



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikehold av veier. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriet "Vurdering av tilbyders evne for gjennomføring av oppdraget" var ulovlig. Dette fordi innklagede ikke hadde synliggjort at vurderingen under tildelingskriteriet ikke var sammenfallende med, eller en gjentakelse av, kvalifikasjonsvurderingen knyttet til tilbydernes evne til å gjennomføre kontrakten. Som følge av at innklagede benyttet et ulovlig tildelingskriterium skulle konkurransen vært avlyst. Klager hadde derfor ikke saklig interesse i å få behandlet sine øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 12. august 2014 i sak 2012/237

Klager: Tjeldsundbrua Management AS
Innklaget: Skånland kommune
Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Magni Elsheim, Jakob Wahl
Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Skånland kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. juli 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikehold av veier i perioden 2012 til 2017. Kontrakten var nærmere beskrevet som snøbrøyting og strøing av kommunale veier. Anskaffelsen var kunngjort i Doffin og TED, som en anskaffelse etter forskriften del III. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 20. august 2012.
- (2) Det fremgår av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at kontrakten var inndelt i fire delområder, kalt roder. Tilbud kunne inngis på én eller flere roder.
- (3) Kunngjøringen punkt III.2 oppstilte kvalifikasjonskrav til tilbyders organisatoriske og juridiske stilling, økonomisk og finansiell kapasitet, og tekniske og faglige kvalifikasjoner. Sistnevnte skulle dokumenteres med følgende:

"(1) Oversikt over foretakets totale bemanning

(2) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, bygge og anleggskontrakter)

(3) Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem

(4) Beskrivelse av utstyr, maskinpark, eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelsen av denne kontrakten (gjelder for bygge- og anleggskontrakter)

(5) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under): Godkjent foretak"

- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.6 fremkommer følgende om valg av tilbud:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

"Hver rode betraktes som et selvstendig tilbud.

De tilbyderne som ikke får sine tilbud avvist etter grunner som nevnt over, kvalifiseres iht utvelgelseskriteriene. Dette er kriterier for vurdering av tilbyders egnethet, dvs om tilbyder er egnet til å påta seg oppdrag for Skånland kommune. Ved utvelgelse vil det bli vektlagt hvorvidt tilbyder overholder sine forpliktelser i forhold til offentlige myndigheter samt lov og regelverk. Kun driftsmessig fullgode lastebiler/maskiner vurderes. Traktorer må være over 130 hk og være godkjent for 50 km/t. Andre utvelgelseskriterier er økonomiske, finansielle og tekniske minstekrav. Disse beskriver evnen til å utføre tjenesten. Man vurderer i denne sammenhengen tilbyders økonomiske stilling, faglig kompetanse, effektivitet, erfaring, pålitelighet og tekniske kapasitet.

Tilbydere som anses egnet iht utvelgelseskriteriene får vurdert sine tilbud iht tildelingskriteriene. I denne fasen konkurrerer tilbyderne mot hverandre.

Følgende tildelingskriterier legges til grunn:

- *Pris*
- *Forventet kvalitet på utførelsen av arbeidet*
- *Vurdering av tilbyders evne for gjennomføring av oppdraget*

Skånland kommune vil innstille på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet iht tildelingskriteriene."

- (5) Konkurranses grunnlagets svarskjema 5 gjaldt *"Tilbyders erfaring med tilsvarende arbeider"*. Her skulle det beskrives *"så utfyllende som mulig gjeldende erfaring med lignende type arbeider og hvorledes oppdraget planlegges gjennomført inkl utstyr og bemanning"*.
- (6) Innen tilbudsfristen ble det mottatt flere tilbud, herunder fra Tjeldsundbrua Management AS (heretter klager), B. Andersens sønner AS og enkeltmannsforetaket Mathisen Henry.
- (7) Klager leverte tilbud for rode nr. 1 og 2.
- (8) Klagers tilbud ble avvist fra konkurransen 27. september 2012, med henvisning til forskriften § 20-13 (2) bokstav a.
- (9) Avvisningsbeslutningen ble påklaget 8. oktober 2010. Innklagede tok ikke klagen til følge, i brev av 12. oktober 2012.
- (10) Tilbyderne ble meddelt 28. september 2012 at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med B. Andersens Sønner AS for rode nr. 2 og 3, og Mathisen Henry for rode 1 (heretter kalt valgte leverandører).
- (11) Kontrakt ble inngått med valgte leverandører 16. oktober 2012.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 24. november 2012.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Tildelingskriteriet "*Vurdering av tilbyders evne for gjennomføring av kontrakten*" var ulovlig, fordi konkurransegrunnlaget ikke synliggjør at vurderingen av tildelingskriteriet ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, kvalifikasjonskravet til tilbydernes gjennomføringsevne. Innklagede bestrider heller ikke at tilbudets egnethet inngår så vel i kvalifikasjonsvurderingen som i tildelingsvurderingen, og viser med sitt tilsvaer at det er foretatt sammenfallende vurderinger på dette punkt.
- (15) På bakgrunn av det resultat som klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (16) Tildelingskriteriet "*Vurdering av tilbyders evne for gjennomføring av kontrakten*" må anses som evaluering av leveringssikkerhet, som er et lovlig tildelingskriterium. Selv om tilbyders evne til å gjennomføre oppdraget inngår så vel i kvalifikasjonsvurderingen som i tildelingsvurderingen, innebærer dette ikke et brudd på anskaffelsesregelverket. I motsetning til såkalt prekvalifisering, har tilbyderne ikke fått noen skriftlig meddelelse om at de er blitt ansett som kvalifiserte for oppdragene.
- (17) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av vintervedlikehold av veier, som er en prioritert tjeneste i kategori 16. Anskaffelsen var kunngjort i Doffin og TED, som en anskaffelse etter forskriften del III. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin 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

- (19) Klager har anført at tildelingskriteriet "*Vurdering av tilbyders evne for gjennomføring av kontrakten*", er ulovlig, fordi konkurransegrunnlaget ikke synliggjør at vurderingen av tildelingskriteriet ikke er sammenfallende eller en gjentakelse av vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.
- (20) I konkurransegrunnlaget punkt 2.6 brukes ordet "*utvelgelseskriterier*" om kvalifikasjonskravene i konkurransen. Det vises til at tilbyders overholdelse av forpliktelser overfor offentlige myndigheter, samt lov og regelverk, ville vurderes ved utvelgelsen. Videre sies det at andre utvelgelseskriterier er økonomiske, finansielle og tekniske minstekrav, som "*beskriver evnen til å utføre tjenesten*". Disse ville vurderes ut fra tilbyders økonomiske stilling, faglig kompetanse, effektivitet, erfaring, pålitelighet og tekniske kapasitet. Dokumentasjonskravene for dette var oppstilt i kunngjøringen punkt III.2, se premiss (3).

- (21) Det følger forutsetningsvis av forskriften § 20-1 at krav anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Klagenemnda har i sin praksis lagt til grunn at konkurransegrunnlaget utvetydig må klargjøre at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/153 premiss (45) med videre henvisninger.
- (22) I foreliggende sak skulle tilbydernes evne til å gjennomføre kontrakten vurderes i kvalifikasjonsfasen, blant annet ut fra dokumentasjon på tilbydernes økonomiske stilling, faglige kompetanse, erfaring og tekniske kapasitet. Det er da opp til innklagede å godtgjøre at likelydende tildelingskriterium gjelder oppdragsspesifikke kvaliteter, og ikke forhold som allerede er vurdert under kvalifikasjonskravene.
- (23) Det fremkommer ikke av konkurransegrunnlaget hvordan tildelingskriteriet "*Vurdering av tilbyders evne for gjennomføring av oppdraget*" skulle evalueres. Det er dermed uklart hvilke forhold som skulle gi uttelling i tildelingsevalueringen sammenlignet med hvilke forhold som skulle vurderes i kvalifikasjonsfasen. Kvalifikasjonskrav skal vurderes som oppfylt eller ikke oppfylt, mens kriterier som vurderes i tildelingsevalueringen, skal være egnet til å rangere tilbudene ut fra hvilken grad de oppfyller kriteriet. I foreliggende sak har ikke innklagede godtgjort at vurderingen under tildelingskriteriet "*Vurdering av tilbyders evne for gjennomføring av oppdraget*", ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, kvalifikasjonsvurderingen knyttet til tilbydernes evne til å gjennomføre kontrakten. Tildelingskriteriet er på dette grunnlag ulovlig.

Avlysning

- (24) For å kunne ta stilling til om klager har saklig interesse i å få avgjort sine øvrige anførsler jf. klagenemndeforskriften § 6 (2), må klagenemnda ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (25) Basert på Førsteinstansdomstolen (nå kalt Retten) sine 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."

- (26) Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium. 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.
- (27) Det er ikke angitt i konkurransegrunnlaget hvilken vekt eller prioritet tildelingskriteriet om tilbyders evne til gjennomføring av kontrakten skulle ha i evalueringen, hvilket i seg selv utgjør et brudd på forskriften § 22-2 (2) og (3). Det er uansett ingenting som tilsier at dette tildelingskriteriet hadde ubetydelig vekt i evalueringen. Klagenemnda har

tidligere uttalt, blant annet i sak 2011/367 premiss (55), at det som utgangspunkt bør legges til grunn at ethvert ulovlig tildelingskriterium kan ha virket inn på utfallet av konkurransen, og at bruk av et slikt kriterium normalt vil utløse en plikt til å avlyse konkurransen. Slik saken er opplyst kan ikke klagenemnda se at det er grunnlag for å gjøre unntak fra denne hovedregelen i den foreliggende sak.

Klagers øvrige anførsler

- (28) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til, mangler klager saklig interesse i å få behandlet sine øvrige anførsler. Disse avvises derfor fra behandling med hjemmel i klagenemndforskriften § 6 (2).

Konklusjon:

Skånland kommune har brutt forskriften § 20-1, ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler er avvist fra behandling med hjemmel i klagenemndforskriften § 6 (2).

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal