



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, for anskaffelse av totalentreprise ved bygging av omsorgsboliger ved Tana Bru. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 13-2 andre ledd ved å benytte "referanseprosjekter" som tildelingskriterium, og at konkurransen måtte avlyses.

Klagenemndas avgjørelse 20. august 2012 i sak 2012/186

Klager: Mats-Hus AS

Innklaget: Tana kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven, Jakob Wahl

Saken gjelder: Konkurranseform, ulovlig tildelingskriterium, evalueringsmodell.

Bakgrunn:

- (1) Tana kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. april 2012 en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, for anskaffelse av totalentreprise ved bygging av omsorgsboliger ved Tana Bru. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen av 10. juni 2012 punkt 1.4 angitt til å være kroner 38 millioner eks. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 14. mai 2012 klokken 12.00.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget del I punkt 1 "tilbudsinnbydelse" at:
"arbeidet skal utføres som komplett bygg, organisert som en totalentreprise. Foruten om byggfagene skal arbeidene inkludere VVS- og elektroinstallasjoner samt generelle ytelser som bl.a. omfatter nødvendig prosjektering og søknad om igangsetting".
- (3) Videre fulgte det av punkt 1 "tilbudsinnbydelse" at:
"anskaffelsen skjer i henhold til loven om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, del II. Anskaffelsesprosedyren som benyttes er Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, jfr. § 11-8".
- (4) Av konkurransegrunnlaget del I punkt 2.5 "entrepriseform og kontraktstype" fremkom følgende:

"Entrepriseform

Totalentreprise kombinert med generalentreprise: Totalentreprenøren skal ha både prosjektering og utførelse, samt ha de andre entreprenørene som sine underentreprenører.

Arbeidet skal utføres i henhold til funksjonsbeskrivelse, vedlagte tegninger og skjemaer, og danner med dette grunnlag for prising av prosjektet.

Kontraktstype

Gjeldende kontraktstype for dette prosjektet er NS 3431, Alminnelige kontraktbestemmelser for TALENTREPRISE, 2. utgave september 1994".

- (5) Av konkurransegrunnlaget del 1 punkt 3.18 "kvalifikasjonskrav" fremgikk følgende:

"Det kreves at tilbyder har dokumenterte kvalifikasjoner som tilfredsstiller kravene for sentralgodkjenning i tiltaksklasse 2.

Entreprenør	ARK/Bygg Utenomhus	Ventilasjon	Elekt ro	Sprinkel	Sanitær/ varme	Tele/ data
Kvalifikasjon						
Tiltaksklasse	2	2	2		2	2
Utførende og kontroll utførende	X = ja	X	X	FG- godkjent	X	X
Rådgivende konsulenter	Konstruksjon	Nyinstallasjon	Ny. inst	FG- godkjent	TEK 10 og lavenergibo liger	Brann alarm for RKL 6
- PRO	Lavenergikrav	Lav energikrav				
- KPR	Brannteknikk	VAV				
- SØK						
Erfaring fra:	Lavenergibyg					
Erfaring total- entreprise	X	X	X	X	X	X

Det opplyses om at byggherrens prosjekterende innenfor fagene ARK, LARK og RIV, RIE kan tiltransporteres totalentreprenøren".

- (6) Av konkurransegrunnlaget del I punkt 3.19 "Tildelingskriterier" fremkom følgende:

"Tiltakshaver velger det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Kontrakt inngås bare ved underskrift på avtaledokument og konkurransen skal avsluttes med slik undertegning, dersom det ikke foreligger saklig grunn til avlysning eller totalforkastelse.

Det tas forbehold om finansiering. Finansiering behandles politisk og vedtas av kommunestyret i Tana.

Tildelingskriteriene er vektet som følgende:

1. *Pris (50 %) (Totalsum inkl. prissatt tilleggsarbeid)*
2. *Byggetid (30 %) (Tilbyder vurderer byggetiden ut fra egen kapasitet og gjennomføringsevne)*
3. *Referanseprosjekter (20 %) (Tilsvarende prosjekter med oppdragsgivers opplevelse av prosjektet)*

Poengberegning

Høyeste poengsum gjelder (nærmest 1)

*Pris: (Billigste tilbyders pris/tilbyders pris)*0,5*
*Byggetid: (Korteste tilbuds byggetid/tilbyders byggetid) *0,3*
*Referanseprosjekter: (Rangering i forhold til referanseprosjekter) *0,2 "*

- (7) Av konkurransegrunnlaget del I punkt 3.5 "Tilbudet innhold og organisering", fremkom det at:

"Følgende dokumenter skal leveres sammen med tilbudet (innholdsfortegnelse i tilbudet utarbeides i henhold til oppstillingen):

- *Tilbudsbrev med eventuelle forbehold.*
- *Tilbudsskjemaet under kap. 6 i dette dokumentet.*
- *Skatteattest som bekrefter at entreprenør har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og merverdiavgift, ikke eldre enn 6 måneder.*
- *Godkjent regnskap fra de 3 siste årene.*
- *Referanse over tidligere prosjekter. På referanselisten oppgis kontaktpersoner.*
- *Dokumentasjon på kvalifikasjonskrav for utførende og prosjekterende.*
- *Overordnet fremdriftsplan.*
- *Egenerklæring helse, miljø og sikkerhet. Medundertegnet av en fra de ansatte i bedriften".*

- (8) I konkurransegrunnlaget del IV punkt 70 "utendørs" fremkom det at:

"Utenomhusarbeid skal utføres som egen entreprise og er med det ikke medtatt i denne entreprisen.

Grensesnitt for bygningsmessige grunnarbeider settes ved en vertikal grense 2 m utenfor liv vegg, og en horisontal grense 50 cm under ferdig terreng".

- (9) Innklagede mottok seks tilbud innen tilbudsfristen. Heriblant fra Mats-Hus AS (heretter kalt klager) og Harald Nilsen AS.
- (10) Det følger av anskaffelsesprotokollen av 10. juni 2012 punkt 1.4 at anslått verdi på kontrakten var 38 millioner kroner eks. mva.
- (11) I e-post datert 4. juni 2012 fra Tana kommune til klager, angående den videre prosessen i anbudskonkurransen opplyses det i punkt 4 "rammekostnader" at:

"Tana kommune har i budsjettet 2012-2013 avsatt 55 000 000,- inkl. mva til dette prosjektet (off.møteprotokoll)

Innenfor denne summen dekkes også påløpende kostnader til forprosjektering og utomhusplan".

- (12) I e-post datert 6. juni 2012 opplyste innklagede klager om at prosjektet måtte justeres noe grunnet krav fra Husbanken. Det ble opplyst om at BTA måtte økes med 120 m2 i forhold til anbudsgrunnlaget, og at badene måtte innredes med HC- toalett og HC-vask. Det ble i e-posten opplyst om at revidert tilbudspris var ønsket innen fredag 8. juni 2012.
- (13) I e-post datert 8. juni mottok innklagede revidert tilbudspris fra klager.
- (14) Det fremkom av dokument om sammenstilling av priser datert 8. juni 2012 at de mottatte tilbud var på mellom 45 millioner kroner og 64 millioner kroner eks. mva..
- (15) I e-post fra innklagede datert 8. juni 2012 ble klager opplyst om at Harald Nilsen AS (heretter kalt valgte leverandør) var valgt som entreprenør for utbyggingen av omsorgsboliger ved Tana Bru.
- (16) Poengberegningen for klager og valgte leverandør ble i tilbudsevalueringen, datert 8. juni 2012 foretatt på følgende måte:

<i>Firma</i>	<i>Pris 50 %</i>	<i>Byggetid 30 %</i>	<i>Ref.prosjekter 20 %</i>	<i>Sum 100 %</i>	<i>Rangering</i>
<i>Harald Nilsen AS</i>	<i>46 841 000</i>	<i>14 mnd</i>	<i>2</i>	<i>0,907</i>	<i>1</i>
<i>Poeng:</i>	<i>0,490</i>	<i>0,257</i>	<i>0,160</i>		
<i>Mats-Hus AS</i>	<i>46 276 000</i>	<i>12 mnd.</i>	<i>4</i>	<i>0,895</i>	<i>2</i>
<i>Poeng:</i>	<i>0,495</i>	<i>0,300</i>	<i>0,100</i>		

Poengberegning (Høyeste poengsummer nærmest 1 vinner):

- 1. Pris: (Billigste tilbyders pris/tilbyders pris) *0,5*
- 2. Byggetid: (Korteste tilbuds byggetid/tilbyders byggetid) *0,3*
- 3. Referanseprosjekter: (Rangering i forhold til referanseprosjekter) *0,2 "*

Under vektingen av referanseprosjekter er det benyttet følgende poengskala:

<i>Rang</i>	<i>vektall</i>	<i>Prosentpoeng</i>	<i>Poengsum</i>
<i>1</i>	<i>1</i>	<i>0,2</i>	<i>0,200</i>
<i>2</i>	<i>0,8</i>	<i>0,2</i>	<i>0,160</i>
<i>3</i>	<i>0,6</i>	<i>0,2</i>	<i>0,120</i>
<i>4-6</i>	<i>0,5</i>	<i>0,2</i>	<i>0,100".</i>

- (17) I et internt udatert notat om evalueringen av referanseprosjekter, hadde innklagede notert følgende om klager:

"Firmaet har ikke hatt så store prosjekter som planlegges i Tana.

Firmaet har noe mindre bra prosjektstyring, har ikke dokumentert fremtidsplan, bra samarbeidsevne. Har prosjekter hvor utført kvalitet er noe mindre bra. Tar uforholdsmessig lang tid å utbedre avvik".

- (18) Klager leverte i brev datert 15. juni 2012 en klage på tildelingsbeslutningen. I denne klagen ble det for det første påpekt at innklagede hadde benyttet en rangerings-/poengmodell som ikke var i samsvar med forutsetningene i anbudsgrunnlaget og de grunnleggende krav til forutberegnelighet og saklighet som følger av anskaffelsesregelverket. Det ble vist til at leverandøren som ble rangert best under kriteriet "*referanser*", fikk dobbelt så mye poeng som nummer 2, mens avviket mellom beste og dårligste tilbyder under pris var ca. 40 %. Dette medførte at referansen fikk vesentlig større vekt enn det prosentfordelingen mellom de ulike tildelingskriterier skulle si.
- (19) For det andre påpekte klager at det fremstod som underlig at man i forhold til kriteriet "*referanser*" tok utgangspunkt i en rangering av tilbyderne, mens man for de øvrige kriteriene så på det reelle styrkeforholdet mellom tilbudene. Etter klagers mening pliktet oppdragsgiver å benytte en ensartet modell.
- (20) Også den konkrete vurderingen – uavhengig av poengmodell – anføres i klagen å være uriktig. Det ble vist til at vurderingen av referanser etter regelverket måtte knyttes direkte opp mot denne konkrete leveransen, slik at det kun var forskjeller som var av betydning i forhold til denne leveransen som kunne danne grunnlag for å differensiere poengscoren mellom tilbyderne.
- (21) Innklagede svarte på klagen i brev datert 25. juni 2012, det ble her bestridt at det var gjort feil i evalueringsprosessen. Innklagede begrunnet dette med at:

"Referanseprosjektene er vurdert opp mot oppdragsgivers opplevelse av tilsvarende prosjekter. Tana kommune har kontaktet en del av de kontaktpersoner som firmaene har oppgitt for tilsvarende prosjekter".

- (22) Videre uttaler innklagede i dette brevet at:

"Tana kommune har valgt å rangere de siste firmaene likt til tross for at kommunen har hatt noe ulike erfaringer med firmaene. Disse firmaene har ikke hatt prosjekter i tilsvarende størrelse som nå skal bygges i Tana bru. En videre rangering av firmaene, ville ført til at Tanabygg AS ble rangert bedre enn Mats-Hus AS.

Tana kommune har ikke vært tilfreds med noen av Mats-Hus AS sine prosjekter. Spesielt gjelder dette Tana flerbrukshall hvor det har vært en rekke til dels alvorlige feil/mangler siden overtakelsen med bl.a. stadige taklekkasjer og generelt manglende evne til å utbedre avvikene. Tana flerbrukshall er det største prosjektet firmaet har bygget".

- (23) I brev datert 25. juni 2012 opprettholdt klager klagen. Det ble her anført at det forelå flere klare brudd på anskaffelsesregelverket, at konkurransen var gjennomført etter feil del av regelverket og at det var benyttet en ulovlig anskaffelsesform. Også innsigelsene mot de konkrete poengberegninger ble opprettholdt.
- (24) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) 9. juli 2012.

- (25) Kontrakt er ikke inngått, og innklagede vil avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Feil anskaffelsesform

- (26) Innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre konkurransen som en anskaffelse etter forskriften del II og benytte konkurranseformen konkurranse med forhandlinger. Anskaffelsens verdi oversteg terskelverdien i forskriften § 2-2 for denne kontraktstype og skulle derfor vært gjennomført etter forskriften del III. En konsekvens av denne feilen er at valgte anskaffelsesform ikke lovlig kunne vært benyttet. Konkurransen må avlyses og kunngjøres på ny.

Ulovlig tildelingskriterium/evaluering

- (27) Innklagede har brutt regelverket ved å anvende "*referanseprosjekter*" som tildelingskriterium da dette er et ulovlig tildelingskriterium. For at "*referanseprosjekter*" skulle kunne anvendes som tildelingskriterium må det være kompetansen knyttet til den konkrete leveransen som skulle vurderes. Det som skulle vurderes under dette kriteriet var tilbydernes generelle kompetanse. Det ble ikke foretatt noen vurdering av det personell som ble tilbudt i den konkrete leveranse eller annen kontraktspesifikk evaluering.
- (28) Innklagede har også brutt regelverket ved å anvende en fremgangsmåte ved vektlegging av egne erfaringer under tildelingskriteriet "*referanseprosjekter*" som ikke er i samsvar med regelverket. Klager er grunnleggende uenig i de vurderinger som kommer til uttrykk med hensyn til klagers prosjekter.
- (29) Evalueringen av referanser har heller ikke skjedd i henhold til de krav regelverket stiller, herunder kravene til forsvarlig saksbehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "*referanser*" ved at klager ikke har fått kopi av innklagedes protokoller eller evalueringsskjemaer fra samtaler med kontaktpersoner og referanser.
- (30) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "*referanser*" ved at kommunen har rangert flere tilbydere likt, selv om de ut fra det som opplyses egentlig ikke hadde samme kvalifikasjoner.

Evalueringsmodell i strid med anskaffelsesregelverket

- (31) Innklagede har brutt regelverket ved at den forhåndsdefinerte intervallmodellen, under tildelingskriteriet "*referanseprosjekter*", ikke gjenspeilte de kvalitative forskjellene på tilbudene og således ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det ble operert med et skille på 0,2 poeng mellom nr. 1 og nr. 2 og nr. 2 og nr. 3, og 0,1 mellom nr. 3 og de øvrige ved poengberegningen.

Innklagedes anførsler:

Feil anskaffelsesform

- (32) Det bestrides at det er anvendt feil anskaffelsesform. Verdien på den kunngjorte anskaffelsen oversteg ikke EØS-terskelverdien for bygg og anlegg. Anslaget av konkurransens verdi var basert på en faglig forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi. Det hadde således ingen betydning at de innkomne tilbud lå noe over EØS-terskelverdien. Budsjettet var avsatt på bakgrunn av en kalkyle kommunen har fått utarbeidet. Som grunnlag for prisberegningen ble elementprismetoden benyttet, og dette er bransjens mest brukte metode.

Ulovlig tildelingskriterium/evaluering

- (33) Tildelingskriteriet "*referanseprosjekt*" ble ikke anvendt i strid med regelverket. Det ble ikke benyttet sammenfallende eller gjentakende vurderingstemaer i kvalifikasjonsvurderingen og i evalueringen av tildelingskriteriet. Tilbydernes referanser var ikke på noen måte vurdert i relasjon til kvalifikasjonsvurderingen. Det som ble vurdert var hvorvidt tilbyderne hadde erfaring fra totalentreprenørprosjekter av ca. samme størrelse og kompleksitet og hvor godt disse referanseprosjektene har vært utført.
- (34) Kontaktpersonenes uttalelser/referanser er tilstrekkelig dokumentert i kommunens interne notat.
- (35) Det erkjennes at det var feil å rangere tilbyderne likt når det forelå reelle forskjeller i vurderingen av referanser/referanseprosjektene. Denne feilen hadde imidlertid ingen betydning for hvem som skulle tildeles kontrakten.
- (36) Bruk av egenerfaring, slik det var gjort i dette tilfellet, stred ikke mot anskaffelsesregelverket. Tildelingskriteriets formulering var ikke til hinder for at egenerfaring kunne vektlegges, jf. ordlyden "*oppdragsgivers opplevelse av prosjektet*". De prosjekter som klager er blitt trukket for er oppgitt i klagers liste over referanseprosjekter med blant annet kommunens prosjektleder som kontaktperson. Avviksmeldingene er registrert og dokumentert i kommunens kvalitetssystem Famac. Klager har fortløpende blitt forelagt grunnlaget for den negative egenerfaringen. Kravet til kontradiksjon, etterprøvbarhet/gjennomsiktighet er oppfylt.

Evalueringsmodell i strid med anskaffelsesregelverket

- (37) Poengskalaen for tildelingskriteriet "*referanseprosjekter*" var ikke utformet i strid med anskaffelsesregelverket. Beregningsmåten for tildelingskriteriene var presentert i konkurransegrunnlaget og innklagede har evaluert i henhold til det tilkjennegitte. Kravene til forutberegnelighet og likebehandling er ivaretatt.

Avlysning av konkurransen

- (38) Dersom det skulle foreligge feil i evalueringen av tilbudene, har disse feilene ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen. Klager har ikke sannsynliggjort at utfallet av konkurransen ville blitt annerledes for hans vedkommende dersom feilene ikke var blitt begått. En avlysning av konkurransen i foreliggende tilfelle ville være i strid med lovens formål om kosteffektive anskaffelser, jf. loven § 1.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder totalentreprise ved bygging av omsorgsboliger ved Tana Bru, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.4 estimert til kroner 38 millioner eks. mva.(47.5 millioner inkl. mva.) I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. Anskaffelsens verdi og hvilken del av forskriften som skulle komme til anvendelse er imidlertid omtvistet.

Ulovlig tildelingskriterium/evaluering

- (40) Spørsmålet er om innklagedes bruk av tildelingskriteriet "*referanseprosjekter*" slik det er anvendt i foreliggende konkurranse, er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Klager har både anført at innklagede har brutt regelverket ved å anvende "*referanseprosjekter*" som tildelingskriterium, og ved at evalueringen av referanser ikke har skjedd i henhold til de krav regelverket stiller, herunder kravene til forsvarlig saksbehandling, gjennomsiktighet og etterprøvhbarhet.
- (41) Når kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, følger det av forskriften § 13-2 andre ledd at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det følger videre forutsetningsvis av forskriften § 11-1 at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier.
- (42) Regelverket skiller altså mellom på den ene side aksept eller avvisning av leverandørene ut fra deres kvalifikasjoner, og på den annen den graderte evaluering av de gjenværende tilbuds kvaliteter opp mot kunngjorte tildelingskriterier. EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). Domstolen uttalte blant annet 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).
- (43) Klagenemnda har etter at dommen ble avsagt behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne type tildelingskriterier, se for eksempel klagenemndas saker 2008/189, 2008/120, 2008/92, 2008/163, 2010/309 og 2011/353. Klagenemnda har lagt til grunn at Lianakis-dommen ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet etter kriteriet økonomisk mest fordelaktig. Klagenemnda har imidlertid uttalt at det ikke er aktuelt å åpne opp for at leverandørenes erfaring som sådan benyttes som et tildelingskriterium. Dette er et forhold som etter nemndas oppfatning utelukkende belyser hvorvidt leverandøren er egnet til å oppfylle kontrakten, og skal derfor eventuelt benyttes som et kvalifikasjonskrav. Klagenemnda har også 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 2008/120 premiss (58), 2008/92 premiss (97).

- (44) Problemstillingen knyttet til i hvilken grad kompetansekriterier kan anvendes for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet har i ettertid også vært behandlet i Retten, se T-461/08 og T-39/08. I klagenemndas sak 2010/309 premiss (45) - (51) blir disse sakene kommentert, og klagenemnda kom til at klagenemndas praksis er i overensstemmelse med de retningslinjer som Førsteinstansdomstolen gir i disse sakene.
- (45) I konkurransegrunnlaget punkt 3.18 "*kvalifikasjonskrav*" oppstiller innklagede som kvalifikasjonskrav at tilbyderne må ha "*erfaring total entreprise*".
- (46) I konkurransegrunnlaget punkt 3.19 "*tildelingskriterier*" er tildelingskriteriet "*referanseprosjekter*" beskrevet som "*tilsvarende prosjekter med oppdragsgivers opplevelse av prosjektet*". Etter klagenemndas syn er dette tildelingskriteriet knyttet til tilbyderens erfaring og kompetanse som foretak. All den tid tildelingskriteriet ikke knyttes opp mot tilbudt personell eller konkrete arbeidsoppgaver, fremstår kriteriet "*referanseprosjekt*" som et kriterium som utelukkende retter seg mot leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og som ikke er "*essentially linked to the evaluation of the tenderer's ability to perform the contract in question*", se Lianakis avgjørelsen premiss 30 og klagenemndas avgjørelse i sak 2010/134 premiss (32) med videre henvisninger.
- (47) Den foreliggende dokumentasjon viser også at innklagede har vektlagt forhold som ikke knytter seg til det som skal leveres. Det vises til udatert notat hvor tildelingsevalueringen nærmere fremgikk, her fremkom det bl.a. at innklagede har vektlagt "*tilsvarende prosjekter med oppdragsgivers opplevelse av prosjektet*" under tildelingskriteriet "*referanseprosjekter*". Om Mats-Hus AS uttales det at "*Disse firmaene har ikke hatt prosjekter i en slik størrelse som firmaene over. Mats-Hus AS og Tanabygg AS er lokale firmaer med adresse i Tana. De har hatt en rekke prosjekter for kommunen, men ikke av en slik størrelse som nå skal bygges. Kommunen har hatt noe ulike erfaringer/opplevelser med noen av disse prosjektene*".
- (48) Basert på dette må tildelingskriteriet "*referanseprosjekt*" anses for å være et ulovlig tildelingskriterium.
- (49) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførselene som er fremsatt, må klagenemnda ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet "*referanseprosjekter*" som tildelingskriterium i konkurransen, er en feil som innebærer at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen.
- (50) 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".

- (51) Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Utgangspunktet er at tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, og bruk av et ulovlig tildelingskriterium er en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium normalt vil ha en plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. klagenemndas avgjørelser 2009/19 2008/217, 2008/120, 2008/92 og 2009/88 og 2010/309, med videre henvisninger til EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom).
- (52) Anførselen om at innklagede har brutt regelverket ved å anvende "*referanseprosjekt*" som tildelingskriterium fører frem, og konkurransen må derfor avlyses.
- (53) Ut fra det resultat klagenemnda er kommet til, er det ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.
- (54) Når det gjelder anførselen om anskaffelsens verdi og hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse, herunder hvilken konkurranseform som skal brukes, har det i etterkant vist seg at prisen på de innkomne tilbudene oversteg EØS-terskelverdien for bygg- og anleggsanskaffelser. Innklagede bør derfor, om anskaffelsen skal kunngjøres på nytt ta dette i betraktning ved vurderingen av anskaffelsens verdi. Klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på klagers anførsel om anskaffelsens verdi.

Konklusjon:

Tana kommune har brutt forskriften § 13-2 andre ledd ved å benytte "*referanseprosjekt*" som tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 20. august 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl