet AS for Sør-Rogaland. Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at Personalhuset ble valgt som leverandør for Nord-Rogaland. Klagenemnda har ikke fått fremlagt meddelelsesbrev for denne tildelingen.
- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i e-post av 11. november 2009. Klagen gjaldt særlig vurderingen av tildelingskriteriet knyttet til kvalitet, nærmere bestemt innklagedes vurdering av referanser, faglige og pedagogiske kvalifikasjoner og tilgjengelighet til offentlig transport. Klagen ble utdypet i brev av 12. november 2009.
- (10) Kontrakt med Personalhuset og Markedsinstituttet AS ble inngått 23. november 2009.
- (11) I brev av 2. desember 2009 erkjente innklagede at det var begått feil ved tildelingsevalueringen, men opplyste at dette ikke hadde vært avgjørende for valg av leverandør. Innklagede opprettholdt derfor sin opprinnelige beslutning.
- (12) I brev fra klager av 17. desember 2009 ble klagen opprettholdt, og det ble tatt opp flere forhold som etter klagers syn var i strid med regelverket. Blant annet ble det hevdet at innklagede, basert på opplysningene som var angitt i kunngjøringen, hadde plikt til å inngå rammeavtale med ytterligere én leverandør.
- (13) Innklagede besvarte denne henvendelsen i brev av 20. januar 2010. Her ble det opplyst at innklagede ville inngå avtale med ytterligere to leverandører i Rogaland, hvorav klager ville få tilbud om avtale i Sør-Rogaland og AOF Haugaland i Nord-Rogaland. I e-post av 21. januar 2010 opplyste innklagede at tilbudsbrief ville bli sendt ut i løpet av uke 4.
- (14) Klager anmodet i brev av 28. januar 2010 om en begrunnelse for hvorfor klager fikk tilbud om avtale sør i fylket, og videre om hvorfor tilbudet ikke omfattet avtale også nord i fylket. I tillegg til å omhandle herværende konkurranse, ble det i brevet også tatt opp forhold vedrørende to avlyste konkurranser hvor innklagede var oppdragsgiver og klager hadde deltatt. I brev av 9. februar 2010 etterspurte klager tilbakemelding på brevet av 28. januar 2010.
- (15) Innklagede ga i brev av 25. februar 2010 følgende tilbakemelding:
”Oppdragsgiver har nå konferert med juridisk seksjon vedrørende denne saken, og vi er gjort kjent med at oppdragsgiver likevel ikke har gjort feil ifbm. tildelingen.”
- (16) I brev av 1. mars 2010 krevde klager erstatning for negativ kontraktsinteresse for tap knyttet til deltakelsen i herværende konkurranse og de to avlyste konkurransene. Det ble også opplyst at brevet var å anse som et søksmålsvarsel.

- (17) I e-post av 3. og 8. mars 2010 ba klager om tilbakemelding på når kontrakt med klager for Sør-Rogaland ville bli sendt ut. Innklagede opplyste i e-post av 9. mars 2010 at tilbakemelding var gitt i e-post av 3. mars 2010.
- (18) I brev av 15. mars 2010 ba klager om tilbakemelding på brevet av 1. mars 2010, og gjennomgikk de forhold som etter klagers syn var i strid med regelverket i de tre konkurransene.
- (19) Innklagede opplyste i brev av 30. mars 2010 at de ikke hadde mer å tilføye i saken.
- (20) Klager oversendte ytterligere kommentarer til innklagede i e-post av 7. april 2010.
- (21) Saken ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev av 26. april 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Det anføres at tildelingskriteriene *"faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører, dokumentert gjennom vedlagt CV, eventuelle intervjuer og referanser"* og *"gode referanser"* er ulovlige. Det vises i den sammenheng til at det som her skal vurderes under tildelingskriteriene, er sammenfallende med, eller en gjentakelse av det som skal vurderes under kvalifikasjonskravene knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (23) Videre anføres det at innklagede under ingen omstendighet hadde anledning til å benytte referanser som tildelingskriterium i herværende konkurranse.
- (24) Bruken av ulovlige tildelingskriterier medfører at konkurransen skulle vært avlyst.
- (25) Klager har prinsipalt krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse, subsidiært for negativ kontraktsinteresse. Vilårene som nasjonal rett har oppstilt for slik erstatning må tolkes i lys av EU-domstolens dom C-314/09, og er oppfylt i herværende sak.
- (26) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det ikke for klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (27) Innklagede har verken etterspurt eller vurdert de samme forhold under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Kravet til referanser i kvalifikasjonsvurderingen er knyttet opp mot leverandørens erfaring og gjennomføringsevne, dvs. evne til å sikre kontraktsoppfyllelse. Når det så gjelder punktet om *"referanser"* i tildelingskriteriene, er dette knyttet opp mot kvaliteten på ytelsen det bes om. Det er således ulike forhold som er etterspurt og evaluert under tildelings- og kvalifikasjonsvurderingen, og bruken av *"referanser"* under tildelingskriteriet *"kvalitet"* er dermed ikke ulovlig.
- (28) Videre bestrides det at referanser i seg selv er et ulovlig tildelingskriterium.
- (29) Klager har etter innklagedes syn ikke krav på erstatning for verken positiv eller negativ kontraktsinteresse.
- (30) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det ikke for innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (31) 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 også rettidig. Anskaffelsen gjelder gjennomføring av jobbsøkerkurs, og er en tjenesteanskaffelse i kategori (24), dvs. en uprioritert tjeneste. Innklagede har ikke estimert verdien av anskaffelsen, men har opplyst i konkurransegrunnlaget at anskaffelsen er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og II, og klagenemnda legger dette til grunn, jf. forskriften § 2-1 første og andre ledd jf. femte ledd. I tillegg følger anskaffelsen lov om offentlige anskaffelser.

Hvorvidt innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium

- (32) Klager har anført at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium og at konkurransen av den grunn skulle vært avlyst. Klager har for det første vist til at to av underkriteriene til tildelingskriteriet "*kvalitet*" er sammenfallende med eller en gjentakelse av det som skal vurderes under kravene til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (33) Av konkurransegrunnlaget punkt 5.1 "*tildelingskriterier*" fremgår det at tildeling av rammeavtale skal 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 tilbudet, jf. forskriften § 13-2. Det samme gjelder underkriterier til et tildelingskriterium, jf. blant andre klagenemndas sak 2009/64 premiss (64).
- (34) Det følger forutsetningsvis av forskriften § 11-1 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 tilbydernes 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).
- (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 fordelaktige tilbud, jf. klagenemndas saker 2008/120 premiss (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).
- (36) Det første spørsmålet for klagenemnda er således om tildelingskriteriet "*kvalitet*" slik det er presisert med underkriteriene "*faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører, dokumentert gjennom vedlagt CV, eventuelle intervjuer og referanser*" og "*gode referanser*" er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.

- (37) I kunngjøringen punkt III.2.3) var det blant annet stilt opp følgende dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:
1. *"Oversikt over foretakets totale bemanning*
 2. *Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste,- og bygge- og anleggskontrakter)*
 3. *Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjenestekontrakter)"*
- (38) I konkurransegrunnlaget punkt 2 *"krav til leverandøren – kvalifikasjonskrav"* var det under punkt 2.4 *"leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner"* stilt som krav at tilbyderne hadde *"erfaring fra tilsvarende eller relevante oppdrag"* og *"god gjennomføringsevne"*. I tilknytning til dette var det stilt opp følgende dokumentasjonskrav:
- *"Det skal legges ved en kortfattet beskrivelse av leverandørens organisasjon og bemanning for dette oppdraget.*
 - *CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget legges ved tilbudet.*
 - *Det skal legges ved referanser til foretakets viktigste relevante leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker. Referansene kontaktes ved behov."*
- (39) Det følger av klagenemndas praksis at et kvalifikasjonskrav skal tolkes i lys av dokumentasjonskravene, jf. klagenemndas sak 2009/43 premiss (49).
- (40) Slik klagenemnda ser det, tilsier dokumentasjonskravene knyttet til foretakets viktigste relevante leveranser de siste tre årene, at bedriftens kompetanse og erfaring er relevant for kvalifikasjonsvurderingen. Videre tilsier dokumentasjonskravene knyttet til bemanningsplan og fremleggelse av CV for nøkkelpersoner, at også tilbudt nøkkelpersonells erfaring og kompetanse er relevant for kvalifikasjonsvurderingen. Slik klagenemnda forstår kvalifikasjonskravene tolket i lys av dokumentasjonskravene, er det således oppstilt to ulike vurderingstema under kvalifikasjonsvurderingen, dvs. både bedriftens kompetanse og erfaring, og det tilbudte nøkkelpersonells kompetanse og erfaring.
- (41) Når det så gjelder vurderingstemaene under tildelingsevalueringen, er *"gode referanser"* angitt som et underkriterium under tildelingskriteriet *"kvalitet"*, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5.1. Etter klagenemndas syn refererer dette underkriteriet seg til bedriftens kompetanse og erfaring. Vurderingstemaet er således sammenfallende med eller en gjentakelse av kvalifikasjonsvurderingen.
- (42) Videre er det under tildelingskriteriet *"kvalitet"* angitt et underkriterium som går på *"faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører, dokumentert gjennom vedlagt CV, eventuelle intervjuer og referanser"*. Slik klagenemnda forstår dette, er det her kompetansen og erfaringen til tilbudte instruktører som skal vurderes. Etter klagenemndas syn fremstår *"tilbudte instruktører"*, som overlappende med *"nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget"*. Dersom det var meningen at disse kategoriene ikke skulle være overlappende, er dette noe innklagede i så fall burde ha presisert i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner derfor at også vurderingstemaet under dette underkriteriet er sammenfallende med eller en gjentakelse av kvalifikasjonsvurderingen.

- (43) Vurderingen av tildelingskriteriet "*kvalitet*", slik dette er beskrevet i konkurransegrunnlaget, er dermed sammenfallende med, eller en gjentakelse av kvalifikasjonsvurderingen, og innklagede har brutt forskriftens § 11-1.
- (44) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriften § 8-2 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*") 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).
- (45) Av nevnte grunner velger klagenemnda å ikke uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemnds forskriften § 12, men klagenemnda påpeker at EU-domstolen etter den påberopte C-314/09 ("*Strabag*") har uttalt seg om erstatningsspørsmålet i sak C-568/08 ("*Combinatie*"), se særlig premissene (86) og (92).

Konklusjon:

NAV Rogaland Virkemiddelenhet har brutt forskriften § 11-1 ved at tildelingskriteriet "*kvalitet*", ut fra kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, fremstår som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.

Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

28. mars 2011

Georg Fredrik Rieber-Mohn