



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av kuldeentreprise for utskifting av eksisterende kjølemaskin tilhørende NRK Hordaland. Klagenemnda fant at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium knyttet til "Erfaring". Videre konstaterte klagenemnda at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. Basert på dette ble ikke klagers øvrige anførsler behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 6. februar 2012 i sak 2010/223

Klager: Utstyr & Kjøleservice AS

Innklaget: Norsk rikskringkasting AS ved NRK TSER Drift og vedlikehold

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Avlysningsplikt.

Bakgrunn:

- (1) Norsk rikskringkasting AS ved NRK TSER Drift og vedlikehold (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. oktober 2009 en konkurranse med forhandling i to trinn for anskaffelse av kuldeentreprise for utskifting av eksisterende kjølemaskin tilhørende NRK Hordaland. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen under punktet "Kontraktsinformasjon" angitt til å være 2 - 2,5 millioner kroner inkludert opsjoner. Tilbudsfrist var i tilbudsinnbydelsen side 1 angitt til å være 15. desember 2009.
- (2) Av kunngjøringen punkt II 1.5) "Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang" fremgikk følgende:

"Ved NRK Hordaland i Bergen skal eksisterende kjølemaskin skiftes ut med 2 stk. kjølemaskiner med væskekjølt kondensator. Ny kjølesentral etableres i eksisterende sentral. Kjølemaskiner tilknyttes nye tørrkjølere som plasseres på tak på teknisk bygg. Det skal etableres frikjølingsfunksjon. Rør- og pumpearrangement i teknisk rom bygges om, tilpasset mengderegulert anlegg med blant annet frekvensstyrte isvannspumper. Automatikkstyring inngår som en del av leveransen.

Rørarbeider utlyses som egen entreprise.

Utvelgelse av leverandør vil skje i to trinn:

Trinn I: Prekvalifisering

Trinn II: Konkurranse med forhandling."

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

- (3) Videre fremgikk "Kvalifikasjonskrav" i kunngjøringen punkt III.2), og det hitsettes:

"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) Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder bygge- og anleggskontrakter)

(3) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under):

Sentral/lokal godkjenning i tiltaksklasse 2. Dersom denne ikke foreligger, må det vedlegges dokumentasjon på at godkjenning vil bli gitt.

Tilgjengelig personell med kurs i varme arbeider (evt)"

- (4) I kunngjøringen punkt IV.1.2 ble det opplyst følgende:

"[...]

Det vil bli prekvalifisert ut ifra innleverte kvalifikasjonskrav, og det vil bli lagt vekt på dette og referanser fra tilsvarende prosjekt."

- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt E.2 "Tildeling av kontrakt" fremgikk at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. Videre fremgikk følgende av punkt 00T2.3 "Avgjørelsen":

"Kontrakt vil bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbud, basert på kriteriene:

<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Vekting [%]</i>
<i>Tekniske forhold</i>	<i>30</i>
<i>Pris</i>	<i>40</i>
<i>Kapasitet</i>	<i>15</i>
<i>Erfaring*</i>	<i>15</i>

**Referanser fra tilsvarende oppdrag og ihh til oppgavespesifikasjon.*

Avgjørelsen vil bli tatt på bakgrunn av angitt vekting."

- (6) Ved konkurransegrunnlaget var det videre vedlagt kontraktsbestemmelser, samt to vedlegg med navn "35 Kuldeanlegg – væskekjølt væskekjøleaggregat" og "56 Automatikk- og SD – anlegg". Vedleggene omhandlet den etterspurte leveransen, herunder inneholdt begge "NS-kode/Spesifikasjon".

- (7) Av anskaffelsesprotokollen fremgikk at innklagede innen fristen 13. november 2009 mottok syv anmodninger om å delta i konkurransen. Videre fremgikk at innklagede i trinn to mottok fem tilbud, herunder fra Utstyr & Kjøleservice AS (heretter kalt klager) og Arna & Åsane Rørleggerservice AS (heretter kalt valgte leverandør.)
- (8) Det fremgikk også av anskaffelsesprotokollen under punktet "*Møter med tilbydere*" at tilbudsbehandling for prekvalifiserte tilbydere ble avholdt 30. november 2009. Videre opplyses at innklagede gjennomførte forhandlinger med fire tilbydere i tidsrommet 7. januar 2010 - 8. januar 2010.
- (9) Av dokumentet "*Evaluering av tilbud på kuldeentreprise*" datert 13. januar 2010 fremgikk at klager tilbød å levere to kjølemaskiner av typen MTA Aquarius+, mens valgte leverandør tilbød å levere to kjølemaskiner av typen Carrier 30HXC110.
- (10) Ved tildelingsbeslutningen 25. januar 2010 meddelte innklagede at valgte leverandør var tildelt kontrakten på bakgrunn av at selskapet hadde levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det hitsettes fra brevet:

"En totalvurdering av de ovenstående punkter, ble det tekniske forhold og plassering i forhold til fundamentet som gjør at Utstyr og kjøleservice kommer noe dårligere i matrisen, enn valgt tilbyder."

- (11) Av brev 26. januar 2010 fremgikk en mer utførlig begrunnelse for at valgte leverandør ble tildelt kontrakten. Av evalueringsmatrisen gjengitt i brevets side 1 fremgikk at valgte leverandør fikk totalscore på 5,42 poeng, mens klager fikk totalscore på 5,40 poeng. Videre fremgikk at begge leverandører fikk 5 poeng under tildelingskriteriene "*Kapasitet*" og "*Erfaring*". Det vises videre til brevets side 2:

"[...] Pris er vurdert i forhold til selve prosjektet, men også med utgangspunkt i en 10 års serviceperiode (servicekostnad er betraktelig høyere enn hos de andre tilbydere, dette ble det også gjort oppmerksom på under møtet). [...]"

Plassering av utstyr er også en del av vår vurdering. Den valgte maskinen gir mer tilgjengelighet i teknisk rom generelt og bedre tilgjengelighet for service på NRKs resterende tekniske installasjoner i rommet. Plasseringen er også viktig med hensyn på å utføre service på og utskiftninger av nødstrømsaggregat.

Referanser er blitt kontrollert. Den valgte entreprenørs referanser har gjennomgående lengre driftstid. Vi tviler heller ikke på at Utstyrs og Kjøleservice's tilbud er av godt merke, men den kan ikke fremvise samme driftstid som valgt maskin."

- (12) I etterkant av tildeling ble det utvekslet noe korrespondanse mellom klager og innklagede, hvor klager blant annet påklaget tildelingsbeslutningen.
- (13) Innklagede opprettholdt sin tildelingsbeslutning i brev 12. februar 2010. Fra brevet side 3 hitsettes:

"Kapasitet og erfaring

Det anføres at dere fortjener bedre score på kapasitet og erfaring basert på lang fartstid og godt kvalifiserte medarbeidere. De forhold som herunder trekkes frem har vært evaluert under kvalifikasjonsrunden. Leverandørene er funnet kvalifisert i forhold

til total bemanning og firmaets generelle erfaring, og dette vil da ikke få betydning for evaluering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Under dette kriteriet har oppdragsgiver vurdert kapasitet til å gjennomføre dette konkrete oppdrag innen den tidsfrist som er satt, og i forhold til tilbuds fremdriftsplan. Samtlige leverandører har kunnet godtgjøre at de har kapasitet til å gjennomføre oppdraget innen ønsket tid, og har derfor fått samme score på dette kriteriet. I forhold til erfaring er referanseprosjekter som er lagt frem fra tilbyderne vurdert slik at erfaring settes likt. Klagers henvisning til firmaets erfaring hører til under kvalifikasjonsrunden, og har ikke betydning ved tildelingsevalueringen. [...]"

- (14) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 17. februar 2010.
- (15) Klage kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) 13. juli 2010.
- (16) Av e-post 31. januar 2012 fra innklagede fremgikk at nærværende konkurranse inngikk i et prosjekt som bestod av flere deler, herunder automatikk, rørentreprise, bygningsmessige arbeider og elektroarbeid. Videre fremgikk at kalkulert budsjett totalt for prosjektet var på 4,7 millioner kroner.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (17) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å benytte tildelingskriteriet "*Erfaring*", ettersom dette kriteriet ikke er egnet til å identifisere hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Det vises til at kriteriet er benyttet for å etterprøve om leverandøren kan oppfylle kontrakten. Videre vises til at dette er forhold om skulle vært vurdert under kvalifikasjonsvurderingen.

Erstatning

- (18) Det bes om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (19) Innklagede bestrider at tildelingskriteriet "*Erfaring*" er i strid med regelverket, idet det i tilknytning til tildelingskriteriet er vist til: "*Referanser til tilsvarende oppdrag og ihh til oppgavespesifikasjonen*". Det vises videre til at tilbyderne ikke har oppgitt referanser for vurdering i tildelingsevalueringen.
- (20) Innklagede påpeker at selskapet kun har sjekket ut referanser på selve maskinene i tildelingsrunden, noe som egentlig hører hjemme under tildelingskriteriet "*Tekniske forhold*". Videre vises til at for tildelingskriteriet "*Tekniske forhold*", er det bare forskjell i størrelse som har gitt utslag i poengsettingen mellom MTA-maskinen og Carrier-maskinen. Referansene har ikke fått betydning for evalueringen eller poengsettingen i relasjon til erfaringskriteriet, idet alle tilbudene har fått samme score på dette tildelingskriteriet. Innklagede hevder således at den manglende vurderingen av tildelingskriteriet "*Erfaring*" ikke har medført noen forskjell i rangeringen av tilbudene.

Erstatning

- (21) Innklagede bestrider at det foreligger grunnlag for erstatning, dette både i relasjon til positiv og negativ kontraktsinteresse. Subsidiært anføres at eventuelle feil ikke har medført noen forskjell i rangeringen av tilbudene.

Basert på det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder kuldeentrepriise for utskifting av kjølemaskin og er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi må for nærværende konkurranse ses samlet for alle anskaffelsens delarbeider, jf. forskriften § 2-3 (7), verdien var således estimert til 4,7 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens § 2-2 (1).

Ulovlig tildelingskriterium

- (23) Klager har anført at "*Erfaring*" er et ulovlig tildelingskriterium, og at konkurransen således skulle vært avlyst. Det som er aktuelt for klagenemnda å vurdere i denne saken, er om det foreligger et ulovlig tildelingskriterium, enten fordi tildelingskriteriet "*Erfaring*" ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, eller fordi det som skal vurderes under tildelingskriteriet, er en gjentakelse/sammenblanding av forhold som vurderes under kvalifikasjonskravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (24) Klagenemnda tar først stilling til om tildelingskriteriet "*Erfaring*" slik dette i foreliggende sak var angitt, kan anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 13-2 (2). Hva som skal vurderes ved evalueringen av et tildelingskriterium, vil bero på hvordan dets innhold må forstås basert på kriteriets ordlyd, dets dokumentasjonskrav og eventuelle andre relevante opplysninger som oppdragsgiver har angitt om dette i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (25) I klagenemndas avgjørelser i kjølvannet av EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 ("*Lianakis*"), har klagenemnda fastslått at det i enkelte tilfeller kan aksepteres at det konkurreres om tjenestekvalitet knyttet til de personer som konkret er tilbudt til å utføre det aktuelle oppdrag, jf. blant annet sakene 2008/120 og 2009/88. Det er imidlertid ikke aktuelt å åpne opp for at leverandørenes erfaring som sådan benyttes som et tildelingskriterium. Dette er et forhold som etter nemndas oppfatning utelukkende belyser hvorvidt leverandøren er egnet til å oppfylle kontrakten, og skal derfor eventuelt benyttes som et kvalifikasjonskrav.
- (26) I foreliggende sak var det angitt følgende tilføyelse til tildelingskriteriet "*Erfaring*": "*Referanser fra tilsvarende oppdrag og i hh til oppgavespesifikasjonen*". En naturlig språklig forståelse av dette tilsier, etter nemndas oppfatning, at det her er tale om å vurdere leverandørenes erfaring som sådan med tilsvarende oppdrag. Dette følger både

av den direkte henvisning til *"tilsvarende oppdrag"* og av henvisningen til oppgavespesifikasjonen, som i dette tilfellet må forstås som dokumentene betegnet *"35 Kuldeanlegg – væskekjølt væskekjøleaggregat"* og *"56 Automatikk- og SD – anlegg"*. I disse dokumenter var det blant annet angitt en beskrivelse av den aktuelle kuldeentreprise, samt hvilke krav som for denne måtte være oppfylt. Det er derfor naturlig å tolke tildelingskriteriet slik at tilbyderne som sådan måtte ha erfaring med utførelse av en tilsvarende entreprise som her beskrevet.

- (27) Til innklagedes anførsel om at det var erfaringer knyttet til leverandørenes tilbudte maskiner som skulle vurderes, bemerker nemnda at det er det som følger av en naturlig språklig forståelse av tildelingskriteriet som skal vurderes. En slik forståelse tilsier ikke at det var erfaringer tilknyttet de tilbudte maskiner som skulle vurderes. Hvis det var dette innklagede ønsket å vurdere skulle tildelingskriteriet vært formulert på en måte som formidlet dette klart. For øvrig vises det også til at innklagede selv synes å mene at erfaring knyttet til maskinene naturlig faller inn under en vurdering av tildelingskriteriet *"Tekniske forhold"*.
- (28) Siden det etter dette er tale om leverandørens alminnelige erfaring, er tildelingskriteriet *"Erfaring"* i foreliggende sak ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og derfor ulovlig. Innklagede har dermed brutt forskriften § 13-2 (2), ved å benytte *"Erfaring"* som tildelingskriterium. Basert på dette, er det ikke nødvendig for nemnda også å vurdere om tildelingskriteriet er ulovlig ut fra en gjentakelse/sammenblanding av forhold under tildelingskriteriet *"Erfaring"*, og forhold som vurderes under kvalifikasjonskravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner.
- (29) Til innklagedes påstand om at vurderingen av tildelingskriteriet *"Erfaring"* uansett ikke var utslagsgivende, vil nemnda bemerke at å unnlate å vurdere kriteriet ikke er en gyldig måte å reparere foreliggende feil på. Oppdragsgiver har en plikt til å vurdere det som følger av en naturlig språklig forståelse av tildelingskriteriet basert på kriteriets ordlyd, dets dokumentasjonskrav og eventuelle andre relevante opplysninger som oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Avlysningsplikt

- (30) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførselene som er fremsatt, må klagenemnda først ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet *"Erfaring"* som tildelingskriterium i konkurransen, er en feil som innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (31) Spørsmålet om avlysningsplikt er verken direkte regulert i loven eller forskrifter om offentlige anskaffelser.
- (32) Spørsmålet ble imidlertid tatt opp i lagmannsrettens dom LE-2011-50469, avsagt 2. november 2011. Rettens flertall fant at oppdragsgivers bruk av et ulovlig underkriterium til tildelingskriteriet *"Opplæring"*, som var angitt å skulle vektles med 20 prosent, medførte at det forelå avlysningsplikt. Det ble vist til følgende:

"Flertallet slutter seg til vurdering og begrunnelse i tingrettens dom hva gjelder virkningen av at underkriteriet "antallet nøkkelpersoner som stilles til rådighet" er ulovlig. Flertallet kan ikke se at det foreligger nyere rettspraksis eller praksis fra KOFA som gir grunnlag for å fravike prinsippene i Wienströmdommen i saken her."

- (33) I klagenemndas sak 2010/271, avgjort 23. januar 2012, som bygger på sakene 2011/171, 2011/157, 2011/204, 2011/249 og 2011/268, fastslo klagenemnda at det er vilkårene som gjelder for annullasjonsplikt som må legges til grunn som vilkår for plikt til å avlyse en konkurranse. Dette må også gjelde når oppdragsgiver har benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Som det fremgår av klagenemndas saker 2010/271 og 2011/171, er det vurderingstemaet i Førsteinstansdomstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), som er avgjørende. Basert på førsteinstansdomstolens rettssetning i disse avgjørelser, formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61):

"Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."

- (34) Som konstatert over, har innklagede i herværende konkurranse benyttet et ulovlig tildelingskriterium. En anskaffelses tildelingskriterier og bruken av disse er helt sentralt for leverandørene, både i vurderingen av om tilbud skal inngis og ved utformingen av et konkret tilbud. Tildelingskriteriet "*Erfaring*" var videre gitt en vekt på femten prosent, hvilket innebærer at dette klart skal ha betydning i tildelingsevalueringen. Innklagede har plikt til å vurdere alle de angitte kriteriene, verken mer eller mindre, og bruken av et ulovlig tildelingskriterium kan således ikke repareres ved at innklagede for eksempel unnlater å vurdere kriteriet eller vurderer noe annet enn det som følger av en naturlig språklig forståelse av kriteriet, hensett til dets ordlyd, dets dokumentasjonskrav og eventuelle andre relevante opplysninger som oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Basert på dette, må det anses påvist at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, med andre ord avholdt leverandører fra å delta. Innklagede hadde etter dette en plikt til å avlyse konkurransen.

Erstatning

- (35) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning hva gjelder den negative kontraktsinteresse for klager kan være oppfylt.

Klagers øvrige anførsler

- (36) Ut fra det resultat klagenemnda er kommet til, er det ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Norsk rikskringkasting AS ved NRK TSER Drift og vedlikehold har brutt forskriften § 13-2 (2), ved å benytte kriteriet "*Erfaring*" som tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 6. februar 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver