



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for utskiftning av hovedvannledning. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriet "Gjennomføring", hvor underkriteriene "referanser" og "rutiner for kvalitet og HMS" inngikk, i dette tilfellet måtte anses lovlig.

Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2015 i sak 2015/118

Klager: Bygg og Maskin AS

Innklaget: Vestfold Vann IKS

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Vestfold Vann IKS (heretter innklagede) kunngjorde ved veiledende kunngjøring 1. juli 2015 og ordinær kunngjøring 20. august 2015, en åpen anbudskonkurranse for utskiftning av hovedvannledning. Anskaffelsens verdi ble estimert til 25 millioner kroner. Tilbudsfrist var 9. september 2015.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det blant annet oppstilt kvalifikasjonskrav om *"erfaring fra tilsvarende arbeider"* og *"tilstrekkelige tilgjengelige ressurser i form av mannskap, maskiner og utstyr"*. Det var også oppstilt et kvalifikasjonskrav om *"godt innarbeidede rutiner for kvalitet og HMS (planlegging, utførelse, kontroll og dokumentasjon)"*.
- (3) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på tildelingskriteriene *"Pris"* (60 %) og *"Gjennomføring"* (40 %). Sistnevnte kriterium var beskrevet slik i konkurransegrunnlaget:

"Utførelsestid/fremdriftsplan, forslag til bemanning og organisering av arbeidet, referanser samt rutiner for kvalitet og HMS (planlegging, utførelse, kontroll og dokumentasjon) mv. legges til grunn.

Det oppfordres til å utarbeide ett vedlegg til tilbudsbrief som utdyper gjennomføringsprosessen, utfordringer i prosjektet og hvordan disse planlegges løst."

- (4) Som krav til dokumentasjon for vurderingen av kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene, skulle tilbyderne som et minimum vedlegge følgende:

"1. Firmaattest (utskrift fra Foretaksregisteret i Brønnøysund)

2. Årsberetning

*3. Attest fra skattefogden i det fylke hvor tilbyderen har sitt hovedkontor**

*4. Attest fra kemner/kommunekasserer i det fylke hvor tilbyder har sitt hovedkontor**

5. Godkjenningsbevis for ansvarsrett iht. Plan- og bygningsloven

6. Redegjørelse vedrørende rutiner kvalitet

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

7. Oversikt over foretakets totale bemanning (fordelt på fagområde /funksjon mv.)
 8. Oversikt over foretakets maskiner og utstyr
 9. Oversikt over tilsvarende arbeider som foretaket har utført de siste 5 år, med oppdragsbeskrivelse og referanse hos oppdragsgiver (navn, telefon nr og e-postadresse).
 10. Oversikt over prosjekt organisasjon for dette oppdraget, med CV for nøkkelpersonell (prosjektleder, anleggsleder, sentrale fagarbeidere)
- * Ikke eldre enn 12 mnd."*

- (5) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fem tilbud, heriblant fra Bygg og Maskin AS sammen med Bjørn og Øyvind Tveter AS (heretter klager) og Arne Olav Lund AS. Innklagede vurderte tilbudet fra Arne Olav Lund AS (heretter valgte leverandør) som det økonomisk mest fordelaktige.
- (6) Om evalueringen av klagers tilbud når det kom til tildelingskriteriet "Gjennomføring", følger det av tildelingsevalueringen:

"Bygg og Maskin/Bjørn og Øyvind Tveter AS har inngått et forpliktende økonomisk samarbeid med Bygg og Maskin som kontraktspart mot VV. Ved evaluering er begge firmaers referanser kontaktet og vurdert. Det er ikke vedlagt referanser for tidligere arbeidsfellesskap mellom firmaene. Den forpliktende økonomiske samarbeidsavtalen er ikke vedlagt. Etter kontakt med referanser gis det blandet tilbakemelding. Generelt har Bygg og Maskin relativt gode referanser mens Bjørn og Øyvind Tveter har flere mindre gode referanser fra tidligere prosjekter.

Bygg og Maskin har lagt ett mindre antall rør >Ø800 med sveiste skjøter og koordinering mot UE sveising. Det fremkommer ikke av tilbudet om Bjørn og Øyvind Tveter har referanser eller erfaring med legging av rør(sveisede) >Ø800. Beskrivelse av organisering under formannsnivå er mangelfull.

Gjennomføringsplanen er lite beskrivende og kort. Det er planlagt å starte med 2 lag. Fremdriftsplanen er meget grovt satt opp og omtaler ikke overflate og drengarbeider som også er en viktig del av arbeidene. Normalt sett kan ikke disse gjennomføres før tele har gått ut av matjordranke og jorder har tørket noe opp (normalt april/mai). Gjennomføringsplanen og fremdriftsplanen er etter Vestfold Vanns oppfatning mangelfull og lite beskrivende.

BM har lav rigg og driftskostnad sammenlignet med øvrige tilbydere, dette kan imidlertid skyldes kalkulasjonstekniske forhold (hvor man synliggjør sine kostnader). Det kan også indikere at BM har vurdert kompleksiteten og omfanget av arbeidene ulikt de øvrige tilbyderne noe også vedlagt gjennomføringsplan og fremdriftsplan er med på å forsterke inntrykk av.

BM har en mangelfull beskrivelse av utfordringer i prosjektet og hvordan disse er tenkt løst.

VV oppfordret tilbyder i anbudsfasen å bruke litt tid på vektet kriterium «gjennomføring» det bærer imidlertid ikke tilbudet og mottatt dokumenter preg av.

Etter samlet vurdering av gjennomføring trekkes 0,5 poeng for plan for gjennomføring og 0,5 poeng for svake referanser. Bygg og Maskin/Tveter AS gis 5 poeng for gjennomføring."

- (7) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 26. oktober 2015.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. oktober 2015.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. desember 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har brutt regelverket ved at tildelingskriteriet "*Gjennomføring*" er ulovlig, da underkriteriene firmareferanser og rutiner for kvalitet og HMS ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (11) Feilen medfører at evalueringen skulle ha blitt annullert, og en ny evaluering gjennomført, hvor referansene ble holdt utenfor vurderingen. Subsidiært medfører feilen at konkurransen skulle ha vært avlyst.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Bruk av referanser og rutiner for kvalitet og HMS som en del av tildelingskriteriet "*Gjennomføring*" er lovlig.
- (13) Det er referanser knyttet til konkrete personer som er tilbudt eller som på annen måte er relevante i forhold til leveransen som var ment vurdert under tildelingskriteriet, og det er også dette som er vurdert.
- (14) Leverandørene er forholdsvis små selskaper, der selskapets ledelse og ledelseskultur har stor betydning for hvordan prosjektene gjennomføres. Det er derfor lagt vekt på referanseuttalelser som innbefatter hvordan selskapenes ledelse håndterer f.eks. avvik og kontraktshåndtering. Dette gjelder selv om disse personene ikke er oppgitt som nøkkelpersoner i tilbudet, da det legges til grunn at selskapets ledelse uansett vil komme på banen i slike situasjoner.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utskiftning av hovedvannledning som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 25 millioner kroner, og det kan på denne bakgrunn stilles spørsmål ved om anskaffelsen i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene del I. Anskaffelsen er imidlertid kunngjort som en anskaffelse over EØS-terskelverdi. Klagenemnda legger på denne bakgrunn til grunn at anskaffelsen følger forsyningsforskriften del I og II, jf. forsyningsforskriften §§ 2-2 og 2-3. Tilsvarende har blant annet blitt lagt til grunn i klagenemndas sak 2010/318 premiss (22).

Lovligheten av tildelingskriteriet "Gjennomføring" – vektlegging av rutiner

- (16) Tildelingskriteriet "*Gjennomføring*" skulle vurderes ut fra "*Utførelsestid/fremdriftsplan, forslag til bemanning og organisering av arbeidet, referanser samt rutiner for kvalitet og HMS (planlegging, utførelse, kontroll og dokumentasjon)*". Tilbyderne ble oppfordret til

å utarbeide et vedlegg "*som utdyper gjennomføringsprosessen, utfordringer i prosjektet og hvordan disse planlegges løst*".

- (17) Klager anfører at tildelingskriteriet må anses ulovlig. Klager viser for det første til at underkriteriet "*rutiner for kvalitet og HMS (planlegging, utførelse, kontroll og dokumentasjon)*" ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at det også var anvendt som kvalifikasjonskrav.
- (18) Når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, følger det av forsyningsforskriften § 11-1 (2) at oppdragsgiver skal benytte kriterier "*som har tilknytning til kontraktsgjensstanden*". Et tildelingskriterium er knyttet til kontraktsgjensstanden når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys.
- (19) Hvis kriteriet derimot legger opp til en vurdering av sider ved tilbudet som ikke får betydning for leveransen til oppdragsgiver, mangler den nødvendige tilknytningen. Tildelingskriteriet vil dermed heller ikke være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Denne problemstillingen ble behandlet av EU-domstolen i sak C-315/01. I en konkurranse om levering av en gatefeiemaskin hadde oppdragsgiver bedømt tilbudene på grunnlag av en referanseliste som kun viste hvilke og hvor mange kunder leverandørene hadde levert tilsvarende maskiner til. EU-domstolen slo fast at en slik liste som ikke inneholdt opplysninger om de gjennomførte leveransene, eller om kvaliteten på maskinene som hadde vært levert, ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (20) I herværende sak hadde innklagede oppstilt et kvalifikasjonskrav om "*godt innarbeidede rutiner for kvalitet og HMS (planlegging, utførelse, kontroll og dokumentasjon)*". Klagenemnda forstår klagen slik at klager mener at leverandørenes "*rutiner for kvalitet og HMS*" var bedømt i kvalifikasjonsfasen, og at en ytterligere vurdering av disse forholdene i tildelingsfasen ikke var egnet til å identifisere relevante forskjeller mellom leverandørenes tilbudte ytelser.
- (21) De leverandørene som oppfylte kvalifikasjonskravene, vil presumptivt være i stand til å utføre det aktuelle oppdraget. Spørsmålet er om de kvalifiserte leverandørenes rutiner for kvalitet og HMS i tillegg var relevant i vurderingen av fordeler og ulemper ved leverandørenes tilbud.
- (22) Klagenemnda har i flere saker slått fast at EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 (Lianakis) ikke utelukker at forhold ved leverandøren kan vektlegges i tildelingsfasen. Dette er også bekreftet av EU-domstolen i senere saker. Regelverket er heller ikke til hinder for at den samme dokumentasjonen vurderes både under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen, sml. Underrettens avgjørelse i sak T-457/07 premiss 80 flg.
- (23) Det avgjørende for om underkriteriet er lovlig, er om innklagede hadde et særlig behov for å vurdere leverandørens rutiner for kvalitet og HMS, ut over den adgangen som gis i kvalifikasjonsfasen. Et slikt vurderingsbehov kan foreligge hvor rutinene kan vise fordeler og ulemper ved tilbudene, ut over det som er nødvendig for å kvalifisere til deltakelse i konkurransen. I disse tilfellene foretas en vurdering av *hvor godt* tilbudet er, og denne skiller seg fra bedømmelsen av om leverandøren er kvalifisert.

- (24) Klagenemnda viser i denne sammenheng til generaladvokatens redegjørelse for hvordan Lianakis-avgjørelsen skal forstås i sitt forslag til avgjørelse i sak C-601/13 (Ambisig):

"the Court held that criteria that are 'essentially linked' to or 'relate principally' to evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question must be excluded as award criteria. This therefore makes it possible to use criteria which, although also concerned with assessing the tenderer's ability to perform the contract, are principally aimed at identifying the most economically advantageous tender".

- (25) Slik saken fremstår, har klagenemnda ingen rettslige innvendinger mot innklagedes vurdering av at leverandørens rutiner for kvalitet og HMS er egnet til å bedømme den forventede kvaliteten på planlegging, utførelse, kontroll og dokumentasjon av arbeidet som skal utføres og den relative risikoen for avvik, forsinkelser eller skader under gjennomføringen av oppdraget. Oppdraget fremstår som krevende med en rekke risikoelementer, og det fremgår også av beskrivelsen av tildelingskriteriet i konkurransegrunnlaget at innklagede ville legge vekt på tilbydernes utdypende redegjørelse for *"gjennomføringsprosessen, utfordringer i prosjektet og hvordan disse planlegges løst"*. Klagenemnda finner på dette grunnlag at tildelingskriteriet må forstås slik at det var forhold som var relevante for kvaliteten på det aktuelle oppdraget som ville vurderes, og at forholdene var relevante i sammenligningen av hvor økonomisk fordelaktige tilbudene er for oppdragsgiver.
- (26) Evalueringen av tildelingskriteriet viser også at innklagede har vurdert kriteriet på denne måten. Herunder har innklagede fremhevet at valgte leverandør ville ha egen stikker stasjonert på anlegget for å foreta utstikking, innmåling og bearbeiding av data for å sikre rutine for kvalitet og dokumentasjon. For et annet tilbud påpekte innklagede at tilbyderen hadde identifisert en del prosjektspesifikke kritiske aktiviteter vedrørende HMS og kvalitet. I vurderingen av klagers tilbud trakk innklagede frem at tilbudet hadde en mangelfull beskrivelse av utfordringer i prosjektet og hvordan disse var tenkt løst.
- (27) Tildelingskriteriet *"Gjennomføring"* kan på denne bakgrunn ikke anses ulovlig. Klagers anførsel fører ikke frem.

Lovligheten av tildelingskriteriet "Gjennomføring" – vektlegging av referanser

- (28) Klager fremholder for det andre at det ikke var anledning til å vurdere *"referanser"* under tildelingskriteriet *"Gjennomføring"*. I denne forbindelse har klager anført at det er firmareferanser som er vurdert, og at leverandørens generelle erfaring ikke er egnet til å skille mellom erfaringen til mannskapene som leverandørene har tilbudt i denne konkurransen.
- (29) I likhet med klagers første innvending mot tildelingskriteriet *"Gjennomføring"*, gjelder klagers andre anførsel når og på hvilken måte leverandørens egenskaper og kvalifikasjoner kan vektlegges ved valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda viser i den forbindelse til redegjørelsen for de rettslige utgangspunktene som er gitt i avsnitt 18 flg. ovenfor.
- (30) I konkurransegrunnlaget var det oppstilt et kvalifikasjonskrav om *"erfaring fra tilsvarende arbeider"*. Videre var *"referanser"* listet opp som et av momentene som ville bli bedømt i evalueringen av tildelingskriteriet *"Gjennomføring"*.

- (31) Bedømmelsen av kvalifikasjonskravene og evalueringen av tildelingskriteriene er to atskilte prosesser med ulikt formål. Formålet med tildelingsevalueringen er å rangere nivået på *den ytelsen som er tilbudt* etter forhåndskunngjorte kriterier.
- (32) For at et tildelingskriterium som vurderer erfaring, kompetanse eller lignende lovlig skal kunne benyttes, må det være erfaring/kompetanse til personell som kan være aktuelle for arbeid i oppdraget som gjøres til et vurderingstema og ikke *leverandørens* generelle erfaring/kompetanse, jf. blant annet klagenemndas sak 2015/78 premiss (17) og 2015/97 premiss (27). Erfaringen/kompetansen til personer som ikke skal bistå i oppdraget, vil ikke påvirke nivået på den tilbudte ytelsen. Disse sidene ved leverandørens virksomhet mangler følgelig den nødvendige tilknytningen til leveransen.
- (33) Henvisningen til "*referanser*" i tildelingskriteriet sier i seg selv lite om hva som skulle vurderes. Innklagede hadde også oppstilt et kvalifikasjonskrav om "*erfaring fra tilsvarende arbeider*", og dokumentasjonskravet viser til foretakets referanser. Dette kan gi inntrykk av at det var firmaene som sådan som skulle vurderes, og ikke forhold egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Hvis tildelingskriteriet legger opp til en vurdering av firmaenes generelle referanser og ikke tilbudt personells erfaring/kompetanse, vil det som nevnt være problematisk.
- (34) Innklagede har erkjent at tildelingskriteriet kunne ha vært utformet mer optimalt, men har vist til at det var oppdragsspesifikke referanser som ble vurdert, og at dette var i samsvar med konkurransegrunnlaget.
- (35) Slik klagenemnda forstår beskrivelsen av tildelingskriteriet lest i sammenheng med konkurransegrunnlaget for øvrig, legges det ikke nødvendigvis opp til at generelle firmareferanser vil bli vurdert i evalueringen av tildelingskriteriet "*Gjennomføring*". Det var i dokumentasjonskravet lagt opp til at hver referanse skulle kontaktes på telefon eller e-post. Det kan derfor ikke ha kommet overraskende på leverandørene at tilbudenes beskrivelse av referanseoppdrag ville bli utdypet og nyansert i evalueringen av tilbudene.
- (36) Slik saken er opplyst for klagenemnda, legger nemnda til grunn at innklagede har vurdert oppdragsspesifikke og relevante forhold i evalueringen av tilbudene. Ved evalueringen av tilbudene har innklagede blant annet trukket frem at valgte leverandør og en annen tilbyder har "*gode referanser og erfaring med legging av store rørledninger >Ø800 med sveiste skjøter og koordinering mot UE sveising*". Innklagede påpeker videre at navngitte personer med erfaring med legging av rør med store dimensjoner er oppgitt i organisasjonsplanen for oppdraget.
- (37) I vurderingen av klagers tilbud, kan det imidlertid synes som at innklagede har vurdert klagers firmareferanser generelt, og ikke knyttet vurderingen opp mot tilbudt personells erfaring og kompetanse. Samtidig har innklagede fremhevet at klagers beskrivelse av organisering under formannsnivå er mangelfull, noe klagenemnda forstår dithen at det har vært utfordrende å vite hvilke medarbeidere som ble tilbudt.
- (38) Etter dette finner klagenemnda at tildelingskriteriet skal forstås og har vært anvendt slik at det var forhold som var relevante for det aktuelle oppdraget som ble vurdert under "*referanser*". Referansene var derfor egnet til å sammenligne hvor økonomisk fordelaktige tilbudene er for oppdragsgiver. Tildelingskriteriet "*Gjennomføring*" kan da heller ikke på denne bakgrunn anses ulovlig. Klagers anførsel fører ikke frem.

Klagers øvrige innsigelser

- (39) I klagen til klagenemnda ble det i tillegg til anførselen om ulovlig tildelingskriterium henvist til tidligere korrespondanse med innklagede, som også omfatter innsigelser mot tildelingsevalueringen. Det er usikkert hva som er rekkevidden av denne henvisningen. Klager fremholder at innklagede har gitt klagers tilbud et for stort poengtrekk under tildelingskriteriet "*Gjennomføring*". Klager har imidlertid ikke begrunnet anførselen på en slik måte at klagenemnda finner grunnlag for å ta stilling til den. Klager fremholder også at innklagede har begått feil ved evalueringen av klagers tilbudspris. En korrekt evaluering av pris ville ifølge klager ikke hatt innvirkning på resultatet i konkurransen, og klagenemnda legger derfor til grunn at dette ikke er ment som en selvstendig anførsel.

Konklusjon:

Vestfold Vann IKS har ikke brutt regelverket.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk