



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Fredrikstad kommune v /Fredrikstad vann, avløp og renovasjonsforetak gjennomførte en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av en rammeavtale om konsulenttjenester knyttet til drikkevannsproduksjon og avløpsrensing. Dette er en anskaffelse som etter sin art omfattes av forsyningsforskriften. Siden Fredrikstad vann, avløp og renovasjonsforetak er et kommunalt foretak som ikke er et selvstendig rettssubjekt men en del av kommunen, følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser og ikke forsyningsforskriften, jf. forsyningsforskriften § 1-2 (2) jf. § 4-1 bokstav a. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 13-2 ved å anvende tildelingskriteriet "Kvalitet, herunder faglig kompetanse" ettersom dette rettet seg mot tilbydernes generelle kompetanse, ikke konkret mot den oppdragsspesifikke kompetanse til det personellet som ble tilbudt. Klagenemnda fant videre at innklagede hadde hatt plikt til å avlyse konkurransen som følge av denne feilen.

Klagenemndas avgjørelse 10. juni 2013 i sak 2011/241

Klager: Cowi AS

Innklaget: Fredrikstad kommune v /Fredrikstad vann, avløp og renovasjonsforetak (Frevar KF)

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Avlysningsplikt.

Bakgrunn:

- (1) Fredrikstad kommune v/Fredrikstad vann, avløp og renovasjonsforetak (Frevar KF) (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. mars 2011 en konkurranse med forhandling i ett trinn for inngåelse av rammeavtale om konsulenttjenester knyttet til drikkevannsproduksjon og avløpsrensing. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.4 angitt til å være ca. 1.4 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 4. april 2011.
- (2) Av kunngjøringen punkt III.2 "Kvalifikasjonskrav" fremkom følgende dokumentasjonskrav knyttet til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner: "Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjeneste kontrakter)". Dette foruten at det også var stilt opp krav om innlevering av firmaattest, skatteattester, HMS egenerklæring og årsregnskap.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2 "Kvalifikasjonskrav" var det oppstilt tre kulepunkter med krav. Det første punktet var "Gode kommunikasjonsferdigheter vektlegges. God kommunikasjon både med driftspersonell og andre ansatte i bedriften". Det andre kulepunktet var "Erfaring fra prosjektledelse og rapportering fra drikkevannsproduksjon og avløpsrensing med tilhørende infrastruktur (pumpestasjoner,

ledningsnett, el.bygg osv.)". Det siste kulepunktet som var oppstilt var "Erfaring fra kontraktsforhandlinger og kontraktsstandarder."

- (4) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 10 "Tildelingskriterier" at tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge var "Pris" og "Kvalitet, herunder faglig kompetanse".
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 15 "Dokumenter" fremkom det at de dokumenter som krevdes var oppført i kunngjøringen.
- (6) Innklagede mottok fire tilbud innen tilbudsfristen 4. april 2011, heriblant fra Cowi AS (heretter kalt klager) og fra Pöyry Industry AS.
- (7) Innklagede sendte en e-post til klager 5. mai 2011. I denne e-posten ble det opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Pöyry Industry AS (heretter kalt valgte leverandør). Som begrunnelse for dette valget fremkom følgende: *"Valget er gjort i henhold til tildelingskriteriene pris og kvalitet. Deres pris var 4 % lavere enn Pöyry Industry AS, men når vi slo sammen pris og kvalitet ble Pöyry Industry AS valgt."*
- (8) Klager sendte en e-post til innklagede 6. mai 2011, og ba om en tilbakemelding på hvordan klager ble evaluert kompetansemessig og hvorfor klager kom dårligere ut enn valgte leverandør på dette punkt.
- (9) Innklagede svarte på denne e-posten samme dag og ga følgende svar:

