



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av anleggsarbeid i forbindelse med opparbeiding av tomt for jazz- og teaterhus i Molde sentrum. 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 tildelingskriteriene "referanse" og "anleggsledelse" enn det som skulle vurderes under leverandørens kvalifikasjoner. Innklagede hadde dermed benyttet ulovlige tildelingskriterier og plikten å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble av denne grunn ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 19. juli 2010 i sak 2010/69

Klager: Vasto Anlegg AS

Innklaget: Molde kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Molde kommune, heretter kalt innklagede, kunngjorde 25. november 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av anleggsarbeider i forbindelse med opparbeidelse av tomt for nytt jazz- og teaterhus i Molde sentrum.
- (2) I innklagedes prosesskriv til klagenemnda fremkommer det at anslått anskaffelsesverdi var under 20 millioner kroner.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 0.47 stod det:

"DOKUMENTASJONSKRAV"

Følgende dokumentasjonskrav stilles til tilbydernes 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*
- 3. Foretakets viktigste leveranser de tre siste årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker*
- 4. Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy*
- 5. Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem / kvalitetsstyringssystem*
- 6. Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelsen av denne kontrakten."*

- (4) Under punkt 0.5 i konkurransegrunnlaget stod det:

"B. KONKURRANSEGRUNNLAGET"

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

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

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

[...]

Tildelingskriterier

Tildeling av kontrakt vil skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Ved evaluering av innkomne tilbud vil følgende kriterier bli lagt til grunn for valg av entreprenør:

Pris/vederlag, fremdrift/byggetid, referanser, anleggsledelse”.

- (5) Innen tilbudsfristen 22. desember 2009 mottok innklagede fem tilbud, deriblant fra Vasto Anlegg AS, heretter kalt klager, og Romsdal Anlegg AS, heretter kalt valgte leverandør.
- (6) I innklagedes meddelelsesbrev 16. februar 2010 fremkom det at valgte leverandør ville bli tildelt kontrakten og at klager var rangert som nummer to. Om tildelingskriteriet referanser og anleggsledelse stod det: *”Entreprenørene er vurdert ut fra referanser og kompetanse i ht. dokumentasjon vedlagt tilbudet.”*
- (7) Klager påklaget avgjørelsen i brev 23. februar 2010. Innklagede meddelte i brev 26. februar 2010 at klagen ikke ble tatt til følge.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. mars 2010.
- (9) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 12. april 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Ved siden av å påpeke andre feil, mener klager at innklagede har brutt regelverket ved å benytte referanser og anleggsledelse som tildelingskriterier. Tildelingskriteriene har ikke tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden og er således ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf § 13-2. Selv om det ikke er oppstilt konkrete kvalifikasjonskrav, må disse tolkes inn i dokumentasjonskravene. Flere av disse kvalifikasjonskravene samsvarer med tildelingskriteriene. Dermed er tildelingskriteriene *”referanser”* og *”anleggsledelse”* benyttet både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium. Dette er i strid med rettspraksis fra EU-domstolen.
- (11) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det ikke for klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede bestrider at regelverket er brutt. Oppdraget er ikke en alminnelig utførelsesentreprise, men en komplisert entreprise som innebærer riving av bygninger og forstøtningsmurer, omfattende sprutningsarbeider, uttak av forurensede masser i grunnen samt bortkjøring av omtrent 20 000 m³ løsmasse fra en tomt midt i Molde by. Det er ikke brukt samme kriterier i vurdering av kvalifikasjonskrav som i evaluering av tilbudene. Utvelgelse av tilbydere skjedde på bakgrunn av tekniske, økonomiske og

administrative kvalifikasjoner. Tildelingskriteriet "*referanser/anleggsledelse*" ble derfor ikke benyttet i kvalifikasjonsvurderingen.

- (13) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda er kommet til nedenfor, redegjøres det ikke for innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (14) 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 følger etter sin verdi lov 16. juli 1999 nr 41 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser del I og II.

Ulovlig tildelingskriterium

- (15) Klager anfører at tildelingskriteriet "*referanser*" er ulovlig, noe innklagede bestrider.
- (16) I konkurransegrunnlaget punkt 0.5 B 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, jf. eksempelvis sak 2008/92 premiss (90) om den likelydende § 20-1.
- (17) 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 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).
- (18) 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).
- (19) Spørsmålet blir således om det fremgår tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tildelingskriteriet "*referanser*" ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.
- (20) 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 leverandørenes kvalifikasjoner, innebærer dette at oppdragsgiver skal vurdere om leverandørenes kvalifikasjoner oppfyller det nødvendige minstekrav. I motsatt fall ville det ikke hatt noen hensikt å be om slik dokumentasjon."

- (21) Dokumentasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 0.47. Det tredje underpunktet var *"Foretakets viktigste leveranser de tre siste årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker"*. Etter klagenemndas oppfatning må de opplistede dokumentasjonskravene samlet sett forstås som krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder krav om gjennomføringsevne basert på tidligere gjennomførte oppdrag.
- (22) Tildelingskriteriene var inntatt i konkurransegrunnlaget punkt 0.5. Det var ikke utdypet hva som skulle vurderes under tildelingskriteriet *"referanser"*. Den normale ordlydsforståelsen henspiller på leverandørenes tidligere relevante prestasjoner som kan bekreftes eller dokumenteres av tredjepersoner.
- (23) At det i kvalifikasjonsvurderingen skal hensyntas tilbydernes *"viktigste leveranser de tre siste årene"*, forstår nemnda slik at tilbydernes erfaring og kompetanse som bedrift til å utføre det kunngjorte oppdraget skal vurderes. Når det i tilbudsevalueringen er angitt *"referanser"* som tildelingskriterium, er det således en innholdsmessig overlapping i vurderingene. Underkriteriet *"referanser"* fremstår dermed etter klagenemndas oppfatning som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner.
- (24) Innklagede har fremholdt at tildelingskriteriet *"referanser"* ikke ble benyttet i tildelingsevalueringen. Klagenemnda bemerker at det ikke er anledning til å evaluere tilbudene på annen måte enn det som fremkommer av konkurransegrunnlaget, jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3). Innklagedes anførsel virker videre lite forenlig med informasjonen i meddelelsesbrevet 16. februar 2010 om hva som ble vektlagt under dette tildelingskriteriet. Uansett følger det av sak 2009/205 premiss (20) at det avgjørende ut fra lovens forutberegnelighetskrav er hvordan konkurransegrunnlaget objektivt fremstod før tilbudsfristen, ikke hva som ble gjort etter fristen.
- (25) Det er også under kvalifikasjonskravene bedt om fremleggelse av organisasjonsplan for dette oppdraget med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre det. Samtidig er *"anleggsledelse"* et av de kriterier som skal vurderes under tildelingen, uten at det fremgår hvordan dette skal gjøres forskjellig fra kvalifikasjonsfasen.
- (26) På denne bakgrunnen er vurderingen av tildelingskriteriene *"referanser"* og *"anleggsledelse"* sammenfallende med, eller en gjentakelse av, kvalifikasjonsvurderingen basert på dokumentasjonskravet om *"viktigste leveranser de tre siste årene"* og *"bemanning for dette oppdraget"*. Innklagede har således benyttet ulovlige tildelingskriterier i strid med forskriften § 11-1.

- (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.

Konklusjon:

Molde kommune har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte "*referanser*" og "*anleggsledelse*" som tildelingskriterier.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,
19. juli 2010



Jakob Wahl