



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vakt- og servicetjenester til Oslo Bussterminal. Klagenemnda fant at tildelingskriteriet "Referanser" var ulovlig, jf. forskriften § 13-2 (2), og at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen som følge av denne feilen.

Klagenemndas avgjørelse 2. september 2013 i sak 2012/30

Klager: G4S Secure Solutions AS

Innklaget: Akershus KollektivTerminaler FKF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Tone Kleven, Arve Rosvold Alver

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Avlysningsplikt.

Bakgrunn:

- (1) Akershus KollektivTerminaler FKF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. oktober 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vakt- og servicetjenester til Oslo Bussterminal.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2.3 var det angitt følgende tekniske kvalifikasjonskrav til leverandørene:

<i>Krav</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>Kompetanse og gjennomføringsevne innen de fagområder som avtalen krever</i>	<i>Beskrivelse om tilbyderens organisasjon og hvordan organisasjonen vil bli brukt til gjennomføringen av leveransen</i>
<i>Erfaring fra tidligere leveranser</i>	<i>Liste over den/de viktigste leveranser de siste tre år, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt, samt navnet på den offentlige og/eller private mottaker.</i> <i>5 referansepersoner må oppgis med firma, navn, telefon og e-post samt fullmakt til å innhente referanser.</i>
<i>Kvalitetssystem/ styringssystem eller lignende</i>	<i>Redegjørelse vedrørende gjeldende kvalitetssystem/styringssystem eller lignende</i>

- (3) I kunngjøringen punkt IV.2 fremgikk det at tildelingen skulle skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.20:

<i>Kriterier</i>	<i>Vekt</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>Pris</i>	<i>60 %</i>	<i>Ferdig utfylt pristilbudsskjema. Vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget.</i>
<i>Referanser</i>	<i>40 %</i>	<i>Tilbakemelding på spørsmålsskjema utsendt til referansepersonene og som er mottatt innen fristen</i>

- (4) Tildelingskriteriet "Referanser" var nærmere beskrevet slik:

"Referanser"

*For å måle kvaliteten på referansene har oppdragsgiver utarbeidet et enkelt skjema med 10 spørsmål, som skal poengsettes. Dette sendes til de firmaene/personene som er oppgitt som referanser. Det skal være 5 referanser som har akseptert å svare samt å sende skjemaet i retur til oppdragsgiver innen avtalt frist. I tillegg vil oppdragsgiver ha muligheten for å kontakte referansene over telefon for å avklare svarene. **Dette må tilbyderen avklare på forhånd med referansene.** Manglende eller mangelfullt utfylte skjema(er) som ikke kan brukes i evalueringen tilsier at tilbyderen får færre poeng."*

- (5) De konkrete spørsmålene i skjemaet var som følger:

"1 Hvordan oppleves samarbeidet med tilbyder?"

2 Ivaretar tilbyder responstiden i henhold til avtale?"

3 Føler du at tilbyder leverer i henhold til avtale?"

4 Er tilbyder tilgjengelig i henhold til avtale?"

5 Tilbyders evne til å håndtere frister?"

6 Ivaretar tilbyder loggføringen i henhold til avtale?"

7 Blir tilbyder oppfattet som løsningsorientert?"

8 Blir tilbyder oppfattet som seriøs?"

9 Hvor fornøyd er du med tilbyder totalt sett?"

10 Vil du velge samme leverandør igjen?"

- (6) Hvert spørsmål skulle besvares ved å sette et kryss på den følgende skalaen:

<i>Dårligere</i>		<i>Som forventet</i>		<i>Bedre</i>
<i>1</i>	<i>2</i>	<i>3</i>	<i>4</i>	<i>5</i>

- (7) Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 21. desember 2011 kl. 12:00. Blant leverandørene som leverte tilbud innen fristen var G4S Secure Solution AS (heretter kalt klager) og ISS Facility Services AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) Av klagers 5 referansepersoner var det bare 3 som fylte ut det ovennevnte spørreskjemaet og sendte det i retur til innklagede. Dette resulterte i en relativt lav poengsum for klager under det aktuelle tildelingskriteriet.
- (9) Innklagede informerte tilbyderne om valg av leverandør ved notat datert 13. januar 2012.
- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 31. januar 2012.
- (11) Kontrakt med valgte leverandør ble signert 2. februar 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte seg av et ulovlig tildelingskriterium. Tildelingskriteriet "*Referanser*" er ikke relevant for vurderingen av tilbudets kvalitet. Ved å anvende dette kriteriet har innklagede således fått et uriktig inntrykk av klagers konkrete tilbud. At flere av referansepersonene til klager ikke har svart på det aktuelle spørreskjemaet, er ikke synonymt med at klagers tilbud er kvalitativt dårlig.

Innklagedes anførsler:

- (13) Tildelingskriteriet "*Referanser*" er et lovlig tildelingskriterium. Formålet med dette kriteriet var å basere tildelingsevalueringen på mest mulig objektive tilbakemeldinger. Hvordan tilbyder oppfattes av tidligere samarbeidspartnere har betydning for tilbudets kvalitet. Tildelingskriteriet er utformet klart, og klager har hatt god anledning til å følge opp sine referanser.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder avtale om vakt- og servicetjenester, som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 23 med CPV-klassifisering 79713000. Anskaffelsens totalverdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 anslått til å være 12 000 000 ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen dermed etter sin art forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften § 2-1 (5).

Ulovlig tildelingskriterium

- (15) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium, idet tildelingskriteriet "*Referanser*" ikke er relevant for vurderingen av det konkrete tilbudets kvalitet.
- (16) Av forskriften § 13-2 (2) fremgår det at oppdragsgiver, når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud, 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).
- (17) Spørsmålet i saken er således om tildelingskriteriet "*Referanser*" i tilstrekkelig grad er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (18) Etter forskriften § 8-4 (1) og (2) kan oppdragsgiver stille minimumskrav til leverandørene som "*skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene*". Det følger forutsetningsvis av forskriften § 11-1 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, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/367 premiss (41).
- (19) EU-domstolen vurderte ex officio sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 (Lianakis). 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. Begrunnelsen er at dette er forhold som angår leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. premissene (25) til (32).
- (20) Klagenemnda har etter at dommen ble avsagt behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne type tildelingskriterier, se for eksempel 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.
- (21) Skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og den tolkingen dette har gitt opphav til i Lianakis-avgjørelsen, er ikke en nødvendig følge av direktivet når det gjelder uprioriterte tjenester. I forskriften del II er det imidlertid stilt opp tilsvarende regler som i del III for kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Reglene i del II må derfor som utgangspunkt forstås på samme måte, jf. klagenemndas sak 2011/118 med videre henvisning til EU-praksis.
- (22) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2.3 har innklagede stilt som kvalifikasjonskrav at tilbyder har "*[e]rfaring fra tidligere leveranser*". Dette skulle dokumenteres både med liste over den eller de viktigste leveranser de siste tre år, og ved å oppgi 5

referansepersoner med firma, navn, telefon og e-post, samt fullmakt til å innhente referanser. Dokumentasjon av tildelingskriteriet "*Referanser*", skulle skje gjennom tilbakemeldinger på innklagedes spørreskjema fra tilbydernes utvalgte referansepersoner. Tilbyderne ble bedt om oppgi "*5 referanser som har akseptert å svare [på spørreskjema] samt å sende skjemaet i retur til oppdragsgiver innen avtalt frist*", jf. punkt 2.20 i konkurransegrunnlaget.

- (23) Når det gjelder de konkrete spørsmålene i spørreskjemaet, handler disse i all hovedsak om tilbydernes oppfyllelse av tidligere avtaler med andre oppdragsgivere. Hensikten med spørreskjemaet er altså å vurdere tilbydernes erfaring og kompetanse til å utføre den type tjenester som det kunngjorte oppdraget går ut på. Tildelingskriteriet innebærer på denne måten i hvert fall delvis en evaluering av tilbydernes evne til å sikre rettmessig oppfyllelse av kontraktsforpliktelsene i det kunngjorte oppdraget, sml. klagenemndas sak 2013/34. Slike vurderinger skal etter forskriften § 8-4 gjøres i kvalifikasjonsfasen.
- (24) Tildelingskriteriet "*Referanser*" er således en gjentakelse av, og dermed sammenfallende med, kvalifikasjonskravene for konkurransen. Kriteriet kan på denne bakgrunn ikke anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 13-2 (2) og må derfor anses ulovlig.
- (25) 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.
- (26) Basert på Rettens 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."

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. I foreliggende sak var det aktuelle kriteriet også tillagt en vekt på hele 40 %, hvilket må utløse en plikt til å avlyse konkurransen.

Konklusjon:

Akershus KollektivTerminaler FKF har brutt forskriften § 13-2 (2) ved å benytte "*Referanser*" som tildelingskriterium.

Bergen, 2. september 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger