



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av levering og legging av sjøledninger, samt landanlegg og utgraving av to pumpestasjoner. Klager anførte at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved å fjerne tildelingskriteriet "Ansattes CV" etter tilbudsfristens utløp. Klagenemnda fant det ikke tvilsomt at innklagede med dette hadde brutt kravet til likebehandling, etterprøvnbarhet og forutberegnelighet. Klagenemnda fant videre at feilen ikke kunne rettes ved å gjenåpne forhandlingene og gå tilbake til de opprinnelige tildelingskriteriene. Konkurransen måtte dermed avlyses. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2014 i sak 2014/26

Klager: ØPD Subsea AS

Innklaget: Sande kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Endring av tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Sande kommune (heretter innklagede) kunngjorde 11. november 2013 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av levering og legging av sjøledninger langs/over Sandebukta i Vestfold, og landanlegg og utgraving for to kloakkpumpestasjoner. Anskaffelsen var kunngjort i Doffin, som en anskaffelse etter forskriften del II. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.3 angitt til 4. desember 2013.
- (2) Følgende kvalifikasjonskrav var angitt for leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

A: Kriterier	B: Krav	C: Dokumentasjon	D: Vedlegg
Tekniske og faglige kvalifikasjoner	<i>Et velfungerende kvalitetssystem tilpasset kontraktens innhold</i>	<i>Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyrings system. Redegjørelsen må som minimum inneholde: [...]</i>	<i>Vedlegg 6</i>
	<i>Det kreves kvalifikasjoner Tilsvarende tiltaksklasse 2 for anlegg.</i>	<i>Sentral godkjenning for de aktuelle arbeidene, alternativt dokumentasjon som gjør det sannsynlig at man vil</i>	<i>Vedlegg 7</i>

	<i>konstruksjoner, installasjoner innen arbeidsområdene vannledninger og avløpsledninger</i>	<i>oppnå lokal godkjenning for de aktuelle arbeidene.</i>	
	<i>Tilbudt organisasjon og personell skal ha en tilfredsstillende evne til å gjennomføre kontrakten. Nøkkelpersonell skal snakke og skrive godt norsk.</i>	<i>Organisasjonsplan for oppdraget som viser tilbudt personell i de ulike nøkkelposisjonene d.v.s. ledelsen i prosjektet og ned til anleggsleder</i>	<i>Vedlegg 8</i>
		<i>CV for tilbudt nøkkelpersonell i organisasjonsplanen. Av CV skal det fremgå erfaring, alder, utdanning, språkkunnskaper, relevante referanseoppdrag og hvilken rolle vedkommende har hatt i disse oppdragene.</i>	<i>Vedlegg 9</i>
		<i>Oversikt over de viktigste sammenlignbare anlegg som firmaet har forestått de siste 3 år. Listen skal inneholde verdi, tidspunkt og oppdragsgiver / kontaktperson hos oppdragsgiver.</i>	<i>Vedlegg 10</i>

- (3) Ifølge konkurransegrunnlaget punkt 4.6, skulle følgende tildelingskriterier gjelde for konkurransen:

Kriterier	Vekt	Innhold	Følgende vurderes
<i>Pris</i>	<i>70 %</i>	<i>Totalpris</i>	<i>Lavest mulig pris</i>
<i>Gjennomføringsevne</i>	<i>20 %</i>	<i>Arbeidsopplegg og anleggsforståelse. Beskrivelse av hovedelementene i prosjektet med tilhørende utstyrsbehov og fremdrift.</i>	<i>Her vurderes det om entreprenøren tydelig viser at han har oppfattet anleggets utfordringer og viser god anleggsforståelse.</i>
<i>Ansattes CV</i>	<i>10 %</i>	<i>CV skal leveres på personer som entreprenøren har plukket ut til å delta i prosjektet til både ledelse og utførelse.</i>	<i>CV vurderes etter relevant utdanning, dokumentert fagkunnskap og dokumentert erfaring</i>

			<i>fra tilsvarende prosjekter.</i>
--	--	--	--

- (4) Det ble levert fem tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra ØPD Subsea AS (heretter klager), og Alfa Dykk AS (heretter valgte leverandør).
- (5) VA Consult AS utarbeidet innstilling til Sande kommune vedrørende valg av leverandør, datert 27. januar 2014. Det fremgikk av innstillingen at alle fem tilbyderne ble vurdert å oppfylle kvalifikasjonskravene. Etter dette ble tildelingskriteriet "*Pris*" gjennomgått, der valgte leverandør ble rangert som nr. 1, og klager rangert som nr. 3.
- (6) Ifølge innstillingen, ble tilbyderne deretter invitert til et avklaringsmøte, der blant annet tildelingskriteriet "*Ansattes CV*" ble strøket som tildelingskriterium, samtidig som vekten av tildelingskriteriet "*gjennomføringsevne*" økte fra 20 til 30 %. Om dette hitsettes følgende fra innstillingen:

"Forhandlinger:

På bakgrunn av tidligere prosess med avlysning av første tilbudskonkurranse, ble alle 5 tilbydere invitert til avklaringsmøte.

Avklaringsmøte ble gjennomført 16/12 og 19/12-13. Tilbyderne fikk utlevert likelydende spørreskjema, som ble gjennomgått i møte med den enkelte tilbyder. Bakgrunnen for gjennomgangen var Sande kommunes ønske om tydeliggjøring av tilbydernes forståelse av tilbudsbeskrivelse og ev. mangler i innleverte tilbud. Videre ble tildelingskriterier gjennomgått og CVer trukket ut av kriteriene, men at gjennomføringsevne fortsatt skulle vektas med 30 % (dvs. som tidligere). [...]"

- (7) Andre forhandlingsrunde ble gjennomført 13. januar 2014. To av tilbyderne ble ikke invitert til denne forhandlingsrunden, fordi deres pristilbud oversteg laveste pristilbud med mer enn 30 %. Etter denne forhandlingsrunden ble det foretatt tildelingsevaluering, med det resultat at valgte leverandørs tilbud ble rangert som nr. 1, og klagers tilbud rangert som nr. 2.
- (8) Tilbyderne ble i e-post av 5. februar 2014 meddelt at Sande kommune ønsket å inngå kontraktsforhandlinger med valgte leverandør.
- (9) Klager påklaget kontraktstildelingen ved brev av 21. februar 2014, med påstand om at valgte leverandør skulle vært avvist og at klager uansett skulle vært tildelt kontrakten. Klagen ble ikke tatt til følge ved brev datert 24. februar fra VA Consult AS.
- (10) Saken ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 7. mars 2014.
- (11) Innklagede har besluttet å avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har gitt uttalelse i saken, forutsatt at avgjørelsen foreligger innen utgangen av april 2014.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. april 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved å fjerne tildelingskriteriet *"Ansattes CV"* etter tilbudsfristens utløp. Det er nærliggende å anta at tildelingskriteriene ble endret for å tilrettelegge for at valgte leverandør kunne vinne konkurransen.
- (14) Innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av at denne ikke leverte ILO 94 bekreftelse innen tilbudsfristens utløp.
- (15) Innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av at denne ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til *"kvalifikasjoner Tilsvarende tiltaksklasse 2 for anlegg, konstruksjoner, installasjoner innen arbeidsområdene vannledninger og avløpsledninger"*. Valgte leverandør leverte ikke tilstrekkelig dokumentasjon til å sannsynliggjøre at de ville oppnå lokal godkjenning.
- (16) Innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av at denne ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til *"tilfredsstillende kompetanse og evne til å gjennomføre kontrakten"*. Valgte leverandør dokumenterte ikke erfaring fra sammenlignbare anlegg de tre siste år. Valgte leverandør har gjennomført et rent sjøledningsprosjekt i Kragerø. Dette prosjektet omfattet imidlertid ikke landarbeid og løsmasseboring, som det foreliggende oppdraget i stor del består av. Prosjektet ble også tidsmessig forskjøvet med ett og et halvt år i forhold til opprinnelig anslag.
- (17) Innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av at denne ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til å ha *"en rating som tilsvarer god kredittverdighet"*.
- (18) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av tilbudene. Valgte leverandør skulle fått lavere uttelling på tildelingskriteriet *"gjennomføringsevne"*, på grunn av manglende erfaring fra lignende prosjekt, uforsvarlig lave omsetningstall til et så stort prosjekt, og at de ville benytte underleverandører til alle de sentrale arbeidsoppgavene. Innklagede har heller ikke foretatt en forsvarlig evaluering av den betydelige kompetansen som klager besitter for utføring av tilsvarende og betydelig større prosjekter av sammenlignbar karakter. Klager skulle vært tildelt kontrakten.

Innklagedes anførsler:

- (19) Det var lovlig å endre tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp. Bakgrunnen for endringen, var at ansattes CV med erfaring mv. både var angitt som et kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium, noe som kan være ulovlig etter regelverket. Oppdragsgiver hadde på dette tidspunktet allerede avlyst konkurransen én gang fordi postadressen var angitt feil i konkurransegrunnlaget. For å unngå å bruke mer tid enn nødvendig, og for å unngå en senere klage grunnet dette, valgte innklagede å endre tildelingskriteriene etter godkjenning fra tilbyderne. Det er ikke riktig at innklagede på noen måte har forsøkt å tilrettelegge for at valgte leverandørs tilbud skulle vinne konkurransen.
- (20) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen fordi tilbudet manglet ILO-bekreftelse. Det var ikke et kvalifikasjonskrav at tilbyderne skulle levere ILO-94 bekreftelse. Det er innklagedes syn at ILO-bekreftelse anses gitt ved innlevering av signert tilbud ettersom de vil være avtalerettslig forpliktet til å følge disse reglene, og

at det ikke var et krav etter konkurransegrunnlaget at erklæring skulle inngis i eget dokument. Denne typen egenerklæringer bør uansett kunne ettersendes, jf. forskriften § 12-3. Innklagede fant det derfor tilstrekkelig at bekreftelsen forelå ved kontraktsinngåelse.

- (21) Valgte leverandør leverte tilstrekkelig dokumentasjon til å sannsynliggjøre at de ville oppnå lokal godkjenning, og oppfylte dermed kvalifikasjonskravet til *"kvalifikasjoner tilsvarende tiltaksklasse 2 for anlegg, konstruksjoner, installasjoner innen arbeidsområdene vannledninger og avløpsledninger"*. Valgte leverandør hadde fremlagt dokumentasjon på at lokal godkjenning var gitt i andre kommuner, og på bakgrunn av den fremlagte dokumentasjon anså innklagede det sannsynlig at lokal godkjenning ville bli gitt av Sande kommune. Valgte leverandør har også senere fått sentral godkjenning i tiltaksklasse 2 for grunnarbeider og landskapsutforming, noe som viser at innklagedes sannsynlighetsvurdering av at valgte leverandør ville få lokal godkjenning var korrekt.
- (22) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet til *"tilfredsstillende kompetanse og evne til å gjennomføre kontrakten"*, og skulle ikke avvises på dette grunnlag. Valgte leverandør har levert en liste over flere referanseprosjekt enn det klager viser til, og som ble vurdert å tilfredsstillende kvalifikasjonskravet.
- (23) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om *"en rating som tilsvarende god kredittverdighet"*. Valgte leverandør fremla kredittvurdering med rating *"AA – god kredittverdighet"*, og oppfylte således kvalifikasjonskravet. Det var ikke stilt krav til omsetningstall i konkurransegrunnlaget.
- (24) Det bestrides at det foreligger feil ved tildelingsevalueringen eller den poengsettingen som er foretatt. Etter oppdragsgivers oppfatning teller det ikke negativt på valgte leverandørs gjennomføringsevne at valgte leverandør benytter underentreprenører. Valgte leverandørs lave omsetningstall kunne ikke hensyntas i tildelingsevalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av leveranse og legging av sjøledninger langs Sandebukta i Vestfold, og landanlegg og utgraving for to kloakkpumpestasjoner. Dette er en bygge- og anleggsanskaffelse, som ble kunngjort som en konkurranse med forhandling i ett trinn, ved bruk av kunngjøringsskjema for anskaffelser under EØS-terskelverdi. 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.

Endring av tildelingskriteriene

- (26) Klager har anført at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 ved å fjerne tildelingskriteriet *"Ansattes CV"* etter tilbudsfristens utløp.
- (27) Tildelingskriteriet *"Ansattes CV"*, som opprinnelig skulle gis 10 % vekt i evalueringen, ble strøket som tildelingskriterium i avklaringsmøtet med tilbyderne den 16. og 19. desember 2013. Samtidig ble vekten av tildelingskriteriet *"Gjennomføringsevne"* økt fra 20 til 30 %. Med dette endret innklagede både hvilke tildelingskriterier som skulle gjelde og den interne vektning i og med at «gjennomføringsevne» ble økt til 30%. Endringene ble gjennomført etter tilbudsfristens utløp, idet tilbudsfristen var 4. desember 2013.

- (28) Det fremgår av forskriften § 8-2 (1) at oppdragsgiver innen tilbudsfristens utløp, kan foreta rettinger, suppleringer og endringer i konkurransegrunnlaget, som ikke er vesentlige.
- (29) Det følger forutsetningsvis av regelen i § 8-2 (1) at det som hovedregel ikke er anledning til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp.
- (30) I likhet med den foreliggende sak hadde innklagede i klagenemndas sak 2010/159 endret tildelingskriteriene under forhandlingsmøte etter tilbudsfristens utløp, ved at tildelingskriteriet miljø utgikk til fordel for pris. Klagenemnda uttalte på bakgrunn av EU-domstolens avgjørelse C-448/01 (Wienstrom) premiss 93, at oppdragsgiver *"aldri vil kunne endre tildelingskriteriene etter at disse er gjort kjent for tilbyderene"*, og at innklagede av denne grunn hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved å endre tildelingskriterienes vekt, jf. sakens premiss (59). Når det gjelder tidspunktet for endringen av tildelingskriteriene, ble bildet nyansert noe i klagenemndas sak 2011/278, uten at det har betydning for foreliggende sak, jf. sakens premiss (23).
- (31) EU-domstolens sak C-226/09 (Kommisjonen mot Irland) gjaldt tilsvarende problemstilling som i foreliggende sak. I saken hadde oppdragsgiver, etter tilbudsfristens utløp, og etter å ha åpnet tilbudene, endret vekten av tildelingskriteriet *"kvalifikasjoner og relevant erfaring"* fra 30 % til 25 %, til fordel for tildelingskriteriet *"de foreslående midlers egnethet"*, som ble økt fra 10 % til 15 %. Domstolen slo fast at endring av tildelingskriteriene etter åpningen av tilbudene, medfører et brudd på kravene til likebehandling og gjennomsiktighet, og at det er tilstrekkelig at endringen kan ha hatt diskriminerende virkning, jf. dommens premiss (62) flg. I foreliggende sak hadde innklagede åpnet tilbudene og vurdert tilbydernes kvalifikasjoner, før vekten av tildelingskriteriene *"Ansattes CV"* og *"Gjennomføringsevne"* ble endret. Dette kan ha hatt en diskriminerende virkning. Klagenemnda finner at endringen av tildelingskriterienes vekt under forhandlingene var i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling, og gjennomsiktighet, jf. også klagenemndas saker 2010/159, og 2011/151 premiss (89) flg.

Avlysning

- (32) For å vurdere om klager har rettslig klageinteresse i å få avgjort klagers øvrige anførsler, må klagenemnda ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har endret tildelingskriterienes vekt etter tilbudsfristens utløp, medfører en plikt til å avlyse konkurransen.
- (33) Avlysningsplikt forutsetter for det første at feilen som foreligger ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/159 premiss (60) og 2009/80 premiss (32). Det kan stilles spørsmål ved om det i denne saken er mulig for innklagede å gjenåpne forhandlingene, og rette feilen ved å gå tilbake til de opprinnelige tildelingskriteriene. Bakgrunnen for endringen av tildelingskriteriene var imidlertid at innklagede ble oppmerksom på at tildelingskriteriet *"Ansattes CV"* kunne være ulovlig, fordi tilbudt personells erfaring skulle vurderes både som tildelingskriterium og under kvalifikasjonskravet til *"organisasjon og personell skal ha en tilfredsstillende evne til å gjennomføre kontrakten"*. Men verken dette eller at tildelingskriteriet *"gjennomføringsevne"* er gjentatt både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium er anført som selvstendige brudd fra klagers side. Klagenemnda har tatt stilling til denne problemstillingen i en rekke saker, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/88, og

2011/347 premiss (47) med videre henvisninger. Det fremstår her klart at vurderingen av tildelingskriteriet "*Ansattes CV*" var sammenfallende med vurderingstemaet under det nevnte kvalifikasjonskravet. Tildelingskriteriet "*Ansattes CV*" var derfor ulovlig. Det samme ser ut til å gjelde for tildelingskriteriet "*gjennomføringsevne*". Forhandlingene kan etter dette ikke gjenåpnes, fordi det innebærer en vurdering av et ulovlig tildelingskriterium. Feilen kan følgelig ikke rettes.

- (34) Det er videre et vilkår for avlysningsplikt at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eller dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, jf. klagenemndas sak 2011/271 premiss (61). Tildelingskriteriene er som regel viktig både tilbydernes avgjørelse om å delta og utformingen av tilbudet. Det skal klare holdepunkter til før en endring av tildelingskriteriene ikke må sies å kunne ha påvirket utfallet av konkurransen. Selv om "*Ansattes CV*" i alle fall delvis synes å overlappe kriteriet "*gjennomføringsevne*", finner nemnda at endringen kan ha påvirket konkurransen. Det foreligger dermed plikt til å avlyse konkurransen.
- (35) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, er det ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Sande kommune har brutt kravet til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet ved å endre tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp. Konkurransen må avlyses.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 29. april 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger