



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av permanent ventilasjonsanlegg og nødskorstein til sitt forbrenningsanlegg. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 13-2 ved at tildelingskriteriet "Leveringsevne" ikke kunne anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda fant at konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av denne feilen, og tok derfor ikke stilling til klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriene.

Klagenemndas avgjørelse 3. november 2015 i sak 2015/94

Klager: Agder Ventilasjon AS/Itek AS

Innklaget: Returkraft AS

**Klagenemndas
medlemmer:** Karin Fløistad, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Returkraft AS (heretter innklagede) kunngjorde 29. januar 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av permanent ventilasjonsanlegg og nødskorstein til sitt forbrenningsanlegg. Anskaffelsen er kunngjort i henhold til forskriften del I og II. Tilbudsfrist var 11. mars 2015.
- (2) Et av kvalifikasjonskravene var at leverandørene skulle ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene. Herunder var det oppstilt et krav til likviditet tilsvarende 1,5 ganger den totale tilbudssummen.
- (3) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene pris (40 %), erfaring fra lignende prosjekter (20 %) og leveringsevne (40 %).
- (4) Tildelingskriteriet "Leveringsevne" skulle vurderes ut fra en likedeling mellom "Tilbyders økonomiske og organisatoriske soliditet" og "Inntrykk av leveringsevne ut fra samtale med kunder på oppgitte referanseprosjekter".
- (5) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Agder Ventilasjon AS (heretter klager).
- (6) Det ble i brev av 27. mars 2015 opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Ulstein AS (heretter valgte leverandør).
- (7) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 5. mai 2015.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. oktober 2015.

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

(9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. november 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagedes evaluering av tildelingskriteriene "*Erfaring fra lignende prosjekter*" og "*Leveringsevne*", strider mot kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i loven § 5. Klager og underleverandøren Itek AS har mye bedre erfaring, kompetanse og bedre leveringsevne enn valgte leverandør. Klager har inngitt tilbudet med lavest pris, og skulle vært tildelt kontrakt.
- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å legge til grunn feil faktum for evalueringen, da det bare er innhentet referanse fra ett av seks firma på klagers referanseliste. Innklagede kunne ikke se bort fra Itek AS sine erfaringer ved evalueringen.
- (12) Det tilbudte tekniske utstyret/filteret er ikke objektivt sammenlignet i evalueringen, og innklagede har dermed ikke sikret at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ble valgt.
- (13) Det kan også se ut som innklagede i realiteten har lagt inn og brukt kvalifikasjonskrav som tildelingskriterium.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Itek AS har ikke deltatt i konkurransen som tilbyder, og har dermed ikke klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (15) Evalueringen av tildelingskriteriene "*Erfaring fra lignende prosjekter*" og "*Leveringsevne*" var forsvarlig, og i samsvar med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i loven § 5.
- (16) Klager dokumenterte ikke rådighet over underleverandøren Itek AS, men oppfylte kvalifikasjonskravene uten å støtte seg på dennes ressurser. Kravet om forpliktelseserklæring var imidlertid ikke begrenset til å gjelde kvalifikasjonskravene. For tilbudsevalueringen kunne derfor ikke underleverandørens ressurser vektlegges.
- (17) Kvaliteten på utstyret var ikke omfattet av tildelingskriteriene. Utstyret skulle oppfylle visse minstekrav som ble oppstilt i kravspesifikasjonen.
- (18) Innklagede har ikke blandet sammen vurderingene under kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene. Tildelingskriteriene har hatt til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på erfaring og leveringsevne. Tildelingskriteriene er saklige, klare og har en tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av ventilasjonsanlegg og nødskorstein, og er kunngjort som en vareanskaffelse. Klagenemnda tar ikke stilling til hvorvidt klagers underleverandør på selvstendig grunnlag ville hatt saklig klageinteresse, da hensynet til denne er ivaretatt av klager. Anskaffelsen er kunngjort med skjema for anskaffelser under EØS-terskelverdi, og i konkurransegrunnlaget punkt 4.5 går det frem at estimert verdi av anskaffelsen er 1 500 000 kroner. 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.

- (20) Klagenemnda forstår klager slik at det anføres at innklagede har brutt regelverket ved å anvende ulovlige tildelingskriterier i konkurransen. Innklagede har også behandlet dette i sitt tilsvær.
- (21) Det følger av forskriften § 13-2 (2) at når en kontrakt 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 2012/121 premiss (57), og at tildelingskriteriene ikke skal være *"essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract"*, jf. EU-domstolens avgjørelse i C-532/06 (*"Lianakis"*) og blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2015/60 og sak 2008/120. Dersom et kvalifikasjonskrav og et tildelingskriterium forutsetter en vurdering av samme forhold, kan det lett oppstå tvil om disse vilkårene er oppfylt.
- (22) Tildelingskriteriet *"Leveringsevne"* skulle vurderes ut fra *"Tilbyders økonomiske og organisatoriske soliditet"* og *"Inntrykk av leveringsevne ut fra samtale med kunder på oppgitte referanseprosjekter"*.
- (23) Underkriteriet *"Tilbyders økonomiske og organisatoriske soliditet"* var ikke nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget. Kriteriet retter seg uansett mot leverandørene, og ikke mot den ytelsen som er tilbudt. En vurdering av leverandørenes soliditet kan vanskelig anses å ha tilknytning til kontraktsgjenstanden – som var levering og installasjon av et ventilasjonsanlegg og nødskorstein.
- (24) Innklagede hadde også stilt et kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell soliditet, herunder krav til likviditet tilsvarende 1,5 ganger den totale tilbudssummen. Dette skulle formodentlig sikre at leverandørene hadde økonomisk evne til å oppfylle kontrakten, noe som styrker klagenemndas vurdering av det ulovlige underkriteriet *"Tilbyders økonomiske og organisatoriske soliditet"* under tildelingsevalueringen.
- (25) Også ved underkriteriet *"Inntrykk av leveringsevne ut fra samtale med kunder på oppgitte referanseprosjekter"*, er det uklart hva innklagede ville vektlegge. Heller ikke dette kriteriet fremstår umiddelbart som egnet til å si noe om nivået på ytelsen som skulle leveres. Innklagede har for øvrig ikke begrunnet nærmere på hvilken måte noen av underkriteriene, eller tildelingskriteriet *"Leveringsevne"* som sådan, var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (26) Tildelingskriteriet *"Leveringsevne"* kan etter dette ikke anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 13-2 (2), og må derfor anses ulovlig.
- (27) Klagers anførsler gjelder hovedsakelig innklagedes evaluering av tildelingskriteriene. Bruddet relaterer seg imidlertid i første rekke til at det er anvendt et ulovlig tildelingskriterium.
- (28) 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", eller dersom "feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta", jf. blant annet klagenemndas sak 2011/171 premiss (61). Et tildelingskriterium vil normalt ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om de overhodet skal delta i konkurransen og ved utformingen av tilbudet, jf. eksempelvis sak 2014/131 premiss (24). Som et utgangspunkt kan det legges til grunn at ethvert ulovlig tildelingskriterium kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. Har oppdragsgiver benyttet et slikt kriterium, vil dette forhold derfor normalt utløse en plikt til å avlyse konkurransen, jf. KOFA-sak 2010/309 avsnitt 54, se også RG 2011 s. 128. Under enhver omstendighet er det aktuelle tildelingskriteriet "*Leveringsevne*" tillagt en vekt på 40 % i denne konkurransen, og det er ikke tvilsomt at et korrekt tildelingskriterium kunne gitt et annet utfall av konkurransen. Konkurransen skulle derfor ha vært avlyst.*

- (29) På bakgrunn av at konkurransen skulle vært avlyst, finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers anførsel om innklagede har brutt på regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriene.

Konklusjon:

Returkraft AS har brutt forskriften § 13-2 (2) ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk