



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse for anskaffelse av arbeider tilknyttet et vannrenseanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-1 ved at det i konkurransegrunnlaget ikke fremgikk tilstrekkelig klart at det var et annet forhold som skulle vurderes under tildelingskriteriet "Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter" enn det som skulle vurderes under leverandørens kvalifikasjoner. Innklagede hadde dermed benyttet et ulovlig tildelingskriterium og pliktet å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble av denne grunn ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 19. juli 2010 i sak 2010/5

Klager: Norvald Jørgensen AS

Innklaget: Berg kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Berg kommune, heretter kalt innklagede, kunngjorde 2. september 2009 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av et nytt vannrenseanlegg i Bergsbotn. Anskaffelsen var delt i tre deler; del 1 var vannrenseanlegg i Bergsbotn, del 2 var sjøledning fra Bergsbotn til Skaland og del 3 var vannledning i grøft på land på Skaland. I anskaffelsesprosessen ble innklagede bistått av E. Grann-Meyer, Consulting & Development.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 stod det imidlertid at anskaffelsen var en åpen anbudskonkurranse. Det stod også at forskrift om offentlig anskaffelse del III ville bli fulgt.
- (3) I kunngjøringen punkt IV.2 var tildelingskriteriene oppgitt slik:

<i>"1 Laveste pris</i>	<i>60 %</i>
<i>2 Produktdokumentasjon</i>	<i>20 %</i>
<i>3 Erfaring, referanser</i>	<i>10 %</i>
<i>4 Byggetid</i>	<i>10 %"</i>
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 var dette endret til:

"1.5 Kriterier for tildeling av kontrakt

Tildeling vil skje på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige for byggherren, Berg kommune. Følgende kriterier vil bli lagt til grunn ved tildelingen:

- *Pris, vektall 60 %*

- *Leverandørens arbeidsopplegg / kvalitetssikringssystem / levering av produktdokumentasjon. Vekttall 20 %*
- *Fremdrift og byggetid. Vekttall 20 %*
- *Kompetanse og erfaring til utførende personell.*
- *Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter. 3 års erfaring/referanse skal dokumenteres. Vekttall for de to siste punkter = 10 %.*

Nevnte kriterier er oppsatt i prioritert rekkefølge, men byggherren står fritt til å endre prioriteringen på basis av det enkelte anbud.”

- (5) Tildelingskriteriene var utdypet i konkurransegrunnlaget punkt 7.17:

”7.17 Kriterier for tildeling av kontrakt

Se bestemmelser i kapittel 1.5 side 6.

Mer utfyllende enn det som er anført under kapittel 1.5, vil Berg kommune legge vekt på følgende, mht. kriterier for tildeling:

- *Gjennomføringsevnen, dvs anbyderens evne til å gjennomføre utbyggingen i forhold til de krav som følger av denne forespørsel, herunder hvilke ressurser, som settes av til gjennomføring av prosjektet.*
- *Anbyders arbeidsopplegg som sikrer Berg kommune best mulig kontroll med kvaliteten på arbeider og materiell, samt fremdriften av kontraktsarbeidet.*
- *Anbyders opplegg for å sikre full produktdokumentasjon iht. Melding HO-3/2006.*
- *Referanser fra tidligere prosjekter.*

Hvis dokumentasjon på de fire punktene ovenfor ikke er tilfredsstillende levert sammen med Anbudet for øvrig, vil Berg kommune avvise anbudet.”

- (6) Kvalifikasjonskravene var inntatt i konkurransegrunnlaget punkt 7.6:

”7.6 Krav til anbyderes dokumentasjon

Anbyder skal fremlegge fullstendig og tilfredsstillende dokumentasjon på de punkter som er listet opp nedenfor. Dokumentasjonen forutsettes fremlagt som bilag til anbudet. Ved utilstrekkelig dokumentasjon, vil anbudet bli avvist.

- *Attest for registrering i Foretaksregisteret.*
- *Forsikringsattest, iht. krav fastsatt i NS 8405.*
- *Skatteattest for merverdiavgift.*
- *Skatteattest for skatt.*
- *Liste med relevante/viktige oppdrag de siste årene, listet opp med kundenavn, kontaktperson, telefonnummer og oppdragets art, omfang og verdi (Referanser). Periode: Fem år.*
- *Oversikt over akademiske og andre kvalifikasjoner som anbyder og/eller anbyders leder har.*
- *Dokumentasjon av sentral godkjenning, jfr. punkt 7.4.*
- *Dokumentasjon av IK-system.*

- *HMS plan/system for arbeidene som beskrives, skal være en del av anbudet.*
- *Leverandøren skal som vedlegg til anbudet fremlegge egenerklæring om at Lovbestemte krav i Norge innen HMS, oppfylles. Se Innkjøpsforskriften § 12-10. Unnlattelse av levering vil føre til avvisning av anbudet. Innkjøpsforskriften § 15-12 (1) c.*
- *Firmapresentasjon med eierforhold, skal fremgå i vedlegg til anbudet.*

Det vises til detaljerte bestemmelser i "Forskrift om offentlige anskaffelser", bl.a. kap. 12, § 12-5, § 12-9 og § 12-10."

- (7) Innen tilbudsfristen 24. september 2009 mottok innklagede i alt fem tilbud, deriblant fra Norvald Jørgensen AS, heretter kalt klager. Tilbudsprisene på de tre delene varierte fra noe over to millioner til litt over åtte millioner kroner.
- (8) I innklagedes meddelelsesbrev 10. desember 2009 fremgår det at kontrakt for anskaffelsen del 1 og 3 tildeles Nordhaug Maskin AS og del 2 til Finnsnes Dykk & Anleggsservice AS.
- (9) Klager påklaget i brev 18. desember 2009 gjennomføringen av konkurransen og innklagedes konsulent svarte i brev 22. desember 2009. Brevet omhandler stort sett andre forhold enn de som er tatt opp i klagen. Det fremgår ikke hvorvidt klagen avslås. Imidlertid står det at klager ikke ble godkjent, men dette er ikke nærmere forklart i brevet.
- (10) Ifølge innklagedes prosesskriv til klagenemnda, er det bare inngått kontrakt for del 1 av anskaffelsen. Del 2 og 3 synes å være avlyst.
- (11) Klager brakte saken inn for klagenemnda 13. januar 2010.
- (12) I tilsvaret til klagenemnda fremgår det at innklagede har avvist klager fra konkurransen. Dette er ikke tidligere meddelt klager.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte ulovlige tildelingskriterier. Tildelingskriteriene "*kompetanse og erfaring til utførende personell*" og "*Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter*" er tidligere benyttet som kvalifikasjonskrav i den samme konkurransen. Det følger av både rettspresis fra EU-domstolen og klagenemndas tidligere praksis, at kriterier som er benyttet i kvalifikasjonsvurderingen ikke kan brukes i tildelingsevalueringen.
- (14) Klager har fremsatt en rekke andre anførsler om feil som er begått i denne konkurransen, men på bakgrunn av det resultatet klagenemnda kommer til nedenfor, redegjøres det ikke for disse.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider at regelverket er brutt. Anskaffelsesregelverket følges, men innklagede tillater seg å legge mer vekt på kravspesifikasjonene og tildelingskriteriene i relasjon til det konkrete tilbudet, siden de er en del av samme forskrift.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser.
- (17) Det er i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 angitt at anskaffelsesforskriftens del III gjelder. Innklagedes øvrige henvisninger i konkurransegrunnlaget til forskriftens bestemmelser samsvarer ikke med dagen forskrift del III. Det virker som innklagede har lagt til grunn forskrift 15. juni 2001 nr 616 om offentlige anskaffelser, som er opphevet og avløst av dagens forskrift. Den forrige forskriftens del III tilsvarer dagens forskrift del II. På bakgrunn av dette og i lys av de innkomne tilbudsprisene, legger klagenemnda til grunn at dagens forskrift del II regulerer den foreliggende anskaffelsen.
- (18) Klager anfører at innklagede har benyttet ulovlige tildelingskriterier.
- (19) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 var det opplyst at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag 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. Av forskriften § 11-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, eksempelvis sak 2008/92 premiss (90) om den likelydende § 20-1.
- (20) EU-domstolen tok opp spørsmålet om sondringen 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).
- (21) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker om lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at "*Lianakis*"-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 dette kan ha betydning for hva som er økonomisk mest fordelaktig, jf. nemndas saker 2008/120 premissene (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).
- (22) Spørsmålet blir således om det fremgår tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tildelingskriteriet "*Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter*" ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.

- (23) Det fremgår ingen eksplisitte kvalifikasjonskrav av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. I tidligere klagenemndspraksis er det forutsatt at kvalifikasjonskrav kan innfortolkes på bakgrunn av dokumentasjonskravene, jf. sakene 2009/140 premiss (23) og 2008/98 premiss (72) som siterer følgende fra sak 2004/238 premiss (28):

”Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene fremgår underforstått av kravene til dokumentasjon. Dersom oppdragsgiver har bedt om dokumentasjon på et forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, innebærer dette at oppdragsgiver skal vurdere om leverandørens kvalifikasjoner oppfyller det nødvendige minstekrav. I motsatt fall ville det ikke hatt noen hensikt å be om slik dokumentasjon.”

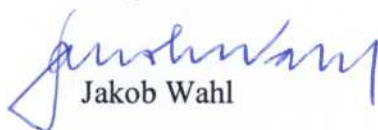
- (24) Dokumentasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 7.6. Det femte underpunktet var *”Liste med relevante/viktige oppdrag de siste årene [...] (Referanser). Periode: fem år”*. Etter klagenemndas oppfatning må dette forstås som krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner og gjennomføringsevne. Kravene knytter seg til tilbydernes erfaring og kompetanse som bedrift til å utføre det kunngjorte oppdraget på bakgrunn av tidligere prestasjoner.
- (25) Tildelingskriteriene var inntatt i konkurransegrunnlaget punkt 1.5. Ett av dem var *”Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter”*. Tildelingskriteriene var samlet utdypet i punkt 7.17, hvor det fremgikk at tilbydernes gjennomføringsevne og *”Referanser fra tidligere prosjekter”* ville bli vektlagt. Dette synes også å relatere seg til tilbydernes erfaring og kompetanse som bedrift basert på tidligere fullførte leveranser.
- (26) I kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen er det dermed en overlapping hva gjelder vurderingen av tilbydernes erfaring, og tildelingskriteriet *”Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter”* fremstår etter klagenemndas oppfatning som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner.
- (27) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf forutsetningen i forskriften § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium 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 tidligere praksis. Det tas derfor ikke stilling til klagers øvrige anførsler.
- (28) Det synes som om det er begått en rekke andre feil ved gjennomføringen av konkurransen, men klagenemnda finner ikke grunn til å behandle og ta stilling til klagers øvrige anførsler, fordi konkurransen uansett skulle vært avlyst for å få rettet opp feilen ved bruk av et ulovlig tildelingskriterium.

Konklusjon:

Berg kommune har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte *”Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter”* som tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,
19. juli 2010


Jakob Wahl