



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse om reparasjoner av moloer i Andenes havn. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-1 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium. Det forelå dermed plikt til å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 10. oktober 2011 i sak 2010/258

Klager: Secora AS

Innklaget: Kystverket Nordland

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Gro Amdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Kystverket Nordland (heretter kalt innklagede) sendte 13. april 2010 ut en veiledende kunngjøring vedrørende reparasjoner av moloer i Andenes havn. Konkurransen ble så kunngjort som en åpen anbudskonkurranse 19. mai 2010. Ved e-post til tilbyderne 5. juli 2010 informerte innklagede om at konkurransen var avlyst som følge av feil ved kvalifikasjonskravene.
- (2) Innklagede kunngjorde på ny en åpen anbudskonkurranse 5. juli 2010 vedrørende reparasjonen av moloene i Andenes havn. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert mellom 20 millioner og 40 millioner kroner. Tilbudsfristen var i punkt IV.3.4) satt til 16. august 2010 klokken 14.00.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "*Konkurransens omfang*" fremkom følgende beskrivelse:

"På vegne av Kystverket Nordland innbys entreprenører med de faglige, tekniske, økonomiske og administrative grunnlag som er nødvendig til å gi tilbud på de arbeider som er anført i tilbudsskjemaet i kapittel 1 vedrørende

MOLOREPARASJONER I ANDENES HAVN – NY UTLYSNING"

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 2.5 fremgikk det følgende "*Krav til entreprenør*":

"I tillegg til utfylt konkurransegrunnlag del I og følgebrev, skal følgende opplysninger vedlegges tilbudet:

- *Firmaattest fra Brønnøysundregisteret*

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

- *Attest for betalte skatter og trygdeavgifter, ikke eldre enn 6 mnd.*
- *Attester for betalt merverdiavgift, ikke eldre enn 6 mnd.*
- *HMS-egenerklæring*
- *Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget. Dette skal også inkludere formenn.*
- *Beskrivelse av metoder og utstyr, maskiner og annen teknisk utrustning som tilbyderer vil disponere over og bruke ved gjennomføringen av kontraktsarbeidet.*
- *Dokumentasjon på entreprenørens kvalitetssystem.*
- *Entreprenørens referanseprosjekter.*

Tilbud som ikke har ovenfornevnte vedlegg vil bli forkastet.

I tillegg skal tilbyder kunne dokumentere følgende forhold, som ikke kreves dokumentert ved innlevering av tilbudet, men kan bli forlangt fremlagt i forbindelse med tilbudsevaluering:

- *Oversikt over firmaets og underentreprenørers økonomi."*

- (5) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 2.8 "Evaluering av innkomne tilbud":

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

- *Pris – Tilbudets pris vektes med 80 %*
- *Entreprenørens kvalifikasjoner dokumentert gjennom vedlegg listet i konkurransegrunnlagets pkt. 2.5 – Kvalifikasjoner vektes med 20 %"*

- (6) Innen tilbudsfristens utløp hadde tre tilbydere levert tilbud, heriblant Secora AS (heretter kalt klager) og Alf Brekken & Sønner AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (7) Innklagede meddelte tilbyderne valg av tilbud ved brev 17. august 2010, og opplyste om at klagefristen var satt til 24. august 2010 klokken 12.00. Følgende gjengis fra meddelelsen:

"Samtlige tilbydere har lagt ved i sine tilbud de vedlegg som det er bedt om i vårt konkurransegrunnlag pkt. 2.5 "Krav til entreprenør".

[...]

Kystverket Nordland har til hensikt å tildele kontrakt til entreprenørfirma Alf Brekken & Sønner AS, 8340 Stamsund, da dette firma har levert det laveste tilbudet, og oppfyller konkurransens krav til det økonomisk mest fordelaktige tilbud."

- (8) Det er opplyst at innklagede og klager hadde et møte 23. august 2010, hvor det ble gitt en nærmere gjennomgang av evalueringen av klagers tilbud. Det er ikke skrevet referat fra møtet.
- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev 24. august 2010, hvorfra følgende hitsettes:

"I utlysningen på Doffin er det under punkt IV.2 – Tildelingskriterier, vist til at pris teller 80 %, mens kvalifikasjoner utgjør 20 %.

Dette er det nærmere orientert om i pkt. 2.8 "Evaluering" i tilbudsokumentene. Her vises det til at kvalifikasjonene opplistet under pkt. 2.5 "Krav til entreprenører" skal vektlegges med 20 %. Dette jf. tilbudsutlysningen.

I møtet som ble avholdt mellom Kystverket og Secora, i forbindelse med anbudsevaluering, ble vi forklart om hvordan prosessen med utvelgelse av entreprenør for nevnte oppdrag er blitt gjennomført. Det ble da brakt på det rene at det ikke er gjennomført en "konkurranse" med bakgrunn i disse kravene, opplistet i pkt. 2.5. Kystverket har evaluert alle tilbydere likt, så lenge de tilfredsstilte minimumskravene til pkt. 2.5 underpunkter.

D.v.s. at de ikke har differensiert mellom tilbyderne med bakgrunn i pkt. 2.5 underpunkter og da i særdeleshet de fire siste punktene.

Secora oppfatter det slik at Kystverket ved tildelingskriterium nr. 2 blander sammen kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsvurderingen i strid med det som følger av lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Flere av kulepunktene i pkt. 2.5 er kvalifikasjonskrav som ikke er knyttet til kontraktens gjenstand, men til generelle forhold hos leverandøren. Dette gjelder f.eks. krav til skatteattest, HMS-attest og firmaattest. Som tildelingskriterier kan bare benyttes kriterier som er egnet til å identifisere egenskaper ved den etterspurte ytelsen og har økonomisk betydning for oppdragsgiver. Flere av kriteriene i pkt. 2.5 skulle i så måte heller vært stilt som kvalifikasjonskriterier, som eventuelt skulle ledet til avvisning dersom noen av leverandørene ikke oppfylte disse. Som tildelingskriterier er disse i strid med anskaffelsesreglene. Under enhver omstendighet, selv om et forhold kan benyttes både som kvalifikasjonskriterium og tildelingskriterium er det ikke anledning til å vurdere samme forhold både ved kvalifiseringen og ved tildelingen."

- (10) Klager etterspurte tilbakemelding fra innklagede to ganger. Innklagede opprettholdt tildelingsbeslutningen ved brev datert 27. august 2010. Brevet var vedlagt e-post til klager 31. august 2010. Følgende gjengis:

"I møte i Kystverkets lokaler i Kabelvåg den 23. august 2010 gjorde vi rede for hvordan vi hadde vurdert de innkomne tilbud, og at når det gjaldt punkt 2.5 i konkurransegrunnlaget "Krav til entreprenøren", hadde vurdert de tre som konkurrerte om oppdraget som likeverdige. Tilbydernes presentasjoner av oppgitt bemanning for oppdraget, valg av metoder og utstyr og presentasjoner av sitt kvalitetssikringssystem og oversikt over referanseprosjekter er etter vår oppfatning likeverdig for de tre tilbyderne som konkurrerer om oppdraget. Når det gjelder de obligatoriske og ufravikelige krav til attester for betalte skatter og avgifter og HMS-egenerklæring, har vi foretatt en gyldighetskontroll, det samme gjelder for vårt krav til firmaattest."

- (11) Ved klagers e-post 31. august 2010 ble innklagede bedt om å avvente kontraktsinngåelse inntil Klagenemnda for offentlige anskaffelser hadde behandlet saken.
- (12) I e-post 31. august 2010 informerte innklagede om at kontrakt var undertegnet samme dato.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. september 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at tildelingskriteriet *"Entreprenørens kvalifikasjoner dokumentert gjennom vedlegg listet i konkurransegrunnlagets pkt. 2.5"* er et ulovlig tildelingskriterium, og at konkurransen skulle vært avlyst idet det ble klart at tildelingskriteriet var ulovlig. Det vises til følgende to grunnlag:
- (15) Klager anfører prinsipalt at innklagede har brutt regelverket ved å anvende kvalifikasjonskriterier som tildelingskriterium. Det vises til at tildelingskriteriet *"Entreprenørens kvalifikasjoner dokumentert gjennom vedlegg listet i konkurransegrunnlagets pkt. 2.5"* er relatert til tilbydernes generelle forhold, og ikke til den konkrete ytelsen anskaffelsen gjelder. Tildelingskriteriet er derved ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i konkurransen. Selv om klagenemnda har lagt til grunn at *"Lianakis"*-dommen ikke nødvendigvis stenger for å benytte tildelingskriterier som er knyttet til kvalifikasjoner hos tilbudt personell, kan ikke klager se at dette er relevant for konkurransen om moloreparasjoner ved Andenes havn. Det følger av klagenemndas praksis at tilbudt personells kvalifikasjoner bare kan benyttes som del av tildelingsevalueringen der dette har betydning for den konkrete gjennomføringen av kontrakten og derved kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I følge klager vil ikke kvaliteten på kontraktsoppfyllelsen i foreliggende konkurranse være knyttet til de personer som inngår i tilbudet, men derimot til forhold vedrørende leverandøren som sådan. De enkelte underkriterier i konkurransegrunnlaget punkt 2.5, som tildelingskriteriet viser til, er heller ikke egnet til å belyse forhold hos tilbudt personell som har betydning for kvaliteten på gjennomføringen av oppdraget. Under enhver omstendighet er det ikke adgang til å benytte krav til skatteattest, soliditet, HMS mv. som tildelingskriterier.
- (16) Klager anfører subsidiært at innklagede har brutt regelverket ved å vektlegge samme forhold ved kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen. Dersom klagenemnda skulle komme til at tildelingskriteriet er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, har innklagede uansett brutt regelverket ved ikke å foreta det påkrevde skillet mellom kvalifikasjons- og tildelingsevalueringen, men isteden evaluere kravene knyttet til leverandørens kvalifikasjoner to ganger. Det følger av sikker praksis at oppdragsgiver ikke kan vurdere samme forhold både ved kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.
- (17) Bruken av et ulovlig tildelingskriterium kan ikke repareres på annen måte enn ved å avlyse konkurransen og kunngjøre den på nytt med kriterier som tilfredsstillende regelverkets krav. Innklagede skulle derfor avlyst konkurransen idet det ble klart at tildelingskriteriet var ulovlig.

- (18) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. lov om offentlige anskaffelser § 10.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede bestrider at tildelingskriteriet "*Entreprenørens kvalifikasjoner dokumentert gjennom vedlegg listet i konkurransegrunnlagets pkt. 2.5*" er ulovlig. Det vises til at innklagede har sterkt fokus på at det personell som er satt til utførelse av oppdrag med innklagede skal ha den nødvendige kompetanse og riktig utstyr for gjennomføring av prosjektene. Ved tidligere konkurranser har innklagede erfart at entreprenøren ikke alltid har hatt tilstrekkelig fokus på slike forhold. Dette har igjen medført forsinkelser og unødige kostnader. At utøvende entreprenør har kvalifisert personell tilgjengelig i prosjektet er et av ansvarene innklagede som byggherre har å sørge for er på plass. Kun ved å få kjennskap til tilbyders organisasjon, bemanning og bemanningens kompetanse kan innklagede foreta denne vurderingen. Innklagede har ikke vurdert skatteattester og HMS-egenerklæringens "godhet" i vurderingen av tilbyderne i denne konkurransen. Innklagede viser videre til at det kun er mulig å vurdere et tilbuds "godhet" ut fra en vurdering av tilbudt personells kvalifikasjoner. Innklagedes vurdering av de tilbudte entreprenørers kvalifikasjoner er gjort på selvstendig grunnlag, etter beste skjønn, og etter innklagedes kjennskap til entreprenørene fra tidligere utførte oppdrag for innklagede. Innklagede har kun evaluert måten tilbyderne har presentert seg på med den respektive deltakerens presentasjon av organisasjon, nøkkelpersoner, KS-system og referanseprosjekter. Tildeling av kontrakt har skjedd i samsvar med konkurransegrunnlaget.
- (20) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder reparasjoner av moloer som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til mellom 20 millioner og 40 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig tildelingskriterium

- (22) Klager har anført at innklagede, ved å benytte kriteriet "*Entreprenørens kvalifikasjoner dokumentert gjennom vedlegg listet i konkurransegrunnlagets pkt. 2.5*", har anvendt et ulovlig tildelingskriterium, og at konkurransen på dette grunnlag skulle vært avlyst. Det er vist til at kriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i konkurransen, og at det er de samme forhold som er vurdert under kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen.
- (23) Av forskriften § 13-2 fremgår det at oppdragsgiver, når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal benytte kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dette er også fastslått av klagenemnda i en rekke saker, jf. blant

annet sakene 2009/80 premiss (31) og 2009/285 premiss (24). Av forskriften § 11-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører ikke kan gjentas som tildelingskriterier, noe som også er lagt til grunn i klagenemndas saker 2010/5 premiss (19) og 2010/69 premiss (16).

- (24) EU-domstolen vurderte ex officio sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 "*Lianakis*". Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kan benytte tilbyderens erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen er at dette er forhold som angår leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. premissene (25) til (32).
- (25) Klagenemnda har behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, se for eksempel sakene 2009/46 og 2009/182. Det er her lagt til grunn at "*Lianakis*"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, såfremt erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte generelle kvalifikasjoner i vurderingen av den tilbudte tjenestens kvalitet, og derved er egnet til å skille ut det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda har 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 leverandørens kvalifikasjoner, jf. sakene 2010/5 premiss (21) og 2010/100 premiss (35).
- (26) I konkurransegrunnlaget punkt 2.8 var det angitt følgende tildelingskriterium, som klagenemnda i det følgende må vurdere lovligheten av:

"Entreprenørens kvalifikasjoner dokumentert gjennom vedlegg listet i konkurransegrunnlagets pkt.2.5 – Kvalifikasjoner vektes med 20 %"

- (27) I konkurransegrunnlaget punkt 2.5 "*Krav til entreprenør*" var det angitt krav om dokumentasjon som skulle vedlegges tilbudene, jf. premiss (4).
- (28) Det aktuelle tildelingskriteriet viser direkte til den dokumentasjon som skulle vurderes under "*krav til entreprenørene*", altså i kvalifikasjonsvurderingen. Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter er sammenfallende med vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at tildelingskriteriet ikke kan anses lovlig.
- (29) Idet bruk av det aktuelle ulovlige tildelingskriterium er en feil som ikke kunne vært rettet på annen måte enn ved ny kunngjøring av konkurransen, forelå det en plikt for innklagede til å avlyse denne, jf. EU-domstolens sak C-448/01 ("*Wienstrom*") og klagenemndas praksis, se for eksempel sakene 2010/131 og 2010/108.

Erstatning

- (30) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning av den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt, ettersom innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium.
- (31) Ut fra det resultat klagenemnda er kommet til er det ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Kystverket Nordland har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte *"Entreprenørens kvalifikasjoner dokumentert gjennom vedlegg listet i konkurransegrunnlagets pkt. 2.5 – Kvalifikasjoner vektes med 20 %"* som et tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Bergen, 10. oktober 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver