



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Reinertsen AS
v/ advokat Frode Henning Antonsen
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
Postboks 1234 Pirsenteret
7492 Trondheim

Deres referanse

Vår referanse
2010/92

Dato
13.10.2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse vedrørende oppføring av bygg på Hovdejordet felt B4. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Bodø kommune (heretter kalt valgte leverandør) kunngjorde høsten 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende oppføring av bygg på Hovdejordet felt B4.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 6.13.1 om kvalifikasjonskriterier at:
"Følgende kvalifikasjonskriterier vil bli lagt til grunn ved vurdering av om tilbyder er kvalifisert:

Kriterium		Dokumentasjon	
U1	Tekniske og administrative kvalifikasjoner	K1.1	Tilbyders relevante referanseprosjekt de fem siste år. Erfaring fra bygg av tilsvarende størrelse og kompleksitet.
		K1.2	Oversikt over ansvarsrettsgodkjenninger etter plan- og bygningsloven.

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

		K1.3	Tilbyders kvalitetssikringssystem.
		K1.4	HMS-egenerklæring
		K1.5	Eventuell annen egnet dokumentasjon
U2	Kapasitet	K2.1	Oversikt overbedriftenes størrelse, organisasjon og tekniske ressurser.
		K2.2	Eventuell annen egnet dokumentasjon
U3	Økonomiske/finansielle kvalifikasjoner	K3.1	Attest fra foretaksregisteret.
		K3.2	Skatteattest på skjema RF-1244 fra kemner/kommunekasserer. Attest for betalt merverdiavgift fra skattefogd i fylket på skjema RF-1244
		K3.3	Årsregnskap for de to siste år dette foreligger for.
		K3.4	Eventuell annen egnet dokumentasjon.

Det vises også til eventuell utfyllende beskrivelse av kvalifikasjonskriterier i hver enkelt fagbeskrivelse.”

- (3) Etter konkurransegrunnlagets punkt 6.13.2 skulle tildeling skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for oppdragsgiver. Det fulgte videre at:

”Følgende tildelingskriterier vil bli lagt til grunn ved valg av tilbud:

Kriterium		Vekting	Dokumentasjon/beskrivelse
T1	Pris	90	Utfylt tilbudsskjema.
T2	Generell og spesiell kompetanse	10	Beskrivelse av tilbyder.

[...]

T2- Spesiell kompetanse.

Tilbyder skal gi en redegjørelse for egen erfaring med tilsvarende byggeoppdrag mht. størrelse, entrepriseform og byggets art. I tillegg skal CV for sentrale medarbeidere i den daglige ledelsen av oppdraget med tilsvarende opplysninger vedlegges.”

- (4) Vurdering av generell kompetanse var ikke nærmere spesifisert i konkurransegrunnlaget.
- (5) Tildelingsbeslutning ble meddelt ved brev 18.desember 2009, hvor det fremgikk at innklagede hadde som intensjon å inngå avtale med Reinertsen AS (heretter kalt klager) for ovennevnte kontrakt. Det fulgte av brevet at:

”Tildelingen skjer med bakgrunn i at Reinertsen AS har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på de i tilbudsforespørselens angitte kvalifikasjons- og tildelingskriterier.

[...]

2. Kvalifikasjon

Samtlige tilbydere er funnet kvalifisert i forhold til de oppgitt kvalifikasjonskriteriene.

3. Tildeling

Tildelingen av kontrakt skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for oppdragsgiver.

Tildelingen er vurdert ut fra de to i tilbudsforespørselen oppgitte tildelingskriterier

[...]

For tildelingskriterium T2 – Generell og spesiell kompetanse er det gjort en skjønnsmessig vurdering og rangering basert på dokumentasjon vedlagt i tilbudene. Herunder er tilbyderens dokumenterte erfaring med tilsvarende byggeoppdrag mht størrelse, entrepriseform og byggets art vurdert. Tilsvarende vurdering er gjort for tilbudt nøkkelpersonell iht. vedlagte CV-er.”

- (6) Innklagede mottok innsigelser fra tilbyder Gunvald Johansen Bygg AS (GJB) ved brev datert 10. januar 2010. Etter forklaring fra innklagede i brev datert 20. januar 2010 sendte GJB på nytt innsigelser i brev datert 22. januar 2010. Innsigelsen rettet seg blant annet mot at evaluering av *”Generell og spesiell kompetanse”* innebar et ulovlig tildelingskriterium, og at dette innebar at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (7) Ved brev 12. februar 2010 ble det opplyst tilbyderne at innklagede hadde besluttet å avlyse konkurransen og revidere konkurransegrunnlaget, med sikte på å kunngjøre ny konkurranse med revidert konkurransegrunnlag. Begrunnelsen for avlysningen var:
”Ved nærmere gjennomgang av konkurransegrunnlaget er det dessverre konstatert at det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium ved at ”generell kompetanse” inngår i tildelingskriterium T2.”
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev datert 25. mars 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse anbudskonkurransen, jf. forskriften § 22-1 første ledd. Tildelingskriteriet *”Generell og spesiell kompetanse”*, slik det var utformet, kan ikke anses som et ulovlig tildelingskriterium. Uansett hvorledes en ser på lovligheten av de aktuelle tildelingskriterier, er det klart at tildelingskriteriene ikke utgjorde en vesentlig feil i forhold til gjennomføringen av konkurransen, da klager uansett ville vunnet konkurransen. Det må være en forutsetning for avlysning at feilen har vært av betydning. I tillegg skjedde avlysning på et svært sent stadium i anskaffelsesprosessen, og terskelen for avlysning må dermed ligge svært høyt. Avlysning gir også en umulig konkurransesituasjon, da tilbyderne har innsyn i hverandres tilbud og priser.

- (10) Klager har krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse, jf. anskaffelsesloven § 10. Kommunens brudd på reglene har medført at klager har gått glipp av kontrakten. Uavhengig av lovligheten av tildelingskriteriet utgjorde disse ikke en vesentlig feil i forhold til konkurransen. Klager ville uansett ha vunnet konkurransen. Avlysning gir en umulig konkurransesituasjon.
- (11) Klager har også krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede anfører at tildelingskriteriet "*Generell og spesiell kompetanse*" var ulovlig. Det er ikke adgang til å la være å avlyse når et tildelingskriterium er ulovlig, selv om dette kriteriet ikke er avgjørende for utfallet av konkurransen. Når det foreligger en feil som ikke kan rettes er dette både en saklig grunn til avlysning og en plikt til avlysning. En slik praksis må gjelde ubetinget både av hensyn til deltakerne i konkurransen, og potensielle anbydere som kan avholde seg fra å delta i konkurransen på grunn av innholdet i tildelingskriteriene.
- (13) Klager har ikke krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen.
- (14) Klager har heller ikke krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen, fordi klager deltok i den nye konkurransen etter at den første konkurransen var avlyst.
- (15) Innklagede anfører alternativt at det var en så vidt stor usikkerhet ved om kriteriet var ulovlig, at kommunen måtte ta hensyn til dette.

Sekretariatets vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).
- (17) Klager anfører at innklagede ikke har saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (18) Det følger av forskriften § 22-1 (1) at "*Oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn*". Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at det etter bestemmelsen må foreligge en objektivt sett saklig grunn til avlysning, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/60 premiss (34) 2008/216 premiss (39). Spørsmålet om hvorvidt kravet om "*saklig grunn*" for avlysning er oppfylt, vil bero på en helhetsvurdering av omstendighetene som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt.2001 side 473, Rt.2007 side 983, klagenemndas saker 2008/60 premiss (29) og 2008/216 premiss (34).
- (19) Det har blitt lagt til grunn av klagenemnda i tidligere saker at saklig grunn til avlysning kan være situasjoner hvor det har oppstått en feil som følge av innklagedes eget forhold, og feilen ikke kan repareres ved andre tiltak enn avlysning av konkurransen, jf. klagenemndas sak 2008/44 premiss (28) og 2009/214 premiss (27).
- (20) I dette tilfellet skyldes avlysningen at innklagede oppfattet at "*Generell og spesiell kompetanse*" som et ulovlig tildelingskriterium. Innklagede har presisert at meningen var at det kun var "*spesiell kompetanse*" som skulle fungere som tildelingskriterium, og at generell kompetanse skulle ha vært tatt ut, men ble oversett. Når dette likevel ble stående i konkurransegrunnlaget har innklagede lagt til grunn at det ikke kunne ses bort fra, selv om generell kompetanse er utelatt ved presiseringen til tildelingskriteriet.

Innklagede har vurdert at tildelingskriteriet om generell kompetanse klart er ulovlig fordi det ikke er et tilstrekkelig skille mellom tildelingskriteriet og kvalifikasjonskravet.

- (21) Utgangspunktet når det foreligger et ulovlig tildelingskriterium, er at dette er en feil som ikke kan avhjelpes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas uttalelser i blant annet sakene 2010/100 og 2009/182. Dette er basert på at oppdragsgivere som hovedregel ikke har anledning til å endre eller se bort i fra de oppstilte tildelingskriteriene, men tvert imot har plikt til å vurdere samtlige av disse ut fra de opplysningene som er gitt om kriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Klagers argument om at en vurdering av tilbudene uten det aktuelle tildelingskriterium uansett ikke ville forandret resultatet av konkurransen kan dermed ikke føre frem. Det kan således ikke oppstilles noe unntak fra retten og plikten til å avlyse konkurransen, jf. klagenemndas sak 2009/3, hvor nemnda oppstilte et unntak fra avlysningsplikten ut fra en oppfatning om at det aktuelle ulovlige tildelingskriterium ("forbehold") ikke medførte noen annen evaluering av tilbudene enn det som skulle blitt gjort uten det aktuelle kriteriet.
- (22) Når det konkret gjelder det aktuelle tildelingskriterium "*Generell og spesiell kompetanse*", er sekretariatet enig med innklagede i at dette må anses som et ulovlig tildelingskriterium i foreliggende konkurranse. Innklagede hadde derfor i denne saken, slik sekretariatet ser det, både rett og plikt til å avlyse konkurransen, slik at denne kunne kunngjøres på nytt uten det ulovlige tildelingskriteriet. Dette selv om avlysningen skjedde på et sent tidspunkt, jf. klagenemndas sak 2009/154. Hovedregelen om avlysning kan heller ikke fravikes på bakgrunn av at det er gitt innsyn i tilbyderens tilbud og priser. Det bemerkes likevel at det er fremhevet i NOU 2010:2 "Håndhevelse av offentlige anskaffelser" at det er uheldig at tilbyderne etter offentlighetsloven gis innsyn i hverandres tilbud før kontrakt er endelig signert, særlig dersom konkurransen avlyses og utlyses på nytt. Dette er etter sekretariatets oppfatning en eventuell uheldig virkning av hvordan innsynsreglene er utformet, men kan ikke påvirke retten og plikten til å avlyse. Klagers anførsel om at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen kan dermed klart ikke føre frem.
- (23) Når det gjelder klagers anførsler om erstatning, bemerker sekretariatet at klagenemnda her kun har en rett men ikke plikt til å uttale seg om erstatningsspørsmålet. Sekretariatet finner det i foreliggende sak ikke hensiktsmessig å foreligge saken for nemnda kun for å prøve anførselene knyttet til erstatning.
- (24) Basert på ovennevnte avvises saken som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Linn Håland Vetaas
førstekonsulent

Mottakere:
Reinertsen AS

