



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende tre entrepriser for rehabilitering av et renseanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-1 ved å benytte tildelingskriteriet "Referanser". Klagenemnda konstaterte også plikt for innklagede til å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 27. februar 2012 i sak 2010/357

Klager: Krüger Kaldnes AS

Innklaget: Lunner kommune

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

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Lunner kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. mai 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rehabiliteringsarbeider på et renseanlegg. I tilbudsinnbydelsen var det opplyst at konkurransen gjaldt entreprisene M1, M2 og M3, som var tre av fem entrepriser som skulle utføres på anlegget.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var det angitt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørene:

"Krav	Hvordan dette skal dokumenteres fra tilbyder
<i>Foretaket skal være lovlig registrert og ha sentral godkjenning innen relevante fagområder</i>	• <i>Firmaattest</i> • <i>Attester for registrering i faglig register som bestemt ved lovgivning i det land hvor leverandør er etablert</i> • <i>Dokumentasjon på sentral godkjenning iht. PBL</i>
<i>Foretaket skal ha tilstrekkelig kapasitet og kompetanse til å påta seg dette oppdraget</i>	• <i>Oversikt over bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget</i> • <i>Redegjørelse for foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem</i> • <i>Oversikt over referanseprosjekter utført i foretakets egen regi med tilsvarende kompleksitet og størrelse de siste 3 år</i>
<i>Foretaket skal ha god</i>	• <i>Fremleggelse av foretakets siste årsregnskap eller utdrag</i>

soliditet	<i>fra dette</i> • Erklæring om foretakets omsetning de siste 3 årene med relevans til denne kontrakten
Foretaket skal ha betalt sine skatter og avgifter	• Skatteattest for merverdiavgift (ikke eldre enn 6 mnd regnet fra tilbudsfristen) • Skatteattest for skatt (ikke eldre enn 6 mnd regnet fra tilbudsfristen)
Foretaket skal dokumentere at de har et internkontrollsystem som ivaretar helse, miljø og sikkerhet (HMS)	• Fremleggelse av egenerklæring om HMS • Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy

- (3) Tildelingskriteriene fremgikk i konkurransegrunnlaget punkt 4.3:

"Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Kriterier og vekting som vil bli lagt til grunn er:

- Tilbudte produkter og materialkvalitet 15 %
- Referanser 10 %
- Pris 65 %
- Gjennomføringstid 10 %"

- (4) Fra konkurransegrunnlaget punkt 6.2.9.5 som omhandlet entreprisen M1 hitsettes:

"6.2.9.5 Mengde-/TS-måler

Tegningsindeks: 34 TAG FOR:VT1/LS1

Post	Spesifikasjon	Enhet	Ant.	Å-pris	SUM
50	Det skal leveres en måler av type CORIOLIS som måler både mengde og TS. Det ønskes primært tilbud på måler av fabr. KROHNE, men det kan gis pris på andre fabrikater. Dette skal tydelig fremgå av tilbudet. <u>Referanser på tilbudt utstyr skal vedlegges tilbudet.</u> Kapasitet relatert til slampumpe.				
	Levering	Stk.	1		
	Montering			RS"	

- (5) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 25. august 2010 kl. 13.00. Blant leverandørene som leverte tilbud innen fristen var Krüger Kaldnes AS (heretter kalt klager) og Biowater Technology AS (heretter kalt valgte leverandør). Innklagede informerte tilbyderne om valg av leverandør ved notat datert 11. oktober 2010.

- (6) Klager påklaget evalueringen ved brev datert 20. oktober 2010. I brevet ble det blant annet anført at innklagede hadde brutt regelverket ved å ikke angi kvalifikasjonskravene i kunngjøringen og ved å legge vekt på referanser og kvalitetssikringssystem både ved vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner og ved evalueringen av tildelingskriteriene.
- (7) Innklagede avslo klagen ved brev 1. november 2010. Samme dag signerte innklagede kontrakt med valgte leverandør.
- (8) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 15. desember 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte sammenfallende kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Det vises til at det fremgikk av konkurransegrunnlaget at tilbydernes referanser ville bli vektlagt både ved vurderingen av om tilbyderne oppfylte kvalifikasjonskravene og ved tildelingsevalueringen. Klager kan ikke se at tildelingskriteriet "*Referanser*" viser til produktreferanser, slik innklagede anfører. I anskaffelsesrettslig sammenheng vil ordet referanser som den klare hovedregel henseile på tilbakemeldinger vedrørende leverandørenes tidligere utførelse av tilsvarende oppdrag. Det fremgår klart av evalueringsrapporten at innklagede ved evalueringen av "*Referanser*" har lagt vekt på firmareferanser. Uansett går det ikke klart frem av konkurransegrunnlaget om det er firmareferanser, personreferanser, produktreferanser eller referanseanlegg som skal vurderes under tildelingskriteriet "*Referanser*". Dette er i strid med klarhetskravet.
- (10) Som følge av at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, skulle konkurransen vært avlyst.

Innklagedes anførsler:

- (11) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Som dokumentasjon for at tilbyderne oppfylte kravene til kompetanse og kapasitet skulle det leveres organisasjonsplan med navn og CV for nøkkelpersonell, redegjørelse for kvalitetssikrings- og kvalitetsstyringssystem, og en oversikt over referanseprosjekter av tilsvarende kompleksitet og størrelse de siste tre år. I konkurransegrunnlaget punkt 4.3 er det opplyst at et av tildelingskriteriene i konkurransen er "*Referanser*", og at dette kriteriet er vektet med 10 %. Formålet med dette kriteriet er ikke å vurdere tilbyderens evne til å gjennomføre kontrakten, men å vurdere kvaliteten på de tilbudte løsninger. Det som etterspørres er derfor produktreferanser. Dette er noe annet enn firmareferanser. Av opprinnelig evalueringsrapport fremgår det også at det er slik kriteriet i hovedsak er benyttet. For at det ikke skulle være tvil om at evalueringen av tildelingskriteriet kun var basert på de oppgitte produktreferansene, ble det også foretatt en ny gjennomgang av tilbudene.

På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider på kloakk- og slambehandlingsanlegg, med CPV-koder 45232421 og 45232422. Anskaffelsens anslåtte verdi er ikke oppgitt i konkurransedokumentene. Konkurransen er kunngjort som en nasjonal kunngjøring av konkurranse, og det er opplyst i kunngjøringen punkt II.1.5 at anskaffelsen, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser, følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens §§ 2-1 (2) og 2-2. Klagenemnda legger dette til grunn.

Ulovlig tildelingskriterium

- (13) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å benytte sammenfallende kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Anførselen er begrunnet med at det fremgår av konkurransegrunnlaget at tilbydernes referanser ville bli vektlagt både ved evalueringen av tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner og ved tildelingsevalueringen.
- (14) 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 krav 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).
- (15) 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 tilbydernes 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).
- (16) Etter "*Lianakis*"-dommen har klagenemnda behandlet flere saker hvor problemstillingen har vært om et tildelingskriterium har vært ulovlig fordi vurderingen som skulle foretas etter tildelingskriteriet var sammenfallende med, eller en gjentakelse av, den vurderingen som skulle foretas av leverandørenes kvalifikasjoner. Det vil si at det var samme forhold som skulle vurderes under både tildelingsevalueringen og kvalifikasjonsvurderingen. Nemnda har lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter verken er sammenfallende med eller en gjentakelse av vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, jf. blant annet sakene 2009/132, 2010/100 premiss (35).
- (17) Foreliggende sak gjelder en anskaffelse som følger forskriften del II.. Ettersom det i forskriften del II er stilt opp like regler om kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som i forskriften del III, må imidlertid reglene i del II som utgangspunkt forstås på samme måte som reglene i forskriften del III, jf. klagenemndas sak 2011/118.
- (18) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 har innklagede stilt krav om at "*[f]oretaket skal ha tilstrekkelig kapasitet og kompetanse til å påta seg dette oppdraget*". Dette skulle dokumenteres med organisasjonsplan for oppdraget med navn og CV for

nøkkelpersoner, redegjørelse for kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem og oversikt over referanseprosjekter utført i selskapets egen regi de siste tre årene, med tilsvarende kompleksitet og størrelse som oppdraget konkurransen gjaldt.

- (19) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.3. Her fremgikk at innklagede ved vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, blant annet ville legge vekt på tildelingskriteriet "*Referanser*" som skulle vektas med 10 %.
- (20) Innklagede har anført at det var produktreferanser, og ikke tilbydernes referanseprosjekter som skulle vurderes under tildelingskriteriet "*Referanser*", og at vurderingen dermed ikke var sammenfallende med vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner. Det avgjørende er om dette kommer tilstrekkelig klart frem i konkurransegrunnlaget.
- (21) Det kan ikke leses ut fra tildelingskriteriet "*Referanser*" alene hvilken type referanser som vil bli vektlagt ved evalueringen. Innklagede har heller ikke gitt utdypende informasjon i konkurransegrunnlaget om hvilke forhold som vil bli vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriene. Det er således heller ikke opplyst hvilke referanser som ville bli vektlagt ved evalueringen. En gjennomgang av konkurransegrunnlaget viser at innklagede, etter det klagenemnda kan se, kun for mengde-/TS-måler som skulle leveres under entreprisen M1 har bedt om at det leveres referanser for tilbudt utstyr. Dette til tross for at konkurransen, og tildelingskriteriet "*Referanser*", gjaldt alle de tre entreprisene M1, M2 og M3. Klagenemnda viser i denne sammenheng til at det fremgår av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgiver ved evalueringen av tildelingskriteriene ikke kan legge vekt på andre forhold enn de som er etterspurt i konkurransegrunnlaget, jf. for eksempel klagenemndas sak 2009/275 premiss (34). Nemnda kan etter dette ikke se at det fremgår tydelig av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tildelingskriteriet "*Referanser*" ikke var sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kompetanse og kapasitet. Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte tildelingskriteriet "*Referanser*".

Avlysning

- (22) 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 "*Referanser*" som tildelingskriterium i konkurransen, er en feil som innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (23) Basert på førsteinstansdomstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), 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."

- (24) Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Et tildelingskriterium vil regelmessig ha stor betydning for

tilbyderne, både ved spørsmålet om de overhodet skal delta i konkurransen og ved utformingen av tilbudet. Betydningen vil kunne variere med den vekt det aktuelle tildelingskriterium er gitt ved evalueringen. Som utgangspunkt bør det likevel legges til grunn at ethvert ulovlig tildelingskriterium kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. Har oppdragsgiver benyttet et slikt kriterium, vil dette forhold derfor normalt utløse en plikt til å avlyse konkurransen. Den foreliggende saken representerer i så måte intet unntak fra denne hovedregel.

- (25) På grunn av det resultat klagenemnda har kommet til, blir klagers øvrige anførsler ikke behandlet.

Konklusjon:

Lunner kommune har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte "Referanser" som tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

Bergen, 27. februar 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger