



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om prosjektering, levering og montering av to heiser. Klagenemnda fant at tildelingskriteriene "oppdragsorganisasjon" og "oppdragsgjennomføring" var ulovlige, og at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen som følge av denne feilen.

Klagenemndas avgjørelse 20. mai 2014 i sak 2012/116

- Klager:** Myhre Heis & Elektro AS
- Innklaget:** Jernbaneverket Utbygging
- Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl
- Saken gjelder:** Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Jernbaneverket Utbygging (heretter innklagede) kunngjorde 6. januar 2012 en konkurranse med forhandling om prosjektering, levering og montering av to heiser på gang- og sykkelbro ved Heggedal stasjon i Asker. Heisentrepen skulle inngå som én av tre parallelle og sammenhengende entrepriser ved jernbanestasjonen, hvor de to andre kontraktene gikk ut på å henholdsvis etablere nye og forlengede plattformer, og etablere gangbro over jernbanesporene. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 30. januar 2012.
- (2) Kvalifikasjonskravene ble angitt i konkurransegrunnlaget kapittel A5 punkt 5.3. Av relevans for saken gjengis følgende:

"5.3.2 Kompetanse

5.3.2.1 Generelt

Entreprenøren skal fremlegge opplysninger om kompetansen firmaet/firmaene besitter og spesielt kompetansen knyttet til relevante fagområder for gjennomføring av oppdraget.

5.3.2.2. Erfaringer og referanser

Entreprenøren skal fremlegge opplysninger om erfaringer og referanser firmaet/firmaene besitter som er relevant i forhold til oppdraget. For entreprenørgrupper og/eller entreprenør med underentreprenører skal opplysninger om tidligere samarbeid/samarbeidsformer gis.

[...]

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

5.3.3.1 Kvalitetsstyring

Entreprenøren skal fremlegge opplysninger og dokumentasjon av firmaets/firmaenes kvalitetspolitikk og kvalitetssystem.

[...]

5.3.5 Kapasitet

5.3.5.1 Firmaorganisasjon

Entreprenøren skal fremlegge opplysninger om firmaets/firmaenes organisasjonsplaner herunder ansvars-/myndighets- og informasjonslinjer. For samarbeidende firma må organiseringen av dette fremgå. Det skal spesielt orienteres om oppdragsorganisasjonens plassering og ansvars- og myndighetslinjer i firmaet/firmaene.

5.3.5.2 Ressurser – personell og utstyr

Entreprenøren skal fremlegge oversikt om firmaets / firmaenes personellressurser innenfor de enkelte fagområder.

For jernbanetekniske arbeider skal sikkerhetskompetanse til funksjoner med sikkerhetsmessig betydning fremlegges. Kompetansekravene er gitt på http://www.jernbaneverket.no/marked/levinfo/krav_lev/ (samt i JBV's styringssystem som er til enhver tid oppdatert)

Entreprenøren skal fremlegge opplysninger om firmaets / firmaenes utstyrsressurser innenfor de enkelte fagområder."

- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget kapittel A5 punkt 5.2 at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "pris" (60 %), "oppdragsorganisasjon" (20 %) og "oppdragsgjennomføring" (20 %). De to sistnevnte kriteriene ble utdypet i punkt 5.4:

"5.4 Oppdragsspesifikke opplysninger

5.4.1 Oppdragsorganisasjon

Det skal spesielt orienteres om kompetansen i den påtenkte oppdragsorganisasjonen. For nøkkelpersoner skal CV vedlegges.

For de som skal utføre jernbanetekniske arbeider skal CV vedlegges som dokumentasjon på at de tilfredsstillt kompetansekravene for disse arbeidene (se http://www.jernbaneverket.no/marked/levinfo/krav_lev/ (samt i JBV's styringssystem som er til enhver tid oppdatert)

Det skal spesielt orienteres om utstyrsressursene som vil bli benyttet til oppdraget og om fleksibilitet i forhold til variasjon i aktivitetsomfang.

Entreprenøren skal fremlegge opplysninger om hvorledes evt. underentreprenører vil integreres i prosjektet.

5.4.2 Oppdragsgjennomføring

5.4.2.1 Fremdrifts- og ressursplan

Entreprenøren skal levere en fremdriftsplan for oppdraget med tilhørende ressursplan (timehistogram mv.)

Av planen skal fremgå frister for oppdraget (ref. kap. D2), samt andre datoer som entreprenøren anser som viktige.

5.4.2.2 Kvalitetsplan- og HMS-plan

Entreprenøren skal beskrive hvordan kvalitetsplanen legges opp. Det skal vises til eksempel fra tilsvarende oppdrag ...".

- (4) Innenfor tilbudsfristen kom det inn tilbud fra Myhre Heis & Elektro AS (heretter klager) og ThyssenKrupp Elevator AS (heretter valgte leverandør).
- (5) Ved brev datert 14. februar 2012 ble klagers tilbud avvist fra konkurransen. Fra dette brevet hitsettes:

"Det vises til leverandørens tilbud av 30.01.12, samt til leverandørens e-post 09.02.12/11:46. Videre til premisser for leveringstider gitt i konkurransegrunnlaget kapittel D punkt 2.4.2 og i kap. E (s.E1-4: orientering)

Den tilbudte fremdrift/produksjonstid avviker vesentlig fra premissene gitt i konkurransegrunnlaget. Av samme grunn oppstår tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes.

Tilbudet avvises i medhold av offentlige anskaffelser §§ 20-13 (1) d) og 20-13 (2) b)."

- (6) Innklagede informerte deretter tilbyderne om sitt valg av leverandør i et brev av samme dato. Klager spurte i brev datert 21. februar 2012 om en nærmere begrunnelse for avvisningsbeslutningen og begjærte innsyn både i anskaffelsesprotokollen og valgte leverandørs tilbud. Innklagede ga ved brev datert 24. februar 2012 en utfyllende begrunnelse og innsyn i de nevnte dokumentene. Avvisningshjemmelen ble samtidig korrigert til forskriften §§ 11-11 (1) bokstav d og 11-11 (2) bokstav b. I brev datert 29. februar 2012 rettet klager flere innsigelser mot gjennomføringen av konkurransen og hevdet at denne ikke var i tråd med regelverket. Innklagede tilbakeviste innsigelsene ved e-post datert 5. mars 2012.
- (7) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 27. februar 2012. Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 30. april 2012.
- (8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. mai 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlige tildelingskriterier

- (9) Innklagede har brutt forskriften § 13-2 ved å anvende "*oppdragsorganisasjon*" og "*oppdragsgjennomføring*" som tildelingskriterier. Kriteriene retter seg mot kompetansen til det tilbudte personellet, som ikke har betydning for den konkrete gjennomføringen av kontrakten. Kriteriene har således ikke tilknytning til kontraktsgjenstanden og er ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

Ulovlige tildelingskriterier

- (10) De benyttede kriteriene, "*oppdragsorganisasjon*" og "*oppdragsgjennomføring*", er lovlige tildelingskriterier. Kriteriene retter seg ikke mot leverandørens generelle kompetanse, men kompetansen til personellet som er påtenkt det konkrete oppdraget. Denne kompetansen har blant annet betydning for om tidsfristene i konkurransegrunnlaget overholdes, og for innklagedes oppfølging av prosjektet på en hensiktsmessig måte. Jo bedre og mer relevant kompetanse det tilbudte personellet har, desto mindre behov vil det være for å benytte interne ressurser hos innklagede. Kriteriene er således egnet til å si noe om kvaliteten på de innkomne tilbudene.
- (11) Basert på det resultatet klagenemnda er kommet til nedenfor, finner nemnda ikke grunn til å gjengi partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder heisentreprise og er en del av en større bygge- og anleggsanskaffelse ved Heggedal jernbanestasjon som, i tillegg til heisentreprise, består av å etablere nye og forlengende plattformer og ny gangbro over sporene. Anskaffelsens verdi er ikke angitt verken i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men konkurransen ble kunngjort i Doffin etter forskriften del II. Valgte leverandørs tilbud var på kroner 2 712 585 ekskl. mva. Basert på dette legges det derfor til grunn at anskaffelsen, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser, følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften § 2-2 (3) andre setning.

Ulovlige tildelingskriterier

- (13) Klager har anført at tildelingskriteriene "*oppdragsorganisasjon*" og "*oppdragsgjennomføring*" er ulovlige, fordi de retter seg mot leverandørens generelle kvalifikasjoner og dermed ikke er egnet til å si noe om kvaliteten på den konkrete ytelsen.
- (14) Av forskriften § 13-2 (2) fremgår det at oppdragsgiver, når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal benytte 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 2012/30 premiss (16). Forhold knyttet til tilbudt personell kan være relevant i denne

vurderingen, så lenge det har den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden, jf. klagenemndas sak 2012/153 premiss (41).