"Vi har valgt leverandør ut fra pris og kvalitet. Cowi har ikke oppnådd full score på kvalitet, som de andre tilbyderne, fordi vi har hatt flere avvik registrert i den perioden som vi har hatt avtale med dere. Dette ble også gjennomgått i forhandlingsmøte med Cowis representanter 27.04.11. dette har også vært meddelt dere fortløpende i perioden, i tillegg til at vi har hatt møter om dette. Dette fører til at dere i evalueringen ikke oppnår full score. Vi legger ved avvikene til din informasjon."
- (10) Vedlagt e-posten fulgte tre avviksskjema. Av det første avviksskjemaet fremkom det at klager ikke hadde levert produkt iht. avtale, ved at det ikke var levert en HACCP analyse som avtalt. Dette ble løst ved at innklagede fikk erstatning i form av 10 gratis konsulenttimer. Av det andre avviksskjemaet fremkom det at klager hadde gjort feil i en innkjøpsprosess utført av klager. Av det tredje avviksskjemaet fremkom det at klager hadde levert materiale, tiltenkt som konkurransegrunnlag, som innklagede måtte bruke mye tid på å tydeliggjøre og avklare fakta i før det kunne benyttes.
- (11) Klager sendte et brev til innklagede 13. mai 2011 hvor tildelingsbeslutningen ble påklaget samt at det ble begjært innsyn i anbudsprotokollen og tilbudet til valgte leverandør. Klager gjorde gjeldende at innklagede hadde brutt kravet til begrunnelse, vektlagt egne erfaringer i strid med regelverket samt foretatt en ulovlig anvendelse av samme kriterier som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterier.
- (12) Klager sendte en e-post til innklagede 20. mai 2011 og purret på svar på klagen og begjæringen om innsyn.
- (13) Innklagede svarte i e-post 23. mai 2011, og tok ikke klagen til følge. Det ble opplyst at innklagedes negative erfaringer med klager var vektlagt under tildelingskriteriet

kvalitet. Vedlagt svaret fulgte også evalueringsrapporten. Av denne fremkom følgende om tilbudet fra klager (tilbyder 3):

<i>Tildelingskriterier</i>	<i>TILBYDER 3</i>	
	<i>Poeng</i>	<i>Vektet poeng</i>
<i>Ingeniørkapasitet 15 %</i>	<i>10</i>	<i>1,5</i>
<i>Kvalifikasjoner/tillatelser 15 %</i>	<i>10</i>	<i>1,5</i>
<i>Negative erfaringer</i>	<i>-3</i>	
<i>Kvalitet 30 %</i>	<i>0</i>	

- (14) Videre fremkom følgende av evalueringsrapporten:

"Ingeniørkapasitet er vurdert ut fra tilbudt kapasitet i matrise gitt av tilbyderne under forhandlingene.

Kvalifikasjoner/tillatelser er i henhold til godkjenninger og personale som er opplyst under forhandlingene.

Negative erfaringer er våre negative erfaringer med en av tilbyderne og opplyst under forhandlingene.

Tilbyder 1, 2, 4 er vurdert hver for seg og har fått like poeng på kvalitet

Tilbyder 3 har alvorlige dokumenterte kvalitetsavvik i sine kontraktsforhold med oss i 2009-2010, og har derfor blitt trukket for dette. Dette er dokumentert i vedlegg 1-3 til denne innstillingen. Etter vår vurdering og skjønn er avvikene så alvorlige at vi har trukket poeng i evalueringen på kvalitet tilsvarende de poeng denne ellers vill ha oppnådd. Vi har i inneværende avtaleperiode og under forhandlingene i denne konkurransen ikke sett på eller mottatt informasjon om at tilbyder 3 har foretatt noe av betydning for å forbedre kvaliteten på sitt arbeid.

Beste pris er opp til 7 poeng, deretter blir det trukket ¼ prispoeng.

Beste kvalitetspoeng er 3 poeng, deretter blir det trukket ¼ prispoeng.

<i>Tildelingskriterier</i>	<i>TILBYDER 1</i>	<i>TILBYDER 2</i>	<i>TILBYDER 3</i>	<i>TILBYDER 4</i>
	<i>Poeng</i>	<i>Poeng</i>	<i>Poeng</i>	<i>Poeng</i>
<i>Pris</i>	<i>5,25</i>	<i>3,50</i>	<i>7</i>	<i>1,75</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>3</i>	<i>3</i>	<i>0,75</i>	<i>3</i>
<i>Total poengsum</i>	<i>8,25</i>	<i>6,50</i>	<i>7,75</i>	<i>4,75</i>

Tilbyder 1 har best poengsum og har blitt valgt i henhold til kriteriene i konkurransegrunnlaget."

- (15) Klager sendte en ny klage 25. mai 2011. Det ble i denne klagen også bedt om innsyn i valgte leverandørs tilbud og anskaffelsesprotokollen. Innklagede svarte per e-post 26.

mai 2011, og tok ikke klagen til følge. Vedlagt e-posten fulgte en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud samt åpningsprotokollen.

- (16) Innklagede sendte et brev til klager 2. juni 2011 hvor det ble opplyst at klagen ikke ble tatt til følge.
- (17) Klager sendte et brev til innklagede 10. juni 2011, og opprettholdt klagen. Innklagede svarte på denne klagen i e-post 15. juni 2011 og opplyste at kontrakt var inngått med valgte leverandør 14. juni 2011.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. august 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Mangelfull begrunnelse

- (19) Klager anfører at innklagde har brutt forskriften § 11-14 (1) ved å gi en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør. Det vises til at innklagede verken hadde redegjort for poengskala, evalueringsmodell, oppnådd poeng eller poengsetting.

Mangelfull nærmere begrunnelse

- (20) Klager anfører at innklagde har brutt forskriften § 11-14 (4) ved å gi en mangelfull nærmere begrunnelse for valg av leverandør. Det vises til at innklagede ikke har gitt klager en detaljert redegjørelse med sammenligning av poengsetting for klager opp mot valgte leverandør, eksempelvis for underkriteriene på tildelingskriteriet kvalitet.

Brudd på plikten til å gi innsyn

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager innsyn i anskaffelsesprotokollen, til tross for at klager har bedt om dette både i brev datert 13. mai 2011 og i brev datert 25. mai 2011.

Ulike kvalifikasjonskrav i kunngjøring og konkurransegrunnlag

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at det er stilt opp andre og nye kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget enn de som fremgikk gjennom kunngjøringens dokumentasjonskrav. Det vises til at kvalifikasjonskravene som stod i kunngjøringen heller ikke er gjentatt som gjeldende i konkurransegrunnlaget.

Ulovlig evalueringsmodell

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anvende en ulovlig evalueringsmodell. Det vises til at slik formelen var oppstilt ville dårligste tilbyder på pris få 1,75 poeng, uavhengig av avstanden til beste tilbyder. Modellen medfører at forskjellen i poeng ikke avspeiler den reelle forskjellen mellom tilbudene, og modellen fremstår derfor som vilkårlig og grovt urimelig. Hvorvidt dette i den foreliggende saken har vært utslagsgivende for resultatet er ikke avgjørende for om evalueringsmodellen er i strid med regelverket.

Brudd på regelverket ved håndtering av egne erfaringer

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved håndtering av egne erfaringer med klager på en rekke måter.
- (25) Klager viser for det første til at innklagede har brutt kravene til likebehandling, forutberegnelighet og god anbudsskikk ved ikke å forholde seg til sin egen evalueringsmodell. Innklagede etablerte en evalueringsmodell hvor kvalitet var delt i to underkriterier, som hver skulle telle med 15 %, dvs. samlet 100 % av kvalitet som skulle vektet med 30 %. I disse underkriteriene valgte ikke innklagede å trekke inn egne erfaringer, og klager ble gitt maks score. Innklagede kunne da ikke velge å gi et skjønnsmessig fradrag på tre poeng til klager.
- (26) For det andre viser klager til at til at selv om innklagede har et innkjøpsfaglig skjønn til å vurdere størrelsen på trekket i poeng grunnet egne negative erfaringer, er fastsettelsen av trekket i foreliggende sak i strid med regelverket. Størrelsen på trekket er bevisst satt slik at den skal tilsvare oppnådd poeng på kvalitet. En slik tilnærming hvor omfanget av trekket styres etter hvor mye poeng som ellers er oppnådd fremstår som vilkårlig og usaklig, og er i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet.
- (27) Klager viser for det tredje til at det innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å gi minuspoeng for egne erfaringer. At man kunne oppnå minuspoeng var overraskende for tilbyderne.
- (28) For det fjerde viser klager til at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å gi trekk for egne negative erfaringer. Dersom det skulle gis trekk for egne negative erfaringer måtte dette i den foreliggende evalueringsmodellen skje gjennom trekk i poengene i underkriteriene for kvalitet. Dette kunne vært gjort under underkriteriet som gikk på kvalifikasjoner/tillatelser, men ikke under underkriteriet som gikk på kapasitet. Slik innklagede har praktisert minustrekket er full score for kapasitet også nullet ut.
- (29) Klager viser endelig til at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å vektlegge egne erfaringer med klager, uten å innhente eller sjekke referanser til de øvrige tilbyderne.

Sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anvende kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører som tildelingskriterier. Klager viser til at det av konkurransegrunnlaget ikke fremgikk særskilte krav eller opplysninger om hvilken dokumentasjon tilbyderne skulle fremlegge som grunnlag for vurderingen av tildelingskriteriet kvalitet. Derimot fremgikk det i punkt 15 en henvisning til dokumentene iht. kunngjøringen. Dette er nettopp kvalifikasjonsdokumentene. Det var heller ikke opplyst noe om hvordan innklagede ville avgrense vurderingen av kvalitet i tildelingsfasen mot kvalifikasjonsvurderingen, eller tilhørende bruk av innlevert dokumentasjon. Dette kan vanskelig forstås annerledes enn at innlevert dokumentasjon fra kvalifikasjonsfasen også skulle bli brukt i vurderingen i tildelingsfasen under tildelingskriteriet kvalitet. Tilbyderne har tydeligvis innlevert CV-er for tilbudt personell, og denne synes brukt både i kvalifikasjonsfasen og i tilbudsfasen. For de nye kvalifikasjonskriteriene oppstilt i konkurransegrunnlaget er det en direkte overlappt helt eller delvis med det samme som er vurdert i tildelingsfasen under tildelingskriteriet kvalitet.

Innklagedes anførsler:

Mangelfull begrunnelse

- (31) Innklagede bestrider å ha gitt en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør. Det vises til at det fremgikk av innklagedes e-post datert 5. mai 2011 at klager kom dårligere ut enn valgte leverandør på grunn av vurderingen av kriteriet kvalitet.

Mangelfull nærmere begrunnelse

- (32) Innklagede bestrider å ha gitt en mangelfull nærmere begrunnelse for valg av leverandør. Det vises til at innklagede i brev datert 2. juni 2011 har gitt klager nærmere opplysninger om evalueringen.

Brudd på plikten til å gi innsyn

- (33) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved ikke å gi klager innsyn i anskaffelsesprotokollen ettersom innklagede ikke har oppfattet at klager ønsket innsyn i anskaffelsesprotokollen på ert tidligere tidspunkt.

Ulike kvalifikasjonskrav i kunngjøring og konkurransegrunnlag

- (34) Innklagede bestrider å ha stilt opp andre og nye kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget enn de som fremgikk gjennom kunngjøringens dokumentasjonskrav. Innklagede har i konkurransegrunnlaget bare ment å presisere opplysningene i kunngjøringen punkt III.3 om at det stilles "Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner". Kravene i konkurransegrunnlaget ligger innenfor det som var forutberegnelig i forhold til kravene i kunngjøringen.

Ulovlig evalueringsmodell

- (35) Innklagede hevder at under de forholdene som forelå i gjeldende sak, og etter innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, så viste den evalueringsmodellen som var benyttet en tydelig forskjell og rekkefølge på leverandørene. Modellen er ikke prosentuell i henhold til prisforskjeller, men viser tydelig rekkefølge på leverandørene. Det skiller 4 % i pris i klagers favør, og det er så liten forskjell at de uansett ikke kunne nådd frem når kvalitet skulle gjelde 30 %.

Brudd på regelverket ved håndtering av egne erfaringer

- (36) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved håndtering av egne erfaringer med klager ved evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. Det vises til at innklagede vurderte de negative erfaringene med klager å veie like tungt i negativ retning, som de øvrige elementene i klagers kvalitet veier i positiv retning. Innklagede hevder at det ikke var nødvendig å nevne i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget at eventuelle negative erfaringer ville bli tillagt vekt. Innklagede har ingen negative erfaringer med de andre tilbyderne, og innklagede hadde derfor ingen grunn til å gi disse minuspoeng.

Sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

- (37) Innklagede bestrider å ha foretatt samme vurderinger under kvalifikasjonskravene som tildelingskriteriene. Det vises til at under kvalifikasjonsvurderingen ble det vurdert om

tilbyderne hadde de grunnleggende kvalifikasjonene for å påta seg oppdraget, i forhold til konkurransegrunnlaget punkt 2. Ved vurderingen av tildelingskriteriet "*kvalitet, herunder faglig kompetanse*" fortok innklagede vurderinger og poenggivning ut fra hvor godt tilbyderne oppfylte kvalifikasjonene for denne leveransen. Under tildelingsvurderingen har innklagede vurdert underkriteriene ingeniørkapasitet og kvalifikasjoner/tillatelser.

Klagenemndas vurdering:

- (38) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.4 estimert til kroner 1.4 millioner. Konkurransen gjelder anskaffelse av en rammeavtale om konsulenttjenester knyttet til drikkevannsproduksjon og avløpsrensing. Dette er en anskaffelse som etter sin art omfattes av forsyningsforskriften. Siden innklagede er et kommunalt foretak som ikke er et selvstendig rettssubjekt men en del av kommunen, jf. Ot.prp. nr. 53 (1997-98) punkt 5.2, følger anskaffelsen imidlertid forskrift om offentlige anskaffelser og ikke forsyningsforskriften, jf. forsyningsforskriften § 1-2 (2) jf. § 4-1 bokstav a. Anskaffelsen gjelder en prioritert tjeneste i kategori 12. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

- (39) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anvende kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører som tildelingskriterier.
- (40) Når kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, følger det av forskriften § 13-2 (2) at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det følger videre forutsetningsvis av forskriften § 11-1 at krav anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier.
- (41) Regelverket skiller altså mellom på den ene side aksept eller avvisning av leverandørene ut fra deres kvalifikasjoner, og på den annen side den graderte evaluering av de gjenværende tilbuds kvaliteter opp mot kunngjorte tildelingskriterier. EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("Lianakis"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbyderens erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premiss (25)-(32).
- (42) Etter at Lianakis-dommen ble avsagt har klagenemnda behandlet en rekke saker med påstand om ulovlig tildelingskriterium, jf. for eksempel 2008/189, 2008/120, 2009/88, 2011/118 og 2011/81. Klagenemnda har lagt til grunn at Lianakis-dommen trolig ikke stenger for at vurderinger som i utgangspunktet hører under kvalifikasjonsvurderingen, i visse tilfeller også kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, så fremt tildelingskriteriet ikke er "*essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question*", jf. Lianakis premiss (30) og klagenemndas sak 2008/120 premiss (46). Tilsvarende gjelder for anskaffelser som

gjennomføres i henhold til forskriften del II, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/118.

- (43) Klagenemnda har også lagt til grunn at konkurransegrunnlaget utvetydig må klargjøre at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, jf. klagenemndas saker 2008/120 premiss (58) og 2008/92 premiss (97). For at et tildelingskriterium som gjelder tilbydernes kvalifikasjoner skal være i tråd med regelverket, må det videre rette seg mot det konkrete tilbudte personells kvalifikasjoner, ikke tilbyderer som sådan sine kvalifikasjoner, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2012/186 premiss (46) og sak 2010/134 premiss (32).
- (44) I konkurransegrunnlaget punkt 10 "*tildelingskriterier*" fremgikk det at i tildelingsvurderingen skulle "*Kvalitet, herunder faglig kompetanse*" vurderes. Det var ikke angitt dokumentasjonskrav til dette tildelingskriteriet. I konkurransegrunnlaget punkt 15 "*Dokumenter*" fremkom det imidlertid at de dokumenter som krevdes innlevert var oppført i kunngjøringen. Av kunngjøringen fremkom det i punkt III.2.3 "*Kvalifikasjonskrav*" at det i tillegg til firmaattest, skatteattest, HMS egenerklæring, og årsregnskap var oppstilt følgende dokumentasjonskrav knyttet til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner: "*Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjeneste kontrakter)*". Klager har forstått det slik at det var sistnevnte dokumentasjon som skulle fremlegges til evaluering av tildelingskriteriet "*Kvalitet, herunder faglig kompetanse*". Innklagede har ikke bestridt dette, og klagenemnda finner denne forståelsen av konkurransegrunnlaget som den mest nærliggende og denne vil derfor bli lagt til grunn for den videre vurderingen.
- (45) Dokumentasjonskravet som var oppstilt i kunngjøringen punkt III.2.3 stilte altså krav om at det skulle leveres en oversikt over "*foretakets*" viktigste leveranser de siste 3 årene. I tilsvaret til klagenemnda har innklagede også bekreftet at det var "*tilbydernes*" kvalifikasjoner som ble vurdert under tildelingskriteriet "*Kvalitet, herunder faglig kompetanse*". Tildelingskriteriet, slik det må forstås ut fra det dokumentasjonskrav som er oppstilt for å kunne evaluere dette, retter seg altså mot firmaets generelle kompetanse (som typisk sier noe om hvorvidt leverandøren er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene), og ikke konkret mot den oppdragsspesifikke kompetanse til det personellet som er tilbudt. All den tid tildelingskriteriet ikke knyttes opp mot det tilbudte personells kompetanse eller kvalifikasjoner eller de konkrete arbeidsoppgaver som dette personellet skal utføre, fremstår kriteriet "*Kvalitet, herunder faglig kompetanse*" som et kriterium som utelukkende retter seg mot leverandøren som sådan sine kvalifikasjoner/kompetanse. Dette tildelingskriteriet må således, basert på dette, anses ulovlig, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2012/186 premiss (46) og sak 2010/134 premiss (32). Innklagedes bruk av dette tildelingskriteriet er etter dette i strid med forskriften § 13-2 (2).
- (46) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførsle som er fremsatt, må klagenemnda ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium i konkurransen, er en feil som innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (47) 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):

- (48) *"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".*
- (49) Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium. En anskaffelses tildelingskriterier er helt sentralt for leverandørene, både i vurderingen av om tilbud skal inngis og ved utformingen av et konkret tilbud. Betydningen av et bestemt tildelingskriterium 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 oppdragsgiveren 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. Innklagede hadde etter dette en plikt til å avlyse konkurransen. Basert på dette mangler klager saklig interesse i å få avgjort sine øvrige fremsatte anførsler.

Konklusjon:

Fredrikstad kommune v/Frevar KF har brutt forskriften § 13-2 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium, ettersom tildelingskriteriet *"Kvalitet, herunder faglig kompetanse"* rettet seg mot tilbydernes generelle kompetanse, ikke konkret mot den oppdragsspesifikke kompetanse til det personellet som ble tilbudt.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 10. juni 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl