



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede arrangerte en konkurranse for anskaffelse av totalentreprise til en skole. Klagenemnda fant at det i konkurransegrunnlaget ikke var klart nok sondret mellom tildelingsevalueringen og kvalifikasjonsvurderingen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 14. juni 2010 i sak 2009/205

Klager: HENT AS

Innklaget: Andøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Andøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. april 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for nye Andenes skole.
- (2) Følgende fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.08 og 2.09:

"2.08 Utvelgelseskriterier

Tildeling av kontrakt skjer på grunnlag av det for Byggherren økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Bare tilbydere som etter en samlet vurdering anses kvalifisert for å utføre oppgaven vil få vurdert sine tilbud. Øvrige tilbydere vil bli avvist.

Følgende kvalifikasjonskrav vil bli lagt til grunn ved vurdering (utvelgelse) av tilbyderne:

<i>Kvalifikasjonskrav</i>	<i>Dokumentasjon</i>
<i>Generelt</i>	<i>Presentasjon av totalentreprenøren og deltakende underentreprenører og rådgivere.</i>
<i>Tekniske kvalifikasjoner</i>	<i>Kopi av sentral godkjenning eller tilsvarende lokal godkjenning.</i>
<i>Administrative kvalifikasjoner</i>	<i>Egnet dokumentasjon som oversikt over organisasjon, nøkkelpersoner etc</i>
<i>Kapasitet</i>	<i>Egnet dokumentasjon som oversikt over bemanning for de aktuelle fagområder</i>
<i>Økonomisk/finansielle kvalifikasjoner</i>	<i>Firmaattest Regnskap for siste driftsår</i>
<i>Referanseprosjekter</i>	<i>Prosjekter med tilsvarende størrelse og kompleksitet.</i>

	<p><i>Det oppgis:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Prosjekt navn</i> • <i>Byggherre</i> • <i>Prosjekt type (nybygg/renovering osv.)</i> • <i>Entrepriseform</i> • <i>Størrelse kontrakt</i>
--	---

2.09 Tildeling av kontrakt

Følgende tildelingskriterier vil bli lagt til grunn ved valg av tilbud:

Vekting	Kriterier	Dokumentasjon
40 %	<i>Pris</i>	<i>Tilbud/tilbudsskjema</i>
40 %	<i>Tid</i>	<i>Tilbud/tilbudsskjema</i>
20 %	<i>Erfaring</i>	<i>Firmapresentasjon/referanseliste</i>

- (3) Etter forespørsel, sendte innklagede 4. juni 2010 ut et tillegg til konkurransegrunnlaget hvor evalueringsmodellen ble nærmere beskrevet. Modellen var en lineær beregningsmodell hvor tilbyderne fikk poeng i forhold til det tilbudet med lavest pris og kortest tid. Om tildelingskriteriet ”Erfaring” stod det:

”Erfaring kan ikke poengsettes ut fra noen formel. Metoden for å beregne poengene for erfaring gjøres ut i fra kriterier. Kriteriene fordeles ut i fra relevante områder som er viktige for byggherren.

Kriteriene er:

- *Firmapresentasjon/økonomi*
- *Nøkkelpersonell*
- *Kvalitetssikringssystem*
- *HMS*
- *Referanseprosjekter*”

- (4) Innen tilbudsfristen 12. juni 2009 mottok innklagede tre tilbud, deriblant fra HENT AS (heretter kalt klager) og Karstein Kristiansen Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør). Alle tilbudene lå i en prisklasse rundt 100 millioner kroner.
- (5) Etter tilbudsfristen var det noe korrespondanse mellom klager og innklagede. I brev av 7. juli 2009 avviste innklagede klagers tilbud, grunnet det innklagede anså som forbehold, feil, avvik eller lignende i tilbudet, samt manglende dokumentasjon. Klager påklaget avvisningen i brev av 27. juli 2009, men klagen ble avslått av innklagede i brev av 4. august 2009.
- (6) Etter noe ytterligere korrespondanse, ble saken brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. september 2009.
- (7) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 17. september 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har brutt regelverket ved å bruke det ulovlige tildelingskriteriet ”*Erfaring*” slik at det foretas en sammenblanding av kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen.
- (9) Klager har også fremsatt en rekke andre anførsler, men på bakgrunn av det resultatet klagenemnda kommer til, gjengis de ikke her.

Innklagedes anførsler:

- (10) Innklagede bestrider at det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Selv om det er mulig å tolke kriteriet ”*Erfaring*” i tilbudsevalueringen til å overlape kvalifikasjonsvurderingen, er ikke samme forhold tillagt betydning to ganger i evalueringen. I kvalifikasjonsvurderingen ble det vurdert om tilbyderne hadde gjennomført referanseprosjekter. I tildelingsevalueringen ble derimot innholdet i referanseprosjektene vektlagt. Tildelingskriteriet ”*Erfaring*” er således ikke brukt på en regelstridig måte. Videre vil erfaring i en totalentreprise være relevant for kontraktens gjenstand, jf sak 2008/120 premiss (56).
- (11) Innklagede har også fremsatt en rekke andre anførsler, men på bakgrunn av det resultatet klagenemnda kommer til, gjengis de ikke her.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr 41 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr 402 del I og III.
- (13) I konkurransegrunnlaget punkt 2.08 var det opplyst at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf forskriften § 22-2. Av forskriften § 20-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, jf blant annet sakene 2009/132 premiss (37) og 2008/92 premiss (90).
- (14) EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("Lianakis"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbyderens erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen synes å være at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premissene (25-32).
- (15) Etter at "Lianakis"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at "Lianakis"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for

konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet, og dette kan ha betydning for hva som er økonomisk mest fordelaktig, jf. klagenemndas saker 2008/120 premissene (56-57) og 2009/88 premiss (26).

- (16) Spørsmålet blir således om det fremgår utvetydig av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.
- (17) I konkurransegrunnlaget punkt 2.08 fremgikk kvalifikasjonskravene og tilhørende dokumentasjonskrav. Som dokumentasjon for kvalifikasjonskravet "*Generelt*" skulle tilbyderne fremlegge en "*Presentasjon av totalentreprenøren*". De "*Administrative kvalifikasjoner*" skulle dokumenteres med "*oversikt over organisasjon, nøkkelpersoner etc*". Videre krevdes "*Firmaattest [og] Regnskap for siste driftsår*" som dokumentasjon for "*Økonomisk/finansielle kvalifikasjoner*". Endelig var det også et krav om "*Referanseprosjekter*", det vil si "*Prosjekter med tilsvarende størrelse og kompleksitet*", som skulle dokumenteres ved at følgende informasjon ble oppgitt: "*prosjekt navn, byggherre, prosjekt type (nybygg, renovering osv.), entrepriseform [og] størrelse kontrakt*". Innklagede fokuserte altså på entreprenørene som tilbydere og deres generelle kompetanse og erfaring.
- (18) Tildelingskriteriene fremgikk av punkt 2.09 i konkurransegrunnlaget. Til kriteriet "*Erfaring*" ble dokumentasjon i form av "*Firmapresentasjon/referanseliste*" bedt innlevert. Innklagede utdypet kriteriet 4. juni 2009 i et tillegg til konkurransegrunnlaget. Det fremgikk av tillegget at følgende momenter skulle vektlegges i evalueringen av tildelingskriteriet "*Erfaring*": "*Firmapresentasjon/økonomi, Nøkkelpersonell, Kvalitetssikringssystem, HMS [og] Referanseprosjekter*". Også her mener klagenemnda at innklagede fokuserte en del på entreprenørene som generelle tilbydere, eksempelvis gjennom firmapresentasjon, økonomi og referanseprosjekter, uten at dette ble knyttet opp til de konkrete tilbudene.
- (19) Det følger av konkurransegrunnlaget at firmapresentasjon, referanseliste, økonomi og nøkkelpersonellinformasjon skal inngå i så vel kvalifikasjonsvurderingen som i tildelingsevalueringen. Etter klagenemndas syn er det ikke i tilstrekkelig grad klargjort at det er tale om separate vurderinger. Det er tale om sammenfall av en rekke likeartede vurderingstemaer. Det er etter dette ikke klart at innklagedes evaluering av "*Erfaring*" under tildelingsevalueringen ikke sammenfaller med eller er en gjentakelse av vurderingene av tilbydernes kvalifikasjoner i kvalifikasjonsvurderingsfasen.
- (20) Innklagede har anført at det reelt sett ble foretatt to forskjellige vurderinger som ikke var overlappende eller gjentakende. Selv om dette innebærer et forsøk på å rette feilen, kan klagenemnda ikke legge vekt på forholdet. Det avgjørende ut fra forutberegnelighetskravet i loven § 5 (3) er hvordan konkurransegrunnlaget objektivt fremstod før tilbudsfristen, ikke hva som ble gjort etter fristen.
- (21) Tildelingskriteriet "*Erfaring*" er etter dette ulovlig.
- (22) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forskriftens forutsetning i § 17-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan

rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf EU-domstolens sak C-448/01 ("Wienstrom") premiss (95) og klagenemndas tidligere praksis.


- (23) Da innklagede skulle ha avlyst konkurransen, finner ikke klagenemnda grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Andøy kommune har brutt forskriften § 20-1 ved at det i konkurransegrunnlaget ikke fremgår tilstrekkelig klart at det er et annet forhold som skal vurderes under tildelingskriteriet "Erfaring", enn det som skal vurderes under leverandørens kvalifikasjoner.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,
14. juni 2010


Jakob Wahl