



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av tjenester for mottak og behandling av behandlet/impregnert trevirke. Klager anførte at han var uriktig avvist fra konkurransen og at det var foretatt en ulovlig sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Klagenemnda fant at innklagede hadde foretatt en sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2013 i sak 2011/342

Klager: Tor Henning Paulsen AS

Innklaget: BIR Privat AS

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Tone Kleven, Kai Krüger

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) BIR Privat AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. august 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av tjenester for mottak og behandling av behandlet/impregnert trevirke. Anskaffelsen var angitt å være en prioritert tjeneste i tjenestekategori 16, med CPV-klassifisering 03410000 for hovedanskaffelsen og 90500000 samt 90510000 for tilleggsleveranse(r). Innklagede har oppgitt at anskaffelsens verdi er kroner 6 150 000. Tilbudsfrist var 20. oktober 2011.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 4.0 var det oppstilt som kvalifikasjonskrav at *"[t]ilbyder skal dokumentere tilfredsstillende teknisk og faglig kvalifikasjoner samt finansiell økonomisk stilling."* Dokumentasjonskravene til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget kapittel 4:

"4.1 Krav til og dokumentasjon av tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner skal dokumenteres ved:

- l. En beskrivelse av tilbyders faglige/tekniske/administrative personell og ressurser som er/kan være aktuelle for oppdraget*

Herunder skal fremlegges:

- o En oversikt over tilbyders gjennomsnittlige arbeidsstyrke i 2010 og hittil i 2011*
- o CV på nøkkelpersonell som er aktuelle for oppdraget*
- o En redegjørelse for det materiell og tekniske utstyr som er aktuelt å benytte for oppdraget. Dersom tilbyder p.t. ikke har det nødvendige utstyr tilgjengelig må det fremlegges dokumentasjon fra bank på at tilbyder vil ha nødvendig finansiering til innkjøp av slikt utstyr dersom kontrakt tildeles og dokumentasjon på at tilbyder rent faktisk kan få tilgang til utstyret innen kontraktsoppstart.*

- Dokumentasjon av kapasitet på angjeldende innsatsfaktorer som er dekkende for oppdragsgivers behov.
 - Valg av underleverandører (ytelsesbaserte)
2. Skriftlig referanseattest (minimum 1 stk) utformet av løpende eller tidligere kunde skal omfatte egne leveranser og/eller oppdrag for andre hvor det kan dokumenteres tilfredsstillende kompetanse. Referanseattestene skal ikke være eldre enn 24 mnd. og omfatte:
- Oppdragets omfang i tonn per år
 - Kontaktperson hos referansekunden med navn, telefon og e-post adresse
- (...)

- (3) Av kunngjøringen punkt IV.2, samt konkurransegrunnlaget kapittel 8.1 fremgikk at det økonomisk mest fordelaktige tilbud skulle vurderes på grunnlag av kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget.
- (4) Tildelingskriteriene var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget kapittel 8. Av kapittel 8.4 fremgår følgende:

"8.4 Tildelingskriterier

(...)

- Tilbudets faglige og organisatoriske innhold: **vektes 40 %**
- Her vil tilbyders svar på kapittel 7 bli vurdert. Dvs. hvordan ytelsene samlet sett er tilpasset oppdragsgivers spesifikasjoner og behov.

(...)

- (5) Som det fremgår ovenfor var det henvist til at "tilbudets faglige og organisatoriske innhold" ville bli vurdert etter tilbyders svar på kapittel 7. Fra klagers side er det påpekt at dette er en feilhenvising for kapittel 6, ettersom kapittel 7 omhandler "kommersielle forhold". Innklagede har ikke bestridt dette, og det legges derfor til grunn i det følgende.
- (6) Av konkurransegrunnlaget kapittel 6 fremgikk følgende:

"6.1 Valg av spesifikasjonsmåte

Ytelse- og funksjonskrav er lagt til grunn i forespørselen.

Tilbyders oppgave blir å omforme disse åpne spesifikasjonene og kravene til løsningsforslag som er informative, entydige og dekkende for oppdragsgivers behov.

6.2 Gjennomføring av oppdraget

Oppdragsutførelsen skal dekke oppdragsgivers samlede behov for effektive, kvalitetsriktige, behovsrettede og miljøriktige avfallsløsninger.

Navn og geografisk lokasjon skal oppgis for mottak, kverning og sluttbehandlingsledd

Produksjon og logistikk-løsninger skal beskrives for hele verdikjeden.

Relevante prosedyrer for levering og kvalitetsavvik skal beskrives (type og kostnad)

6.3 Leveringer

Trevirke vil bli transportert i containere på vogntog. Mottaksanlegg skal derfor være utrustet for å kunne motta denne typen kjøretøy.

6.4 Miljøkrav

Tilbyder skal beskrive sitt opplegg for miljøhåndtering, herunder hvordan en vil respondere på aktuelle miljøutfordringer generelt og ved enkelthendelser. Rutine for håndtering av alvorlige hendelser som kan inntre ved utførelse av oppdraget med personell, materiell og miljøeffekter skal utarbeides og godkjennes av oppdragsgivers kontaktperson som del av kontrakten. Ved behov og i endringssituasjoner skal sikker jobbanalyse utføres før iverksettelse.

(...)"

- (7) Innen fristen hadde to leverandører levert tilbud, herunder Tor Henning Paulsen AS (heretter kalt klager) og GemiNor AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) I brev av 8. november 2011 ble klager avvist fra konkurransen.
- (9) I brev 24. november 2011 ble avvisningen påklaget til innklagede.
- (10) Saken ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) 5. desember 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager er uriktig avvist. Håndteringen av avvisningsspørsmålet er uryddig og i strid med god anbuds- og forretningsskikk.
- (12) Innklagede har også sammenblandet tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav. Tildelingskriteriet faglig og organisatorisk innhold overlapper kvalifikasjonskravene teknisk og faglig kompetanse. Videre er tildelingskriteriet miljø ikke vektet. Det er dermed benyttet ulovlige tildelingskriterier som medfører plikt til å avlyse konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (13) Klagers anførsler bestrides.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av tjenester for mottak og behandling av behandlet/impregnert trevirke, som er omfattet av CPV-kode 90500000 "Avfallstjenester" samt 90510000 "Avfallshåndtering", hvilket innebærer at anskaffelsen er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 16. Innklagede har anslått at anskaffelsens verdi er kroner 6 150 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin

(opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III jf. forskriftens § 2-1 første ledd jf. § 2-2 første ledd.

- (15) Klagen omfatter både anførsler om ulovlig avvísning av leverandør og ulovlig anvendelse av tildelingskriterier. Klagenemnda tar først stilling til klagers anførsel om sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.
- (16) Det følger av forskriften § 22-2 (2) at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Av forskriften § 20-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifisering av leverandører ikke kan gjentas som tildelingskriterier.
- (17) I EU-domstolens sak C-532/06 (Lianakis) vurderte retten ex officio sontringen mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav. Domstolen uttalte blant annet at tilbydernes erfaring, personell og utstyr og evne til å oppfylle oppdraget innen fastsatt frist, ikke kunne benyttes som tildelingskriterier i stedet for kvalifikasjonskrav. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskriterier heller enn tildelingskriterier, jf. premiss (25) til (32). Domstolen viser også til sak C-31/87 (Bentjees) som innledningsvis bemerket at kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier er to forskjellige prosesser som er omfattet av forskjellige regler, jf. avsnitt 16.
- (18) Etter at Lianakis-dommen ble avsagt har klagenemnda behandlet flere liknende saker, jf. blant annet 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).
- (19) I sak 2008/120 la klagenemnda også til grunn at det må fremgå tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med eller gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Dette er lagt til grunn i etterfølgende praksis, jf. blant annet 2011/118 og 2011/81. Dette samsvarer med de generelle kravene til tildelingskriterier slik de er formulert for eksempel i EU-domstolens avgjørelse i 19/00 (SIAC) i premiss (42): "*the award criteria must be formulated, in the contract documents or the contract notice, in such a way as to allow all reasonable well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way*". Når forholdet relatert til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten vurderes i tildelingsfasen, må det derfor kreves at det i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen gjøres tilstrekkelig klart for tilbyderne at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/118 premiss (19) og sak 2011/81 premiss 27.
- (20) I foreliggende konkurranse skulle faglige forhold vurderes både i relasjon til tildelingskriteriet tilbudets faglige og organisatoriske innhold, og i relasjon til kravet om tilfredsstillende tekniske og faglige kvalifikasjoner. Måten kvalifikasjonskravet og tildelingskriteriet var formulert på gjør det ikke klart hva som var forskjellen i vurderingstema, og dette var heller ikke tilkjennegjort på en annen måte. For

kvalifikasjonskravet var det kun angitt krav til hvilken dokumentasjon som skulle innleveres. Det var altså ikke klargjort hva som ville være tilstrekkelige faglige kvalifikasjoner, eller hvordan kvalifikasjonskravene ville bli vurdert. De forhold som skulle besvares i konkurransegrunnlagets kapittel seks klargjør heller ikke hva som var forskjellen i vurderingstema. Til dels inneholdt kapittel seks også informasjon om krav til ytelsen, for eksempel når det gjaldt punkt 6.3 om at mottaksanlegg skulle være utrustet til å kunne motta containere som ble transportert med vogntog.

- (21) Slik kvalifikasjonskravet og tildelingskriteriet er utformet, er det derfor ikke gjort tilstrekkelig klart at oppdragsgivers vurdering av tilbudets faglige innhold ikke er sammenfallende med vurderingen av leverandørens faglige kvalifikasjoner.
- (22) Tildelingskriteriet "*tilbudets faglige og organisatoriske innhold*" er på denne bakgrunn ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 22-2 (2) og må derfor anses ulovlig.
- (23) Klagenemnda må så ta stilling til om bruk av tildelingskriteriet er en feil som innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (24) Basert på Rettens avgjørelse 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".

- (25) I sak 2011/81 vurderte nemnda det slik at:

"Et tildelingskriterium vil normalt ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om deltakelse 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, og dette vil normalt utløse en plikt for oppdragsgiver til å avlyse konkurransen. På bakgrunn av at tildelingskriteriet i det foreliggende tilfelle skulle vektes 30 % er det klart at hovedregelen om avlysning kommer til anvendelse også i det foreliggende tilfellet."

- (26) I denne saken var det aktuelle tildelingskriteriet vektet med 40 % og hovedregelen om avlysning kommer derfor til anvendelse.
- (27) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, blir klagers øvrige anførsler ikke behandlet.

Konklusjon:

BIR Privat AS har brutt forskriften § 22-2 ved å benytte "*tilbudets faglige og organisatoriske innhold*" som tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 29. april 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl