



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse om inkasso- og fakturerings tjenester. Klagenemnda kom til at anskaffelsen var omfattet av forsyningsforskriften. Innklagede hadde brutt forsyningsforskriften § 11-1 (2) ved å benytte tildelingskriteriet "Referanser". Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 21.08.2014 i sak 2012/227

Klager: Gothia AS

Innklaget: Skagerak Nett AS

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Kai Krüger

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Begrunnelse. De generelle kravene i § 5. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Skagerak Nett AS (heretter innklagede eller SN) kunngjorde 10. mai 2011 en kvalifikasjonsordning etter forsyningsforskriften § 7-10, jf. § 8-4. Kvalifikasjonsordningen er også kunngjort på nytt, jf. forsyningsforskriften § 8-4.
- (2) Gothia AS (heretter klager) mottok, etter kvalifisering i kvalifikasjonsordningen, 30. april 2012 en e-post fra innklagede med forespørsel om å utarbeide en presentasjon om avgjørende momenter for en vellykket inkassoleveranse. Forespørselen ble fulgt opp med et konkurransegrunnlag, som ble oversendt per e-post 25. juni 2012. Tjenesten som skulle anskaffes gjaldt inkassotjenester og faktureringsløsninger.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3 ble det opplyst følgende om kvalifisering:

"SN benytter Sellihca, og aktuell leverandør må være kvalifisert i Sellihca ved kontraktsinngåelse og sørge for at kvalifiseringen holdes ved like i kontraktsperioden. Det gjøres oppmerksom på at registrering i Sellihca LocalSupply ikke er tilfredsstillende kvalifisering. Aktuell leverandør må være registrert og kvalifisert i Sellihca Kvalifikasjonsordning.

Tilbyder skal i sitt tilbud bekrefte ovenstående punkt.

SN stiller følgende krav for å være kvalifisert til å være leverandør av inkassotjenester og faktureringsløsninger:

- 1. Årlig omsetning minimum NOK 10 mill.*
- 2. Positivt driftsresultat.*
- 3. Egenkapitalandel minimum 10 %.*
- 4. Likviditetsgrad minimum 1,0.*
- 5. Skatteattest utstedt av skattekontoret (skattefagd) for merverdiavgift.*

6. Skatteattest utstedt av skatteoppkreverkontoret (kemner) for skatt og arbeidsgiveravgift.

Alle leverandører bes sende inn dokumentasjon som angitt i pkt 5 og 6 ovenfor sammen med tilbudet.

Leverandører som ikke er registrert og kvalifisert i Sellihca pr 18.06.2012, skal i tillegg sende med dokumentasjon som angitt i pkt 1-4 ovenfor."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 fremgikk det at tildeling skulle skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier:

Kriterium	Vekt	Grunnlag
Pris	20 %	Samlet vurdering av pris gjengitt i kjøpsavtalens Bilag 7. Alle priselementer, inkludert funksjonell leveranse, vedlikeholdsavtale, prosjekt/leveransekostnad mv legges til grunn i den samlede vurderingen.
Kvalitet	40 %	Totalvurdering av løsninger og kvalitet på leveransen ut fra tilbyderens dokumentasjon i kjøpsavtalens Bilag 2 og 5 og tilhørende tjenesteavtale, Tilbyders tjenester og prosesser.
Gjennomføringsevne	30 %	Samlet vurdering av tilbydernes evne til å sikre en troverdig leveranse i hht Oppdragsgivers krav, hovedsakelig dokumentert gjennom Tilbyders tilnærming og gjennomføring av leveransene, partnertjenester og ressursallokering.
Referanser	10 %	Tilbyders referanser

- (5) Innklagede meddelte i brev til klager 28. september 2012 at selskapet hadde til hensikt å tildele kontrakten til Sergel Norge AS (heretter valgte leverandør).
- (6) I tildelingsbeslutningen ble det opplyst:

"Evalueringen av tilbudene er gjort ved at det er gitt karakterer for både pris/økonomi og kvalitet. Karakterskalaen går fra 0 til 6, hvor 6 er best. Karakterene er angitt nedenfor.

		Gothia AS	Sergel Norge AS
Pris/Økonomi	20 %	5,0	5,5

<i>Kvalitet</i>	<i>40 %</i>	<i>4,9</i>	<i>5,0</i>
<i>Gjennomføringsevne</i>	<i>30 %</i>	<i>5,3</i>	<i>5,0</i>
<i>Referanser</i>	<i>10 %</i>	<i>5,0</i>	<i>5,0</i>
<i>Veid karakter</i>		<i>5,0</i>	<i>5,1</i>

[...]

Referanser – kommentarer:

I vår vurdering av referanser har vi lagt vekt på relevans både i forhold til bransje og størrelse på tilbyders kunder. Deres tilbud er vurdert høyt.

Generelt vil vi understreke at tilbyderne har presentert meget gode løsninger i forhold til kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Avstanden fra deres tilbud til foretrukket tilbud er liten.

Skagerak Nett AS vil takke Gothia AS for mangeårig, hyggelig og konstruktivt samarbeid. Berørte fagmiljøer hos oss vil ta kontakt for å legge til rette for en mest mulig smidig overgang til ny samarbeidspartner for inkassotjenester og faktureringsløsninger.

Med denne informasjonen anser Skagerak Nett AS at vilkårene i Lov om offentlige anskaffelser (LOV 1999-07-16 nr 69) og Forsyningsforskriften (FOR 2006-04-07 nr 403) om oppdragsgivers begrunnelsesplikt er ivaretatt."

- (7) I brev til innklagede 8. oktober 2012 ba klager om ytterligere informasjon om beslutningsprosessen, blant annet vedrørende tildelingskriteriet "Referanser":

"Gothia har på anmodning oppgitt flere ulike representative referanser for aktuelle tjenester. Vi er i ettertid blitt kjent med at verken Telenor ASA, EnterCard Norge, Ventelo AS eller Eneas AS har blitt kontaktet av Skagerak Nett i forbindelse med evalueringen.

Ettersom referanser er et vektet kriterium i evalueringen ber vi om en tilbakemelding på hvordan Gothias referanser har blitt vurdert opp mot de referanser Sergel har gitt samt en nærmere begrunnelse av den faktiske oppnådde poengscoren for begge tilbyderne."

- (8) I brev til klager av 9. oktober 2012 opplyste innklagede:

"Referanser (vektet 10 %)

Skagerak Nett AS gjør oppmerksom på at vi ikke har forpliktet oss til en prosess for vår vurdering av referanser. Når dere har vært vår samarbeidspartner på inkasso gjennom mange år, har vi det beste grunnlaget for å gi dere en høy score på dette kriteriet for inkassodelen av tilbudet. I forhold til faktureringsdelen av tilbudet er de samarbeidspartnerne dere har knyttet til dere godt kjent av vårt interne avregnings- og

faktureringsmiljø som meget gode.

Vi har ikke funnet grunn til å kontakte de referanser dere har oppgitt i tilbudet, og har forutsatt at en eventuell dialog med disse ikke ville svekket vår erfaring med dere som en seriøs og solid samarbeidspartner."

- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 6. november 2012. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 11. oktober 2012.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt plikten til årlig kunngjøring for kvalifikasjonsordninger i forsyningsforskriften § 8-4, jf. § 7-10 (9), og ved dette foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Ulovlig tildelingskriterium

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-1 (2) ved å benytte tildelingskriteriet "*Referanser*". Måten innklagede har anvendt kriteriet på, er kun egnet til å si noe om leverandørens generelle evne til å oppfylle kontrakten, og ikke til å belyse tilbudets kvalitet. I tillegg ble samme forhold vurdert to ganger, én gang i kvalifikasjonsvurderingen, og én gang i tildelingsevalueringen.

Vilkårene for erstatning

- (13) Klager ber klagenemnda om å uttale seg om vilkårene for erstatning for klager er oppfylte, jf. loven § 11.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (14) Innklagede bestrider at det har blitt foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Foruten de to kunngjøringene 10. mai 2011 og 31. juli 2012 ble kvalifikasjonsordningen kunngjort 3. januar 2012. Selv med klagers forståelse av forsyningsforskriften § 8-4, kan det ikke være særlig tvilsomt at innklagede har kunngjort "*årlig*".

Ulovlig tildelingskriterium

- (15) Innklagede bestrider at tildelingskriteriet "*Referanser*" er ulovlig. Da innklagede i tildelingsbeslutningen uttalte å ha vektlagt "*relevans både i forhold til bransje og størrelse på tilbyders kunder*", var dette et forsøk på å vise til at referansene skulle si noe spesifikt om bransjeforståelsen, og på denne måten være tilbudsspesifikk. Videre har ikke samme forhold vært vurdert to ganger, da "*Referanser*" ikke var oppstilt som et kvalifikasjonskrav.

Vilkårene for erstatning

- (16) For det tilfelle at klagenemnda kommer til at innklagede har gjort feil i anskaffelsesprosessen, bestrides det at klager har krav på erstatning. Ingen av de påståtte feilene gir grunnlag for å konstatere med klar sannsynlighetsovervekt at klager ville blitt tildelt kontrakten hvis feilen tenkes borte.
- (17) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda har kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klagen er rettidig, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Konkurransen gjelder anskaffelse av inkassotjenester og faktureringsløsninger, som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 11.

Hvorvidt forsyningsforskriften kommer til anvendelse

- (19) Klager har fremsatt flere anførsler om brudd på forsyningsforskriften. Første spørsmål er om forsyningsforskriften kommer til anvendelse for anskaffelsen.
- (20) Det er ikke tvilsomt at innklagede er en oppdragsgiver som er omfattet av forsyningsforskriften, jf. denne forskriften § 1-2. Innklagede har ansvar for distribusjon av elektrisk energi, og har områdekonsesjon for hele Vestfold samt de fire kommunene Skien, Porsgrunn, Bamble og Siljan. I tillegg eier og drifter selskapet rundt 90 prosent av alt regionalnett i Vestfold og Telemark. Det er dermed klart at nettvirksomheten i seg selv er omfattet av forsyningsforskriften, ved at innklagede *"drive[r] faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med [...] distribusjon av [...] elektrisitet"*, jf. forsyningsforskriften § 1-3.
- (21) Spørsmålet er om den foreliggende anskaffelse, som gjelder kontrakt for inkasso- og fakturerings tjenester, også er omfattet av forsyningsforskriften. Det følger av forsyningsforskriften § 1-6 (2) at forskriften ikke får anvendelse på kontrakter for andre formål enn utøvelse av aktivitet som nevnt i § 1-3.
- (22) Etter forsyningsforskriften § 1-3 får denne forskriften anvendelse på aktiviteter *"som har til formål [...] å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av"* blant annet elektrisitet.
- (23) Formålet med anskaffelsen som foretas er altså avgjørende for om en gitt kontrakt er omfattet av forsyningsforskriften. Det må vurderes om den aktuelle kontrakten inngår som ledd i utøvelsen av oppdragsgivers forsyningsaktivitet.
- (24) Foreliggende anskaffelse gjelder kontrakt for inkasso- og fakturerings tjenester for innfordring av nettleieinntekter, samt salgsinntekter for kraftleverandører som har kunder i innklagedes nettområde. Innfordring av salgsinntekter for kraftleverandørene i innklagedes nettområde kan etter klagenemndas syn ikke anses å inngå som ledd i oppdragsgivers forsyningsaktivitet. Det er imidlertid nærliggende å legge til grunn at det er innfordring av innklagedes egne fordringer som utgjør *"kontraktens hovedgjenstand"*, jf. forsyningsforskriften § 2-2 (1). Dette er heller ikke bestridt av innklagede.

- (25) EU-domstolen har i en eldre avgjørelse av 11. juli 1991 i C-247/89 vedrørende transportsektoren, uttalt at det ikke skal legges til grunn en innskrenkende tolkning av begrepet "*transportvirksomheder*". Begrepet måtte omfatte transportsektoren som helhet, og ble ansett å omfatte en kontrakt om levering og installasjon av en telefonsentral. Telefonsentralen ble ansett å være nært tilknyttet flytransport av personer og gods, som ikke ville kunne gjennomføres uten den nødvendige infrastruktur og de tjenester som lufthavnen stilte til rådighet.
- (26) Poulsen m.fl. (EU Udbudsretten: Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, Forsyningsvirksomhedsdirektivet (2011) 2. utgave) viser til C-247/89, og skriver at avgjørelsen "*taler for, at der skal anlægges en funktionel betragtning ved afgrænsningen af de af forsyningsvirksomhedsdirektivet omfattede aktiviteter, og at kunne sådanne sideordnede aktiviteter vil være omfattet, som er nødvendige for udførelsen af den pågældende aktivitet.*
Der kan formentlig opstilles den formodningsregel, at hvor ordregiveren alene udfører aktiviteter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, vil alle ordregiverens anskaffelser relatere sig til denne aktivitet og dermed kunne indgås på grundlag af dette direktiv. Dette vil f.eks. omfatte kontrakter om rengøring af bygninger, kantinedrift o.a."
- (27) Denne forståelsen er klagenemnda enig i. Nettleie gir nettselskapene inntekter til dekning av kostnadene i forbindelse med driften av energinettverk. Inkasso- og fakturerings tjenester for inndrivelse av disse inntektene er nødvendige for utførelsen av forsyningsaktiviteten, og er derfor omfattet av forsyningsforskriften.
- (28) Dette betyr at forsyningsforskriftens regler kommer til anvendelse på konkurransen om denne kontrakten. Anskaffelsens verdi fremkommer ikke av konkurransegrunnlaget, men innklagede opplyser i sitt tilsvarende at konkurransen ble gjennomført etter forsyningsforskriften del I og II, jf. § 2-1 og § 2-2.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt plikten til årlig kunngjøring i kunngjøringsregelen for kvalifikasjonsordninger i forsyningsforskriften § 8-4, jf. § 7-10 (9), og ved dette foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (30) I innklagedes tilsvarende opplyses det at kvalifikasjonsordningen ble kunngjort 10. mai 2011, og at denne senere ble avløst av ny kunngjøring 31. juli 2012. Klager anfører på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravet til "*årlig*" kunngjøring, jf. forsyningsforskriften § 8-4, fordi ordlyden må forstås som et krav om fornyet kunngjøring innen et år etter forrige utlysning.
- (31) Innklagede har i prosesskrift til klagenemnda, datert 6. februar 2013 opplyst at det skjedde en kunngjøring mellom 10. mai 2011 og 31. juli 2012; den 3. januar 2012. Klagenemnda legger dette til grunn og viser til at kunngjøringen er dokumentert og angir publiseringsdato som angitt. Innklagedes konkurransegrunnlag er datert 22. juni 2012, altså innen 1 år fra kunngjøringen av 3. januar 2012. Det er følgelig ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Ulovlig tildelingskriterium

- (32) Klager anfører at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-1 (2) ved å benytte tildelingskriteriet "*Referanser*". Det vises til at måten innklagede har anvendt kriteriet på kun er egnet til å si noe om leverandørens generelle evne til å oppfylle kontrakten, og ikke til å belyse tilbudets kvalitet.
- (33) Av forsyningsforskriften § 11-1 (2) framgår det at oppdragsgiver, når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal benytte kriterier "*som har tilknytning til kontraktsgjenstanden*". I dette ligger et krav om at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. for eksempel klagenemndas saker 2011/367 premiss (40) og 2012/121 premiss (57).
- (34) Spørsmålet er således om tildelingskriteriet "*Referanser*" er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (35) EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om et skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). Dommen gjelder klassisk sektor, men i sak C-199/07 ga domstolen dommen tilsvarende anvendelse for forsyningsdirektivet. I Lianakis-dommen ble det blant annet uttalt at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes 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).
- (36) Klagenemnda har etter dommen ble avsagt behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne type tildelingskriterier, se blant annet klagenemndas sak 2012/186 premiss (43) med videre henvisninger. I disse sakene har klagenemnda lagt til grunn at vurderinger som i utgangspunktet hører under kvalifikasjonsvurderingen, i visse tilfeller også kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. også Rettens avgjørelser i T-461/08 og T-39/08. Dette forutsetter imidlertid at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, og at dette fremgår tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget.
- (37) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 er "*Referanser*" oppstilt som et selvstendig tildelingskriterium. Den eneste beskrivelsen av tildelingskriteriets innhold er formuleringen; "*Tilbyders referanser*". Det er ikke angitt hva som skal vurderes under tildelingskriteriet. Da det ikke knyttes opp mot tilbudt personell eller konkrete arbeidsoppgaver, fremstår kriteriet "*Referanser*" utelukkende å rette seg mot hva leverandørene har gjort tidligere, altså leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, se Lianakis-dommen premiss 30 og klagenemndas avgjørelse i sak 2012/186 premiss 46. Innklagedes anførsel om at det senere, i tildelingsbeslutningen, har vært forsøkt å klargjøre hvordan tildelingskriteriet var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, kan ikke endre på dette.
- (38) Klagenemnda er kommet til at tildelingskriteriet "*Referanser*" ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forsyningsforskriften § 11-1 (2), og må derfor anses ulovlig.

Avlysning av konkurransen

- (39) Klagenemnda må videre ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, er en feil som innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (40) 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."

- (41) 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 ikke et unntak fra denne hovedregelen. Innklagede hadde etter dette en plikt til å avlyse konkurransen.
- (42) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda har kommet til, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Vilkårene for erstatning

- (43) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylte, jf. klagenemndforskriften § 12.

Konklusjon:

Skagerak Nett AS har brutt forsyningsforskriften § 11-1 (2) ved å benytte tildelingskriteriet *"Referanser"*.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven