



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om vedlikeholds- og ombyggingsarbeider. Klagenemnda fant at tildelingskriteriet "Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering" var ulovlig, jf. forskriften § 22-2 (2), og at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 27. februar 2012 i sak 2011/367

Klager: Faber Bygg AS

Innklaget: Helse Stavanger HF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger,
Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium, avlysningsplikt

Bakgrunn:

- (1) Helse Stavanger HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. oktober 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for vedlikeholds- og ombyggingsarbeider innen tømring, maling og byggtapetsering, muring og flislegging, brannetting og takteking. Tilbudsfristen var i kunngjøringens punkt IV.3.4 angitt til å være 14. november 2011.
- (2) Konkurransen hadde tidligere vært utlyst. Konkurransen ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i sak 2011/121, og konkurransen ble avlyst etter at klagenemnda fant at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium.
- (3) I kunngjøringen var anskaffelsen angitt som *"Utførelse av et bygge- og anleggsarbeid etter spesifikasjoner fra oppdragsgiver"*. Oppgitt CPV-klassifisering var 77314000 og 45262700. Det var oppgitt at det skulle inngås rammeavtale med maksimalt ti leverandører. Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 1.2 at, i tillegg til hovedsykehuset i Stavanger, hadde innklagede flere avdelinger, filialer, poliklinikker, distriktpsikiatriske sentra og ambulansestasjoner som var *"lokalisert fra Sokndal i sør til Hjelmeland i nord"*. I punkt 1.4 var det oppgitt totalt ti ulike delleveranser innenfor feltene, tømring, maling og byggtapetsering, muring og flislegging, brannetting, takteking. Det var oppgitt et estimert årlig volum på til sammen kroner 29, 4 millioner for samtlige poster, og det fremgikk at i tillegg til dette beløpet hadde innklagede besluttet å bevilge ca. kroner 25 millioner til ekstraordinære vedlikehold i 2011/2012. Det fremgikk videre at kontrakten skulle inngås for en periode på to år, og under punkt 1.6 fremgikk det at innklagede ønsket opsjon på to år.
- (4) Det fremgikk av punkt 1.5 at det skulle inngås kontrakt i form av en tjenestekontrakt, og at NS 8406 ville gjelde som en del av kontraktbestemmelsene med noen presiseringer og endringer. Det fremgikk av vedlegg *"Utkast til rammeavtale"* under punkt 13

"Dokumentrang" at ved motstrid i kontrakten ville NS 8406 ha rang som nummer 7, etter blant annet avtalen, konkurransegrunnlaget og tilbudet.

- (5) Kvalifikasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 4. Under punkt 4.3 *"Tilbyderens tekniske og faglige kvalifikasjoner, samt kapasitet"* fremgikk det innledningsvis at oppdragsgiver ville inngå kontrakt med leverandører som var profesjonelle og i stand til å videreutvikle og utfordre oppdragsgiver, og at det derfor ble satt strenge krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner og dokumentasjon av disse. Det var oppstilt krav om at tilbyderne skulle ha nødvendige godkjenninger, autorisasjoner og mesterbrev. Videre var det stilt krav til *"Erfaring og kompetanse fra tilsvarende oppdrag"*, som skulle dokumenteres ved en liste over de fem største oppdrag tilbyder hadde gjennomført i løpet av de fem siste år, innen hvert fagområde tilbudene gjaldt, og det var angitt en rekke punkter listen skulle inneholde.
- (6) Videre var det under punkt 4.3 stilt krav til tilbyderens *"Gjennomføringsevne"*, hvor det fremgikk at tilbyder skulle ha *"tekniske og faglige kvalifikasjoner, samt kapasitet, til å gjennomføre oppdragene omfattet av rammeavtalen"*. Oppfyllelsen av kravet skulle dokumenteres, både for egen virksomhet og for samarbeidspartnere/underleverandører. For tilbyderens egen virksomhet skulle kravet dokumenteres på følgende måte:

"Det skal gis en beskrivelse av virksomheten, herunder:

- En beskrivelse av tilbyders forretningside og kjernekompetanse som viser at tilbyder kan utføre oppdrag omfattet av rammeavtalen*
- En oversikt over tilbyders organisering og eierforhold, samt en beskrivelse av dagens virksomhet*
- Beskrivelse av hvordan tilbyder er organisert for å gjennomføre oppdrag omfattet av rammeavtalen.*
- En oversikt over pågående oppdrag, ordrereserve, samt en opplisting av personell som er bundet opp til nåværende og fremtidige oppdrag.*

Det skal gis en kortfattet beskrivelse av et helhetlig og implementert kvalitetssikringssystem som tilbyder vil legge til grunn for gjennomføring av oppdragene omfattet av rammeavtalen, ev. kopi av systemsertifikat utstedt av akkrediterte sertifiseringsorganer eller tilsvarende dokumentasjon.

- Det skal gis en kortfattet beskrivelse av helhetlig og implementert HMS system som tilbyder vil legge til grunn for gjennomføringen av oppdragene omfattet av rammeavtalen. "*
- (7) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.1 at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriteriet *"Totalkostnad"* (75 %), herunder timerater og materiell, og kriteriet *"Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering"* (25 %), hvor følgende punkter var oppgitt; Statistikk, Personell, Effektivisering, Koordinering og planlegging. For en fullstendig henvisning over alle krav som inngikk i tildelingskriteriene, ble det henvist til kravspesifikasjonen, prisskjemainstruks og prisskjema.
- (8) Det fremgikk av kravspesifikasjonen under punkt 2 *"Anskaffelsens omfang og innhold"* at basert på tidligere erfaring ville oppdragene ha en fordeling lik 80/20 på henholdsvis timer og materiell. Videre fremgikk at oppdragene innenfor fagområdene kunne variere i størrelse og omfang, de kunne være kortvarige eller langvarige, enkeltstående eller sammenhengende, samt at det var stor geografisk spredning på oppdragene. Det

fremgikk videre at innklagede ønsket bemanning med "faste personer". Oppdragsgivers bygningsmasse var angitt til "ca. 200.000 kvm". Videre fremgikk at "Leverandøren skal benytte personell med kvalifikasjoner som til enhver tid er tilpasset de enkelte oppdrag". Innklagede forbeholdt seg rett til å godkjenne personellet. Videre hitsettes følgende vedrørende responstid:

"Responstid på avrop mot rammeavtalen (for eks. befaring) skal være maksimalt 1 arbeidsdag

Responstid fra tidspunkt leverandør mottar avrop mot rammeavtalen skal være maksimalt 3 arbeidsdager.

Ved hasteoppdrag må leverandøren kunne møte på oppgitt lokasjon innen 4 timer.

Ved uforutsette situasjoner må leverandøren kunne møte på oppgitt lokasjon innen 2 timer. "

- (9) Kravspesifikasjonen var utformet i tabellform under punkt 2.1 "Krav og dokumentasjon", og det var innledningsvis redegjort for de ulike kolonnene i tabellen. Herunder var det gitt en beskrivelse av "Type krav" som fremgikk av tabellen, hvor det fremgikk at:

"Minstekrav eller evalueringskrav

Minstekrav til aktuell vare/tjeneste er ikke relatert til et tildelingskriterium. Besvarelse av minstekrav vil legges til grunn for Oppdragsgivers vurdering og konklusjon ja eller nei mht hvovidt kravet er oppfylt. I kravspesifikasjonstabellene under forkortet til kravtype M.

Evalueringskrav er ønskekrav til aktuell vare/tjeneste og er relatert til et tildelingskriterium. Besvarelse av evalueringskrav vil ligge til grunn for Oppdragsgivers evaluering og karaktersetning. I kravspesifikasjonstabellene under forkortet til kravtype E."

- (10) I kravspesifikasjonstabellen var det oppgitt total ti krav, hvorav fem var evalueringskrav, herunder punkt 3, 6, 8, 9 og 10. Samtlige evalueringskrav var knyttet til tildelingskriteriet "Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering". De øvrige kravene var oppgitt som minstekrav.
- (11) Det fremgikk av kravspesifikasjonstabellens punkt 2 (minstekrav) at leverandøren skulle "utarbeide estimer, statistikker og rapporter på oppdrag som skal utføres, oppdrag som er utført og oppdrag som er under utførelse." Videre fremgikk at "Estimer, statistikker og rapporter kan omhandle både timer, materiell og utstyr, antall oppdrag, lokasjon, oppdragets art, HMS, kvalitetssikring etc"
- (12) Følgende hitsettes fra kravspesifikasjonstabellens punkt 3 (evalueringskrav):

"Avrop mot rammeavtalen vil bestå av oppdrag innen flere fagområder på forskjellige lokasjoner til samme tid. Dette vil kreve at leverandørene har system og rutiner til å koordinere og administrere egne og andre leverandørers/underleverandørers oppdrag og personell innen de forskjellige fagområdene.

De overordnende føringer og planlegging av oppdragene vil bli gitt på byggemøter arrangert av Oppdragsgivers eiendomsavdeling.

Eiendomsavdelingen vil også i samarbeid med rammeavtaleleverandørene ivareta den overordnende koordinering og administrasjon av rammeavtalen.

I tillegg er eiendomsavdelingen ansvarlig for budsjett og kostnader, kostnadsrapportering, intern kostnadsfordeling, samt oppfølging og rapportering innen HMS og kvalitetssikring for alle oppdrag omfattet av rammeavtalen.

I forbindelse med ovennevnte er eiendomsavdelingen avhengig av estimer, statistikker og rapporter fra rammeavtaleleverandøren.

Leverandøren bes i denne forbindelse beskrive hvordan leverandøren ved estimer, statistikker og rapporter etc. vil dokumentere det enkelte oppdrag, de totale oppdrag, oppdrag under utførelse, planlagte oppdrag, samt forefallende arbeid utført under rammeavtalen."

- (13) Det fremgikk av kravspesifikasjonstabellens punkt 5 (minstekrav) at tilbudt personell på de ulike oppdrag/avrop skulle *"inneha alle nødvendige fagbrev, sertifikat og autorisasjoner som er nødvendig for å utføre arbeidet under rammeavtalen."*

- (14) I kravspesifikasjonstabellens punkt 6 (evalueringskrav) fremgikk det følgende:

"Oppdragsgiver ønsker høy kvalitet og faglig dyktighet på personell som tilbys til rammeavtalen. Dette innbefatter både utførende og ledende personell. Tilbyder bes i sitt tilbud legge ved en liste over personell som tilbys rammeavtalen, inkludert CV med informasjon om relevant kompetanse, fagbrev, sertifisering etc. For ledende personell ønskes i tillegg rolle personellet er tiltenkt i rammeavtalen."

- (15) I kravspesifikasjonstabellens punkt 8 (evalueringskrav) fremgikk det følgende:

"Oppdragsgiver ønsker å effektivisere sine vedlikehold og prosjektjenester innen fagene og oppdragene som er omfattet av rammeavtalen, og ønsker innspill fra tilbyder på dette området.

Tilbyder bes i sitt tilbud beskrive forslag til effektivitetstiltak ved utførelse av oppdragene som er omfattet av rammeavtalen.

Tiltakene kan omfatte både administrative rutiner og utførende arbeid knyttet til oppdragene.

Tilbyder bes også beskrive ev. "målevertøy" for å måle ev. effekter av tiltakene.

Oppdragsgiver gjør oppmerksom på at dette evalueringskravet vil tillegges særskilt høy vekt."

- (16) Det fremgikk videre av kravspesifikasjonstabellens punkt 9 (evalueringskrav) at:

"Vedlikehold og ombyggingsarbeider ved Helse Stavanger HF vil bestå av mange multidisiplin oppdrag i tillegg til oppdrag omfattet av denne rammeavtalen. Dette vil, sammen med en ofte varierende og tidsbegrenset adkomst til områdene hvor oppdragene skal gjennomføres, kreve et godt og koordinert samarbeid mellom alle disiplinene også de disipliner som ikke er omfattet av rammeavtalen. I tillegg til et godt samarbeid og god koordinering vil en god multifunksjonell forståelse og planlegging være en forutsetning for å kunne utføre oppdragen[e] på en hensiktsmessig og rasjonell måte. Tilbyder bes i sitt tilbud beskrive konkrete prosedyrer, system og "verktøy" som vil bli benyttet i forbindelse med koordinering av eget oppdrag som utføres samtidig med multidisiplin oppdrag hvor oppdragene er planmessig eller tilfeldig "avhengige" av hverandre."

- (17) I kravspesifikasjonstabellen punkt 10 (evalueringskrav) fremgikk det følgende:

"Avrop mot rammeavtalen vil bestå av oppdrag innen flere fagområder på forskjellige lokasjoner på samme tid. Dette stiller store krav til leverandørens logistikksystem.

Tilbyder bes i sitt tilbud beskrive konkrete prosedyrer, system og "verktøy" som vil bli benyttet i forbindelse med koordinering og leveranse av personell og materiell til oppdragene omfattet av rammeavtalen."

- (18) I utkast til rammeavtale fremgikk det under punkt 4 "Utførelse" punkt 4.4 at det var planlagt byggemøter og andre koordineringsmøter ved behov, og videre at "Arbeidsbeskrivelse og oppdragbeskrivelse, drift, fremdrift, kvalitet, koordinering, avvik og endringer, samt HMS vil være hovedtema på møtene."
- (19) I konkurransegrunnlagets del 2 vedlegg 7 "Lokasjoner i Helse Stavanger" var det oppgitt 53 ulike poster, fordelt over ni kommuner. For postene var det oppgitt ulike antall etasjer og det var stor forskjell i postenes areal.
- (20) Innen fristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Faber Bygg AS (heretter kalt klager) og BIS Production Partner IFS AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (21) Klager ble i brev datert 17. november 2011 meddelt at deres tilbud ble avvist, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Avvisningen ble påklaget, men opprettholdt av innklagede.
- (22) I evalueringsmatrisen [udatert] fremgår det at "Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering" var vektet med 25 % ved evalueringen av samtlige delleransers. Det er oppgitt følgende vekting for samtlige evalueringskrav i kravspesifikasjonstabellen; 3 (15 %), 6 (15 %), 8 (40 %), 9 (15 %) og 10 (15 %). Det var videre gitt en beskrivelse og begrunnelse for gitt karakter til valgte leverandør.
- (23) Klager ble meddelt tildelingsbeslutning i brev datert 7. desember 2011, hvor det fremgikk at kontrakt ville tildeles valgte leverandør. Det fremgikk at valgte leverandør var vinner av alle ti delleransers, både når delleransene vurderes hver for seg og når de vurderes samlet.
- (24) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev datert 27. desember 2011.
- (25) Innklagede bekreftet i brev datert 13. januar 2012 at kontraktsinngåelse ville avventes til klagenemnda hadde behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (26) Klager anfører prinsipalt at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, da tildelingskriteriet "Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering" mangler tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, i strid med forskriften § 22-2 (2), jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 (Lianakis) og Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 14. februar 2011 (LE-2011-11664). Klager har vist til at evalueringskrav 3, 8, 9 og 10 er krav til leverandørenes gjennomføringsevne, mens evalueringskrav 6 oppstiller krav til leverandørens kompetanse. Konsekvensen av bruddet er at konkurransen må avlyses, jf. forskriften § 22-1.
- (27) Klager viser til at det skal inngås rammeavtale etter NS 8406, som gjelder entrepriseoppdrag av mindre kompleksitet og hvor byggherre står for prosjektering, jf. særlig punkt 1 og punkt 18.1 bokstav a. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget eller av utkastet til rammeavtale at prosjektering skal være en del av leveranse fra

entreprenøren, og det er ikke etterspurt kompetanse til for eksempel en potensiell prosjektering. Det er klart at evalueringskravene slik de fremgår av kravspesifikasjonen ikke er knyttet opp mot tjenesteelementer hvor innovasjon og kreativitet vil være relevant.

- (28) I kravspesifikasjonstabellen punkt 6 er det etterspurt kompetanse på samtlige personer som skal utføre arbeider etter rammeavtalen, som er så generelt at det ikke kan kategoriseres som annet enn et kvalifikasjonskrav til leverandørene. Det er ikke etterspurt konkret kompetanse som kunne gitt leverandørens tilbud en merverdi i form av innovasjon og kreativitet. Kompetanse som tildelingskriterium, eller som del av et tildelingskriterium, kunne dermed ikke lovlig benyttes.
- (29) Tjenesteyters kreativitet og innovasjon vil ikke være rettslig relevant i forhold til den tjeneste som skal leveres, herunder vedlikehold og ombyggingsarbeider, jf. LE-2011-11664, hvor det slås fast at dersom kompetansen skal benyttes som tildelingskriterium må dette knyttes opp mot innovasjon og kreativitet for leverandørenes evne til å gi kontraktsgjenstanden en merverdi. Klagenemndas sak 2010/192 er heller ikke relevant, og er uansett avgjort før LE-2011-11664. Kompetanse i forhold til administrasjon av øvrige entrepriser er ikke kompetanse tilknyttet innovasjon og kreativitet og faller da heller ikke inn under tillatt etterspurt kompetanse.
- (30) For gjennomføringsevne er det etterspurt rutiner og systemer for effektivisering osv., og ikke tilbudt personells kompetanse innenfor disse områdene. Dette er klart et krav til leverandørens gjennomføringsevne, et kvalifikasjonskrav, og ikke et tillatt tildelingskriterium.
- (31) På bakgrunn av resultatet gjengis ikke anførslene vedrørende avvisning av klager.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium

- (32) Innklagede bestrider at tildelingskriteriet "*Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering*" er i strid med forskriften § 22-2 (2) og ulovlig. Samtlige av underkriteriene er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud i konkurransen. Oppdragsgiveren har gjennom beskrivelsen av tildelingskriteriet i kravspesifikasjonen definert den etterspurte tjenesten som noe mer enn bare timeproduksjon innen de ulike fagene. Tilbyder må yte tjenester som innebærer et bredt samarbeid med oppdragsgiver og andre leverandører for prosjektering, utarbeidelse av konkrete løsninger på det konkrete oppdrag, rapportering, effektivisering av ytelsene under rammeavtalen, logistikk og lignende. Det er innklagedes hensikt med konkurransen at tilbyderne under rammeavtalen skal yte en verdiskapende, kompetansekrevenne tjeneste. Ingen av kvalifikasjonskravene som er anvendt i konkurransen er sammenfallende med eller gjentatt som tildelingskriterier. I kvalifikasjonskravet om nødvendige tillatelser, godkjenninger, autorisasjoner og mesterbrev stilles det krav til virksomheten som sådan, og ikke til den personlige kompetansen til de personene som tilbys til å gjennomføre oppdragene under rammeavtalen.
- (33) I tillegg til selve utførelsen av håndverkertjenesten, skal leverandøren delta i prosjekteringen/planleggingen av større prosjekter, jf. kravspesifikasjonen punkt 2.1 nr. 3. Ytelsen som etterspørres i konkurransen har et fremtredende innsatselement hvor leverandørens ferdigheter, kreativitet og evne til å se løsninger er av stor betydning. Det

må være anledning til å konkurrere om tjenestekvalitet, også hva gjelder personene som tilbys under rammeavtalen.

- (34) Kriteriene i kravspesifikasjonen punkt 3, 6, 8, 9 og 10 relaterer seg til kvaliteten på tjenesten som tilbys og arbeidet som skal utføres under kontrakten. Leverandørens evne til å skape gode løsninger og produsere effektivt samt koordinere, vil ha stor betydning for hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige for oppdragsgiver, og leverandørens evne til å optimalisere løsningene vil være av sentral betydning for kvaliteten av ytelsen som tilbys. Videre vil det være av stor betydning hvilken personlig kompetanse personene som tilbys under rammeavtalen besitter, da det er disse som skal utføre ytelsene under kontrakten. I tillegg kommer at ytelsene under kontrakten i all hovedsak skal utføres som regningsarbeid, da prisen for det enkelte oppdrag ikke er gitt på forhånd. Samtlige kriterier vil kunne ha betydning for pris og kvalitet av den tilbudte ytelse, og er dermed egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (35) Innovasjon og kreativitet er relevant i konkurransen. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas sak 2010/192 premiss (49) hvor det ble uttalt: *"Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det at anskaffelsen gjelder "utførelse" av bygge- og anleggsarbeid for oppføring av et ferdig prosjektert bygg, i seg selv er til hinder for å benytte tildelingskriterier knyttet til utførelsen av oppdraget."* Det er ikke konflikt mellom rettens forståelse i LE-2011-11664 og klagenemndas sak 2010/192. Innklagede har klart definert ytelsen til å innebære en rekke andre tjenester enn en ren arbeidsytelse. Det understrekes at innklagede ikke hevder leverandøren skal ha ansvar for prosjektering, men at leverandøren skal samarbeide med andre fag/andre leverandører under andre rammeavtaler, herunder også samarbeid med leverandøren av den rådgivende ingeniørtjeneste, jf. kravspesifikasjonen punkt 2.1 nr. 3. I praksis innebærer dette at leverandøren må utarbeide løsningsforslag for fagene leverandøren har ansvar for.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder rammeavtale for vedlikeholds- og ombyggingsarbeider, og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. 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. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig tildelingskriterium

- (37) Den første problemstillingen er hvorvidt tildelingskriteriet *"Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering"* er ulovlig, jf. forskriften § 22-2.
- (38) Etter konkurransegrunnlaget skulle tildelingskriteriet *"Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering"* (25 %) evalueres på bakgrunn av statistikk, personell, effektivisering og koordinering og planlegging, og underkriteriene var angitt ved oppstilte evalueringskrav i kravspesifikasjonstabellen. Klager anfører at underkriteriene benevnt som evalueringskrav 3, 8, 9 og 10 i realiteten er krav til leverandørens gjennomføringsevne, mens underkriteriet benevnt som evalueringskrav 6 oppstiller krav til leverandørens kompetanse.
- (39) Etter forskriften § 17-4 (1) og (2) kan oppdragsgiver stille minimumskrav til leverandørene som *"skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene"*.

- (40) Det fremgår av forskriften § 22-2 (2) at "[d]ersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden". Dette forstås slik at tildelingskriteriene som benyttes må være egnet til å identifisere det mest fordelaktige tilbudet, jf. for eksempel klagenemndas saker 2010/192 premiss (36) og 2009/80 premiss (26). Det samme gjelder for underkriterier til et tildelingskriterium, jf. blant annet 2009/64.
- (41) Det følger forutsetningsvis av forskriften § 20-1 at krav anvendt under kvalifiseringen av leverandører ikke kan gjentas som tildelingskriterier. I regelverket skilles det dermed mellom å oppstille krav for evaluering av tilbydernes evne til å gjennomføre kontrakten, og evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (42) 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 en fastsatt frist, ikke kunne benyttes som tildelingskriterier i stedet for kvalifikasjonskrav.
- (43) Det første spørsmålet blir da om underkriteriet benevnt evalueringskrav 3 er et lovlig tildelingskriterium. Kriteriet gjaldt system og rutiner for koordinering og administrasjon. Dette kriteriet kan hevdes å sammenfalle med kvalifikasjonskravet til gjennomføringsevne i konkurransegrunnlagets punkt 4.3 om tekniske og faglige kvalifikasjoner, som blant annet skulle dokumenteres ved å beskrive "*hvordan tilbyder er organisert for å gjennomføre oppdrag omfattet av rammeavtalen*". På den andre siden er en mulig forståelse av underkriteriet at dette gjelder beskrivelsen av hvordan tilbyderne ved estimer, statistikker og rapporter ville "*dokumentere det enkelte oppdrag, de totale oppdrag, oppdrag under utførelse, planlagte oppdrag, samt forefallende arbeid utført under rammeavtalen*".
- (44) Begrunnelsen for et slikt krav om beskrivelse av dokumentasjon var at innklagedes eiendomsavdeling var avhengig av estimer, statistikker og rapporter fra leverandøren for sin planlegging, koordinering og administrasjon, samt budsjett og kostnader. Det var imidlertid oppgitt som et minstekrav i kravspesifikasjonstabellens punkt 2 at estimer, statistikker og rapporter skulle utarbeides for oppdrag som skulle utføres, var utført og var under utførelse. Underkriteriet knytter seg altså til oppfyllelse av et minstekrav, eller tilbydernes evne til å oppfylle kontraktskravet. Som det fremgår av EU-domstolens sak C-532/06 («*Lianakis*»), kan forhold knyttet til rettmessig kontraktsoppfyllelse ikke brukes som tildelingskriterier i stedet for kvalifikasjonskrav. Underkriteriet benevnt evalueringskrav 3 er dermed ikke et lovlig tildelingskriterium.
- (45) Videre blir spørsmålet om underkriteriet benevnt som evalueringskrav 6 er et lovlig tildelingskriterium. Klager har anført at dette underkriteriet er utformet så generelt at det ikke kan kategoriseres som annet enn et kvalifikasjonskrav til leverandørene.
- (46) Klagenemnda har tidligere i flere saker lagt til grunn at "*Lianakis*"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, så fremt erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte generelle kvalifikasjoner i vurderingen av den tilbudte tjenestens kvalitet, og derved er egnet til å skille ut det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. blant annet 2010/192 og 2008/120. Klagenemnda har imidlertid lagt til grunn at konkurransegrunnlaget utvetydig må klargjøre at vurdering av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, jf. klagenemndas saker 2010/258 premiss (25), 2008/120 premiss (58) og 2008/92 premiss (97).

- (47) I punkt 6 fremgikk det at oppdragsgiver ønsket *"høy kvalitet og faglig dyktighet på personell"* og at det dermed skulle vedlegges liste over personell med CV som inneholdt informasjon om relevant kompetanse, fagbrev og sertifisering, og informasjon om hvilken rolle ledende personell var tiltenkt i rammeavtalen.
- (48) På bakgrunn av at kontrakten skal gjennomføres som *"regningsarbeid"* hvor det ikke er oppgitt en samlet pris, kan ikke klagenemnda utelukke at kompetansen til tilbudt personell vil kunne ha betydning for tidsbruk ved utførelsen, og dermed også kunne bidra til kostnadsbesparelser for innklagede. Klagenemnda finner imidlertid at det er uklart på hvilken måte underkriteriet knyttet til kompetanse skiller seg fra kvalifikasjonskravet om gjennomføringsevne i konkurransegrunnlaget punkt 4.3, og minstekravet i kravspesifikasjonstabellens punkt 5 om at tilbudt personell hadde *"nødvendige fagbrev, sertifikat og autorisasjoner"* for å utføre arbeidet under rammeavtalen. Det var dermed ikke gjort tilstrekkelig klart at evalueringen av tilbudt kompetanse ikke var sammenfallende med vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Underkriteriet benevnt som evalueringskrav 6 er dermed ikke et lovlig tildelingskriterium.
- (49) Endelig blir spørsmålet blir om evalueringskrav 9 og 10 var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (50) Kravene i kravspesifikasjonstabellen punkt 9 og 10 var i hovedsak knyttet til krav om beskrivelse av prosedyrer, system og verktøy for koordinering av henholdsvis eget oppdrag *"hvor oppdragene er planmessig eller tilfeldig "avhengige" av hverandre"* og logistikk i forhold til *"personell og materiell"*.
- (51) For kvalifikasjonskravet til gjennomføringsevne i konkurransegrunnlagets punkt 4.3, skulle tilbyderne blant annet beskrive *"hvordan tilbyder er organisert for å gjennomføre oppdrag omfattet av rammeavtalen."* Videre var det i kravspesifikasjonen punkt 2 blant annet stilt eksplisitte krav til responstid. Kravene i kravspesifikasjonstabellen 9 og 10 gjelder dermed tilbyderens evne til å gjennomføre kontrakten, og er ikke knyttet til forhold som vil gi innklagede en konkret merverdi utover rettmessig kontraktsoppfyllelse. Evalueringskrav 9 og 10 er dermed ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (52) Som det fremgår ovenfor er underkriteriene benevnt evalueringskrav 3, 6, 9 og 10 ikke lovlige underkriterier. Tildelingskriteriet *"Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering"* må dermed anses ulovlig, og innklagede har brutt forskriften § 22-2 (2).

Avlysning

- (53) Klagenemnda må videre ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet *"Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering"* som tildelingskriterium, er en feil som innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (54) 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):

"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."

- (55) Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Ulovligheten her fremkommer ved at flere underkriterier ikke er i samsvar med regelverket. Et tildelingskriterium vil regelmessig ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om de overhodet skal delta 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. 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.

Konklusjon:

Helse Stavanger HF har brutt forskriften § 22-2 (2) ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

27. februar 2011

Arve Rosvold Alver