- (15) 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).
- (16) I det foreliggende tilfellet har innklagede, i konkurransegrunnlaget kapittel A5 punkt 5.3 ("*Entreprenørenes kvalifikasjoner*"), i realiteten bare oppstilt dokumentasjonskrav, uten å angi uttrykkelig hvilke underliggende kvalifikasjonskrav disse dokumentasjonskravene knytter seg til. Det samme gjelder tildelingskriteriene i punkt 5.4. I foreliggende sak gjør dette det uklart hvilke kvalifikasjonskrav som egentlig stilles til leverandørene, og på hvilke punkter tilbudene vil bli underlagt en kvalitativ vurdering. Allerede dette gir grunn til å stille spørsmål ved om det i tilstrekkelig grad er gjort klart hva som er forskjellen i vurderingstema.
- (17) Innklagede har oppstilt som dokumentasjons-/kvalifikasjonskrav blant annet at leverandørene fremlegger "opplysninger om kompetansen firmaet/firmaene besitter og spesielt kompetansen knyttet til relevante fagområder for gjennomføring av oppdraget", jf. konkurransegrunnlaget kapittel A5 punkt 5.3.2.1. Innklagede har videre krevd at det fremlegges "opplysninger om firmaets/firmaenes utstyrsressurser innenfor de enkelte fagområder", jf. punkt 5.3.5.2.
- (18) Under tildelingskriteriet "*oppdragsorganisasjon*" i punkt 5.4.1 er leverandørene på tilsvarende vis bedt om å informere om "*kompetansen i den påtenkte oppdragsorganisasjonen*" og "*utstyrsressursene som vil bli benyttet til oppdraget ...*".
- (19) På de ovennevnte punktene, og flere steder i konkurransegrunnlaget kapittel A5 punkt 5.3 og 5.4, er det således oppstilt tilnærmet like dokumentasjonskrav både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.
- (20) Innklagede har forklart at det er kompetansen til firmaet *som sådant*, som skal vurderes i kvalifikasjonsfasen, mens kompetansen til det påtenkte personellet skal vurderes i tildelingsevalueringen, og at det derfor ikke er sammenfall mellom kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene.
- (21) Slik henholdsvis kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene er utformet, ved at dokumentasjonskravene og vurderingstemaene langt på vei er de samme begge steder, er det imidlertid vanskelig å se hvilket nivå som skal anses tilstrekkelig for at leverandøren anses kvalifisert, og således hvilken merkvalitet som vil bli premiert ved tildelingsevalueringen. Når det gjelder punktene 5.4.2.1 ("*Fremdrifts- og ressursplan*") og 5.4.2.2 ("*Kvalitetsplan- og HMS-plan*") under tildelingskriteriet "*oppdragsgjennomføring*", er det videre uklart hvordan disse retter seg mot det tilbudte personellet for det konkrete oppdraget. Punktet om fremdrifts- og ressursplan fremstår som et krav til leverandørene om å levere innen tidsfristene som angis i konkurransegrunnlaget, mens det sistnevnte punkt i all hovedsak er en gjentakelse av dokumentasjons-/kvalifikasjonskravene i punkt 5.3.3.1 ("*Kvalitetsstyring*") og punkt 5.3.3.2 ("*Helse, miljø og sikkerhet*"). Begge deler er forhold som i utgangspunktet skal vurderes i kvalifikasjonsfasen.

- (22) Tildelingskriteriene "oppdragsorganisasjon" og "oppdragsgjennomføring" er således sammenfallende med kvalifikasjonskravene for konkurransen. Kriteriene kan av denne grunn ikke anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 13-2 (2), og må derfor anses ulovlige.
- (23) Klagenemnda må videre ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, er en feil som innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (24) Basert på EU-domstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda i sak 2011/171 premiss (61) følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt:

"Klagenemnda legger etter dette 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."

Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet ulovlige tildelingskriterier. Et tildelingskriterium vil regelmessig ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om de overhodet skal delta i konkurransen og ved utformingen av tilbudet. I foreliggende sak var de aktuelle kriteriene dessuten tillagt en vekt på til sammen 40 %. Det må derfor etter nemndas syn legges til grunn at et korrekt tildelingskriterium etter omstendighetene kunne ha gitt et annet utfall av konkurransen, hvilket må lede til avlysning av konkurransen, sml. for eksempel klagenemndas sak 2012/30 premiss (26).

- (25) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda har kommet til, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Jernbaneverket Utbygging har brutt forskriften § 13-2 (2) ved å anvende "oppdragsorganisasjon" og "oppdragsgjennomføring" som tildelingskriterier uten at det fremgår tilstrekkelig klart hvordan disse tildelingskriteriene skiller seg fra vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 20. mai 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver