



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeid. Klagenemnda fant at tildelingskriteriet "Kvalitet" var ulovlig, jf. forskriften § 13-2, og at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen som følge av denne feilen.

Klagenemndas avgjørelse 11. februar 2014 i sak 2013/147

Klager: Byggmester Øystein Torgersen AS

Innklaget: Stavanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium, forutberegnelighet

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. september 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeid, totalentreprise, i Kari Trestakkvei 3 og Auglendsveien 33 i Stavanger. Anskaffelsens verdi var ikke oppgitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. CPV-klassifisering var i kunngjøringen punkt II.1.5 angitt til 45000000, bygge- og anleggsvirksomhet. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.2 angitt til å være 17. oktober 2013.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det opplyst at anskaffelsens formål var å inngå kontrakt om bygging av 10 boenheter for utleie. Boenhetene skulle fordeles på to vertikaldelte boliger bygd på såle og et leilighetsbygg med garasje i underetasjen.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.1 var det opplyst at forskriften del I og II gjaldt for konkurransen.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 fremgikk kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav. Det var blant annet opplyst innledningsvis under overskriften "Generelt", at *"Det tekniske kvalifikasjonsnivå er særlig basert på kriterier som faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet"*, og *"Oppdragsgiver vil bemerke at oppdragets kompleksitet og størrelse vil være retningsgivende for kvalifikasjonsnivået, men at det gjennomgående kreves meget gode kvalifikasjoner på alle de etterspurte områder for alle typer oppdrag."*
- (5) Et krav under kriteriet *"Teknisk og faglige kvalifikasjoner"*, var *"Kompetanse og erfaring fra tilsvarende bygg"*. Dette skulle dokumenteres med *"Liste over tilsvarende bygg tilbyder har utført de siste 5 år. Tilbyder skal oppgi prosjektnavn, sted (adresse), areal og kontraktsstørrelse. Ved fusjoner/oppkjøp/nystartning kan leverandøren bli vurdert særskilt"*.

- (6) Et annet krav under kriteriet *"Teknisk og faglige kvalifikasjoner"*, var *"Kapasitet og gjennomføringsevne"*. Dette skulle dokumenteres med *"Oversikt over antall fast ansatte i firmaet, for eksempel organisasjonskart"*.
- (7) Av konkurransegrunnlaget punkt 6 fremgikk det at tildeling av kontrakt ville skje på grunnlag av hvilket tilbud som var det mest økonomisk fordelaktige basert på kriteriene pris, vektet 70 %, og kvalitet, vektet 30 %. Ett forhold som skulle vurderes under kvalitet var *"tilbudt nøkkelpersonells erfaring og gjennomføringsevne"*. Som grunnlag for å vurdere forholdet var oppgitt *"CV for tilbudt nøkkelpersonell. Det må komme frem i CV eller et vedlegg til CV, hvilken rolle tilbudt nøkkelpersonell har hatt i tidligere prosjekter, det må også oppgis oppdragsgiver, type bygg, budsjett og areal i m²"*. Det andre forholdet som skulle vurderes under kvalitet var *"Valgte løsninger, arbeidsmetoder eller materialer"* og grunnlaget var *"Beskrivelse og dokumentasjon av løsninger, arbeidsmetoder eller materialer som tilbyder selv foreslår"*. Det fremgikk at evaluering av kvalitet ville bli gjennomført på følgende måte:
- "Vurderingen av kriteriet er basert på en helhetsvurdering hvor de momenter som var spesifisert i konkurransegrunnlaget er lagt til grunn. Det er gitt poeng på en skala fra 0-10, der 10 er best. Det tilbud som vurderes som best for dette kriteriet oppnår den høyeste poengsummen. De øvrige tilbud får poeng ut i fra et skjønn som er basert på hvordan det enkelte tilbud fremstår i forhold til det beste tilbudet."*
- (8) Av anbudsprotokollen datert 17. oktober 2013, fremgikk det at Fixhus, Byfa Bygg For Alle AS, Fakta Bygg AS, Øystein Torgersen AS (heretter kalt klager) og Front AS, hadde levert tilbud.
- (9) Av klagers tilbud datert 17. oktober 2013, vedlegg 9, fremgikk referanser for prosjekter de siste tre år. Det var gitt opplysninger om prosjekt/byggherre, type prosjekt, størrelse og prosjektleder. Av vedlegg 10 fremgikk organisasjonskart per 1. september 2013. Det var opplyst at totalt antall ansatte var 36 personer. I organisasjonskartet fremgikk hvem som var daglig leder, hovedverneombud, økonomiansvarlig, tre navngitte prosjektledere og fire navngitte basansvarlige og tømrere.
- (10) Av klagers tilbud, vedlegg 14 om *"Gjennomføringsevne, ressurser og tekniske kvalifikasjoner"* fremgikk følgende:
- "Viser til vedlagte organisasjonskart, organisasjonsplan for prosjektet, CV for div personell som er ansvarlige for gjennomføring av kontrakten og referanseliste tidligere prosjekt. Disse viser at Byggmester Øystein Torgersen AS har kapasitet til å gjennomføre prosjektet og ressurser til å sette inn hvis nødvendig. Vi har og mange års erfaring med prosjekter i alle størrelser, og totalentreprise[r]"*.
- (11) Av klagers tilbud fulgte deretter *"Organisasjonsplan/ansvarlige for gjennomføring av kontrakten"*, med en liste over ansatte med tittel og kvalifikasjoner, samt CV'er.
- (12) I brev datert 2. november 2013, meddelte innklagede at kontrakt ville inngås med Fakta Bygg AS (heretter kalt valgte leverandør). Det fremgikk at leverandørene oppnådde følgende totale poengsum:

Byfa	6,77
------	------

<i>Faktabbygg</i>	9,78
<i>Byggmester Øystein Torgersen</i>	9,70
<i>Front</i>	9,71

- (13) Det fremgikk at klager var rangert som nummer tre. Under vurderingen av tildelingskriteriet kvalitet for klager, fremgikk blant annet følgende:

"Tilbyder har ikke foreslått nye løsninger, arbeidsmetode eller materialer. Det tilbudte personellet som tilbys har erfaring med tilsvarende bygg. I følge SE får tilbudt nøkkelpersonell blandet tilbakemelding. Personellet er faglig gode, men kan være krevende å samarbeide med. Dette gir et vektall på 9."

- (14) Tildelingsbeslutningen ble påklaget av klager i brev av 14. november 2013. Begrunnelsen var at evalueringen var foretatt i strid med loven § 5 og forskriften § 3-1. Det var vist til at evalueringen manglet tilstrekkelig forutberegnelighet og at det forelå brudd på krav om etterprøvbarehet og objektivitet ved oppdragsgivers begrunnelse og evaluering. Oppdragsgiver hadde lagt til grunn egne erfaringer i evalueringen og det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget, at oppdragsgivers erfaring med tilbyder ville være en del av evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. Formuleringen "(...) kan være krevende å samarbeide med" i begrunnelsen, manglet etterprøvbarehet og krav til objektivitet. Innklagede kunne derfor ikke gi klager trekk for kriteriet kvalitet.
- (15) I brev av 19. november 2013 erkjente innklagede at det var gjort feil i evalueringen av tildelingskriteriene, og annullerte tildelingsbeslutningen med hjemmel i forskriften § 13-3, fjerde ledd. Det fremgikk også at en ny evaluering ville bli gjennomført.
- (16) I brev av 5. desember 2013 meddelte innklagede at kontrakt ville inngås med valgte leverandør. Det fremgikk at leverandørene oppnådde følgende totale poengsum:

<i>Byfa</i>	6,79
<i>Faktabbygg</i>	9,87
<i>Byggmester Øystein Torgersen</i>	9,40
<i>Front</i>	9,75

- (17) Det fremgikk at klager var rangert som nummer tre. Under vurderingen av tildelingskriteriet kvalitet, fremgikk blant annet følgende:

"Tilbyder har ikke levert fullstendige CV-er som beskrevet i konkurransegrunnlaget for nøkkelpersonell. I tillegg mangler CV for to av nøkkelpersonellet som tilbyder har

oppgitt i tilbudsskjemaet. Sistnevnte personells erfaring er kun beskrevet i organisasjonsplan. Manglende informasjon i leverte CV-er for prosjektleder og bas kommer heller ikke frem av referanselisten. Tilbyder har ikke foreslått nye løsninger, arbeidsmetoder eller materialer. Med bakgrunn i manglende opplysninger blir det etter en helhetsvurdering gitt 8 poeng på kvalitet".

- (18) Om valgte leverandør fremgikk det at *"Vinner av Kari Trestakkvei 3 og Auglendsveien 33 har tilbudt et nøkkelpersonell som har bygget et stort antall boliger/leiligheter de siste årene og har således solid erfaring med tilsvarende bygg. Beskrivelsen av konseptet "Friske hjem", og dokumentasjon på tilbudte løsninger som ivaretar innemiljøet er vektlagt positivt".*
- (19) I brev av 11. desember 2013 påklaget klager tildelingsbeslutningen. Klager viste til den nye evalueringen av klager, og anførte at evalueringen gikk utover en justering av regelbruddet og at en ny evaluering utover regelbruddet var i strid med loven § 5. Innklagede måtte fastholde sin opprinnelige evaluering og justere dette for et uriktig trekk for innklagedes egne erfaringer med nøkkelpersonell. Det riktige ville være å endre klagers score fra 9 til 10 og tildele klager kontrakten.
- (20) I brev datert 11. desember 2013 ble klagen avvist av innklagede med henvisning til at evalueringen nå var i tråd med oppgitte kriterier i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 11-1. Evalueringen av klager var riktig fordi klager hadde levert mangelfull dokumentasjon.
- (21) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) ved brev av 16. desember 2013.
- (22) I brev av 8. januar 2014 opplyste innklagede at kontraktsinngåelse ville utsettes til etter at nemnda hadde behandlet saken.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. februar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (24) Det foreligger brudd på forskriften § 13-2, jf. § 8-4 ved at innklagende har benyttet erfaring og gjennomføringsevne både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium. Det fremkommer ikke tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at nøkkelpersoners erfaring, er en annen erfaring enn erfaring som sier noe om personene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Det fremgår ikke at tilbudt nøkkelpersonells erfaring og gjennomføringsevne kun skulle vurderes opp mot tilbudte arbeidsmetoder og materialer. Tildelingskriteriet er ikke egnet til å identifisere en eventuell merkvalitet i det enkelte tilbud, men fastslår kun at personene som leverandøren tilbyr, er i stand til å utføre oppdraget. Da er dette i realiteten et kvalifikasjonskrav og sammenfallende med hva innklagede har etterspurt ved kvalifisering av leverandørene. Konkurransen skulle derfor vært avlyst. Subsidiært, forutsatt at tildelingskriteriene ikke er ulovlige, skulle kontrakten vært tildelt klager ved en lovlig gjennomført evaluering.
- (25) Det foreligger brudd på loven § 5 ved at evaluering av tilbudene i konkurransen ikke har oppfylt krav til forutberegnelighet og hvor den endelige tildeling er utslag av en vilkårlig vurdering. Innklagede har gjennomført to evalueringer av klagers tilbud hvor

innklagede har vektlagt ulike momenter i evalueringene som har fått følger for klagers rangering i forhold til øvrige tilbud. Konkurransen skulle derfor vært avlyst.

Innklagedes anførsler:

- (26) Klagers anførsler bestrides. Tildelingskriteriet "*nøkkelpersonells erfaring og gjennomføringsevne*" er ikke sammenfallende med, eller en gjentakelse av vurderingen av "*tilbydernes kompetanse og erfaring fra tilsvarende bygg*" med tanke på kapasitet og gjennomføringsevne. Det er nøkkelpersoners erfaring og gjennomføringsevne som skal vektes under dette tildelingskriteriet. Det er merkvaliteten, som beskrevet i egen oppdragsbeskrivelse, som sammen med nøkkelpersoner, byggleiders erfaring og kompetanse til å gjennomføre det som er beskrevet i oppdragsbeskrivelsen som danner grunnlag for vurdering av kvalitet. Dette er et annet hensyn enn tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner og fremkommer av konkurransegrunnlaget.
- (27) Det er ikke foretatt en ny skjønnsmessig vurdering av tilbudene. Trekk i klagers poengtildeling etter en ny evaluering, ble foretatt som følge av en mangel ved klagers tilbud og ikke som følge av endringer i innklagedes skjønnsutøvelse. Det er ikke lagt til grunn nye momenter, men det er foretatt en ny gjennomgang av de samme momentene som fremkommer i konkurransegrunnlaget, uten å ta hensyn til egne erfaringer som først tiltenkt.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygge- og anleggsarbeid i Kari Trestakkvei 3 og Auglendsveien, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt. Det er opplyst at forskriften del I og II gjelder. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig tildelingskriterium

- (29) Klager har anført at "*tilbudt nøkkelpersonells erfaring og gjennomføringsevne*" tilhørende tildelingskriteriet "*kvalitet*", er sammenfallende med de tekniske og faglige kvalifikasjonskrav. Innklagede bestrider dette og henviser til at det er en forskjell ved at det er nøkkelpersoners erfaring og gjennomføringsevne som skal vurderes under tildelingskriteriet.
- (30) Det følger av forskriften § 13-2 (2) at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Av forskriften § 11-1 følger det forutsetningsvis, at kriterier anvendt under kvalifisering av leverandører ikke kan gjentas som tildelingskriterier.
- (31) 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 fastsatt frist, ikke kunne benyttes som tildelingskriterier i stedet for kvalifikasjonskrav. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav heller enn tildelingskriter, jf. premiss (25) til (32).

- (32) Etter at Lianakis-dommen ble avsagt har klagenemnda behandlet flere liknende saker, jf. blant annet 2011/118 og 2011/81. Klagenemnda har lagt til grunn at Lianakis-dommen trolig ikke stenger for at vurderinger som i utgangspunktet hører under kvalifikasjonsvurderingen, i visse tilfeller også kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, så fremt tildelingskriteriet ikke er "*essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question*", jf. Lianakis premiss (30) og klagenemndas sak 2008/120 premiss (46).
- (33) I sak 2008/120 la klagenemnda også til grunn at det må fremgå tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter, ikke er sammenfallende med eller gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Dette er lagt til grunn i etterfølgende praksis, jf. blant annet 2011/118 og 2011/81. Dette samsvarer med de generelle kravene til tildelingskriterier slik de er formulert for eksempel i EU-domstolens avgjørelse i 19/00 (SIAC) i premiss (42): "*the award criteria must be formulated, in the contract documents or the contract notice, in such a way as to allow all reasonable well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way*". Når forhold relatert til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten vurderes i tildelingsfasen, må det derfor kreves at det i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen gjøres tilstrekkelig klart for tilbyderne at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/118 premiss (19) og sak 2011/81 premiss (27). Dette gjelder også for anskaffelser som følger reglene i forskriften del II, jf. klagenemndas sak 2011/118 med videre henvisninger.
- (34) I foreliggende konkurranse skulle erfaring og gjennomføringsevne vurderes både i relasjon til tildelingskriteriet kvalitet, og i relasjon til kvalifikasjonskravet tekniske og faglige kvalifikasjoner. I kvalifikasjonsfasen var det leverandørens erfaring og gjennomføringsevne som skulle vurderes, mens tildelingskriteriet gjaldt det tilbudte personelletts erfaring og gjennomføringsevne.
- (35) Måten kvalifikasjonskravet og tildelingskriteriet var formulert på gjorde det imidlertid ikke klart hva som var forskjellen i vurderingstema. Dokumentasjon som skulle innleveres for tildelingskriteriet var delvis overlappende med det som var oppgitt som grunnlag for vurdering av kvalifikasjonskravet, og det var ikke tilkjennegjort hvordan dokumentasjonen og grunnlaget skulle vurderes ulikt. Særlig i relasjon til tildelingskriteriet, var det også i begrenset grad gjort rede for hva som skulle vurderes, og hva som ville gi uttelling.
- (36) Innklagede har i tilsvaret for nemnda forklart at det var leverandørens beskrivelse av hvordan oppdraget skulle løses, sammen med det tilbudte personells erfaring og kompetanse til å løse oppdraget i henhold til denne beskrivelsen, som skulle vurderes i relasjon til tildelingskriteriet kvalitet.
- (37) Etter klagenemndas syn er imidlertid ikke dette i tilstrekkelig grad kommet til uttrykk i konkurransegrunnlaget. Innklagede synes for øvrig heller ikke å ha forholdt seg til dette ved evalueringen – klager er gitt 8 av 10 mulige poeng på tildelingskriteriet kvalitet selv om klager ikke har levert en beskrivelse av tilbudt løsning.
- (38) Tildelingskriteriet kvalitet, hvor "*tilbudt nøkkelpersonells erfaring og gjennomføringsevne*" skulle vurderes, er på denne bakgrunn ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 13-2.

(39) Klagenemnda må ta stilling til om bruk av tildelingskriteriet, er en feil som innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.

(40) 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".

(41) I sak 2011/81 vurderte nemnda det slik at:

"Et tildelingskriterium vil normalt ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om deltakelse 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, og dette vil normalt utløse en plikt for oppdragsgiver til å avlyse konkurransen. På bakgrunn av at tildelingskriteriet i det foreliggende tilfelle skulle vektes 30 % er det klart at hovedregelen om avlysning kommer til anvendelse også i det foreliggende tilfellet."

(42) I foreliggende sak var det aktuelle kriteriet tillagt en vekt på 30 %, og hovedregelen om avlysning kommer derfor til anvendelse.

(43) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, blir klagers øvrige anførsler ikke behandlet.

Konklusjon:

Stavanger kommune har brutt forskriften § 13-2 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 11. februar 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger