



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Avlysningsplikt.

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av asfaltering av kommunale veier. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 13-2 ved å benytte kompetanse og erfaring som tildelingskriterium, uten at det fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget hvordan tildelingsevalueringen ville skille seg fra kvalifikasjonsvurderingen. Klagenemnda fant konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av denne feilen.

Klagenemndas avgjørelse 1. september 2015 i sak 2015/66

Klager: Lemminkäinen Norge AS

Innklaget: Notodden kommune

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kristian Jåtog Trygstad, Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Notodden kommune (heretter innklagede) kunngjorde 9. april 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av asfaltering av kommunale veier. Kontraktens varighet var i kunngjøringen punkt II.3 angitt til fire og en halv måned, fra 1. juni 2015 til 15. oktober 2015. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 11. mai 2015. Det fremgikk av kunngjøringen III.2.3 at det var stilt kvalifikasjonskrav til blant annet tekniske og faglige kvalifikasjoner, med henvisning til konkurransegrunnlaget. Videre fremgikk det under punkt IV.2.1. at tildelingskriterier og vekting var fastsatt i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget var anskaffelsens verdi anslått til å være under EØS-terskelverdi.
- (2) Konkurransegrunnlaget bestod av seks sider, og det fremgikk at kvalitet og utførelse skulle skje i samsvar med håndbok nr. 018 fra Statens vegvesen – Vegbygging, normaler, kap. 6 om vegdekker, og asfaltretningslinjer fra Norsk Asfaltforening. Det ville bli foretatt løpende kontroll og felles evaluering etter hver lagte 500 tonn. På siste side i konkurransegrunnlaget var det angitt hvilke vedlegg som skulle legges ved tilbudet. Under listen fremgikk at "[f]or virksomheter/entreprenører Notodden kommune ikke er kjent med fra før, innleveres samtidig bedriftsdokumentasjon om kompetanse og referanseliste for oppdrag."
- (3) I konkurransegrunnlaget fremgikk følgende om kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier:

"KVALIFIKASJONSKRAV

Tilbyder/entreprenør forutsettes å ha god kompetanse og lang erfaring med slike arbeider. Tilbydere som ikke er kjent av kommunen fra tidligere, må framlegge dokumentasjon om kompetanse, erfaring og registrering. Asfaltmaterialet skal være

produsert av sertifisert leverandør. Utførende operatører på legging og trafikkdirigering skal ha gyldig kursbevis for arbeidsvarsling og trafikkdirigering.

[...]

TILDELINGSKRITERIER/TILBUDSBEHANDLING

Behandling i henhold til Lov om offentlige anskaffelser. Tildeling vil skje på grunnlag av samlet pris på leveransen. Utover pris vil kommunen også vektlegge kompetanse og erfaring ved valg av entreprenør; jfr. punktet om krav til anbyder."

- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Lemminkäinen Norge AS (heretter klager) og NCC Roads AS (heretter valgte leverandør).
- (5) Klager ble meddelt tildelingsbeslutning ved protokoll datert 18. mai 2015, hvor det fremgikk at kontrakt ville tildeles valgte leverandør. Samtlige innleverte tilbud var på omkring 2 millioner kroner. Klagers tilbud hadde lavest pris, som var i underkant av 3000 kroner lavere enn tilbudet til valgte leverandør.
- (6) Klager klaget på tildelingen ved brev datert 20. mai 2015. Innklagede besvarte klagen på e-post 3. juni 2015, hvor det fremgikk at "[d]et utslagsgivende for at Lemminkäinen ikke vant var referanser". Det ble videre vist til en evaluering foretatt etter et oppdrag klager utførte i 2014. Evalueringen var underskrevet av representant fra klager, og innklagede har opplyst at evalueringen var gjenstand for full kontradiksjon. Her fremgikk blant annet at klager var enig med innklagede i at "*håndverket kunne vært bedre*". Videre fremgikk under punkt 4 at varen delvis hadde holdt kontraktsfestet kvalitet, og at oppdragsgiver etter en samlet vurdering var delvis fornøyd med kvaliteten sett i forhold til kontraktens krav. Under oppdragsgivers kommentarer fremgikk at det var registrert mindre god estetikk i en del tilfeller. Under punkt 12 "*Samlet vurdering av leveransen*" fremgikk at leverandøren delvis kunne anbefales for fremtidige tilsvarende oppdrag, hvor innklagedes kommentar var: "*Ja, men under forutsetning av at de forhold som fremkommer under pkt. 4 forbedres vesentlig*".
- (7) Ved klage datert 5. juni 2015 anførte klager at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium, og derfor hadde plikt til å avlyse konkurransen. Innklagede avviste klagen ved brev datert 10. juni 2015:

"Med ordlyden kompetanse og erfaring under avsnittet om tildelingskriterier, menes kompetanse til å utføre god "håndverksmessig" kvalitet. Med erfaring menes kommunens erfaring med leverandøren.

Leverandøren dekker kvalifikasjonskravene for å være med i konkurransen, men får ikke toppscore i vekting på utførelseskvalitet. Jf. gjennomført evaluering av arbeider utført i 2014 for Notodden kommune.

Som nevnt i tidligere e-post var det denne referansen som var utslagsgivende for resultatet. Prisforskjellen var så liten at denne betraktes som lik i sammenheng."

- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 15. juni 2015.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. august 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har brutt forskriften § 13-2 (1), jf. § 11-1, ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium. Det er sammenfall mellom tildelings- og kvalifikasjonskriteriene, og tildelingskriteriene er i tillegg uklare. Bruk av et ulovlig tildelingskriterium vil etter klagenemndas praksis normalt utløse plikt til å avlyse konkurransen.
- (11) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning for klager er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Tildelingskriteriet er ikke uklart. Kompetanse og erfaring er egnet til å vurdere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og samme vurderingstema er ikke benyttet i både kvalifikasjons- og tildelingsevalueringen. Kriteriet er også utformet i samsvar med de grunnleggende kravene.
- (13) Innklagedes evaluering av tildelingskriteriene er også lovlig.
- (14) Dersom klagenemnda finner at det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium, bestrides at vilkårene for positiv eller negativ kontraktsinteresse er oppfylt.

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 asfaltering av kommunale veier som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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.
- (16) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 13-2 (1), jf. § 11-1, ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium.
- (17) Det følger av forskriften § 13-2 (1) at kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har lavest pris. Videre følger det av forskriften § 13-2 (2) at når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, *"skal det benyttes 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 sak 2015/15 premiss (28), som også gjaldt en anskaffelse etter forskriften del II. I den saken ble det videre lagt til grunn i premiss (29) at:

"Det følger forutsetningsvis av forskriften § 11-1 at krav anvendt under kvalifiseringen av leverandørene ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Vurderingen av tilbudets kvaliteter skal ikke være sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, og dette skal fremgå tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget, jf. blant annet nevnte sak 2012/153 i premiss (45)."

- (18) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at tildeling skulle skje på grunnlag av pris, men at innklagede også ville vektlegge kompetanse og erfaring. Det ble i den forbindelse henvist til kvalifikasjonskravene, hvor det er stilt krav om *"god kompetanse og lang erfaring med slike arbeider"*. Utover dette er tildelingskriteriet ikke nærmere beskrevet i

konkurransegrunnlaget. Etter klagenemndas syn fremstår tildelingskriteriet knyttet til erfaring og kompetanse som helt sammenfallende med det tilsvarende kvalifikasjonskravet, som det også eksplisitt henvises til. Det er verken i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget sagt noe om hvordan tildelingskriteriet skiller seg fra kvalifikasjonskravet. Det kan da ikke tillegges avgjørende vekt at innklagede opplyser å ha lagt til grunn et lavt nivå for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, mens tildelingsevalueringen ble basert på merverdi utover dette, jf. svar på klage i brev av 10. juni 2015. Kriteriet kan av denne grunn ikke anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 13-2 (2). Det må derfor anses ulovlig.

- (19) Basert på Underrettens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), har klagenemnda tidligere lagt 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"*, jf. klagenemndas sak 2014/131 premiss (23) med videre henvisning til 2011/171 premiss (61). Et tildelingskriterium vil normalt ha stor betydning for tilbyderne, jf. eksempelvis sak 2014/131 premiss (24). I det foreliggende tilfellet fikk det ulovlige tildelingskriteriet etter innklagedes egen forklaring også avgjørende betydning for utfallet av konkurransen. Konkurransen skulle derfor ha vært avlyst som følge av denne feilen.
- (20) Basert på resultatet i foreliggende sak, tar klagenemnda ikke stilling til klagers øvrige anførsler eller hvorvidt det er i samsvar med regelverket at innklagede utelukkende vektla egne erfaringer ved evalueringen av tilbydernes kompetanse og erfaring.
- (21) Klagenemnda finner heller ikke grunnlag for å ta stilling til hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt.

Konklusjon:

Notodden kommune har brutt forskriften § 13-2 (2) ved å benytte kompetanse og erfaring som tildelingskriterium, uten at det fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget hvordan tildelingsevalueringen ville skille seg fra kvalifikasjonsvurderingen.

Klagers øvrige anførsel har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk

Dokumentet er godkjent elektronisk