



**Klagenemnda**  
for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse. Ulovlig tildelingskriterium. Begrunnelse.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for kjøp av maskinutstyr til Lunde rensesanlegg, med en estimert verdi på mellom to og fire millioner kroner. Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre konkurransen i TED-databasen, etter reglene i forskriften del III. Klagenemnda fant at kontrakten måtte anses som en bygge- og anleggskontrakt som etter sin art og verdi følger reglene i forskriften del II. Anførselen om ulovlig direkte anskaffelse førte dermed ikke frem. Klagenemnda fant imidlertid at innklagede hadde brutt forskriften § 13-2 ved å anvende "Referanser" som tildelingskriterium uten at det fremgikk tilstrekkelig klart hvordan dette tildelingskriteriet skilte seg fra vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.*

**Klagenemndas avgjørelse 05. mai 2015 i sak 2015/15**

**Klager:** Krüger Kaldnes AS

**Innklaget:** Nome kommune

**Klagenemndas**

**medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Siri Teigum og Jakob Wahl.

**Bakgrunn:**

- (1) Asplan Viak AS kunngjorde 15. oktober 2014 – på vegne av Nome kommune (heretter innklagede) – en konkurranse med forhandling for kjøp av maskinutstyr til Lunde rensesanlegg. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til mellom to og fire millioner kroner. Tilbudsfrist ble i punkt IV.3.4) angitt til 21. november 2014.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1 ble forklart at anskaffelsen var en del av en omfattende oppgradering av Lunde rensesanlegg, og at arbeidet "*blir utført ved sideordnede entrepriser for ulike fag.*"
  - *Bygningsmessige arbeider, inkl. grunnarbeid og VVS.*
  - *Prosess- og maskinutrustning.*
  - *Elektroinstallasjon og automasjon.*

*Dette anbudsgrunnlaget gjelder prosessdelen, der det ønskes anbud på levering og montering av nytt maskinutstyr, og igangkjøring av anlegget".*

- (3) Anskaffelsen var i kunngjøringen punkt II.1.2) ("*Type anskaffelse [...]*") angitt å være en vareleveranse.
- (4) Som kvalifikasjonskrav ble det i konkurransegrunnlaget punkt 1.4 blant annet bedt om "**Referanser:**

**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

*Kvalifikasjonskrav: Det kreves at firmaet har referanser fra lignende oppdrag på avløpsrenseanlegg som i omfang er minst like stort som dette tilbudet. For nystartede firma kan byggherre vurdere kravet som oppfylt dersom det har medarbeidere med tilfredsstillende referanser.*

*Kravet skal dokumenteres med: Oversikt over referanser fra lignende oppdrag de siste 5 år."*

- (5) Kontrakten skulle ifølge konkurransegrunnlaget punkt 1.7 tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, med vekt på "Pris" (60 %), "Tekniske løsninger, produktvalg og gjennomføring" (30 %) og "Referanser, fra lignende oppdrag" (10 %).
- (6) Innenfor tilbudsfristen kom det inn tilbud fra fire leverandører. To av disse – Krüger Kaldnes AS (heretter klager) og Aqwa AS – ble invitert videre til forhandlinger. Etter gjennomførte forhandlinger, hvor tilbyderne fikk anledning til å levere reviderte tilbud, ble Aqwa AS utpekt som vinner av konkurransen i en e-post fra innklagede datert 17. desember 2014. Angående tildelingskriteriet "Referanser" ble det sagt at "[b]egge firma har referanser som dokumenterer god gjennomføringsevne for oppdrag av den størrelse og art som det dreier seg om her".
- (7) Kontrakt med Aqwa AS ble inngått 26. januar 2015.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 29. januar 2015.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. mai 2015.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (10) Anskaffelsen er en vareleveranse med en verdi på mellom to og fire millioner, og skulle derfor vært kunngjort i TED-databasen etter reglene i forskriften del III. At dette ikke ble gjort, innebærer at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, jf. forskriften § 4-1 bokstav q.
- (11) I konkurransegrunnlaget har innklagede angitt "Referanser" både som et kvalifikasjonskrav og som et tildelingskriterium. Dette utgjør et brudd på forskriften § 22-2.
- (12) I innklagedes svar på klage over tildelingsbeslutningen, ble det sagt at referanser ikke hadde blitt vektlagt i tildelingsevalueringen. I tildelingsbrevet står det likevel at "[b]egge firma har referanser som dokumenterer god gjennomføringsevne for oppdrag av den størrelse og art som det dreier seg om her". Innklagede har dermed brutt forskriften § 20-16 ved å oppgi uriktige opplysninger i begrunnelsen for tildeling av kontrakt.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (13) Oppgraderingen av Lunde renseanlegg utføres gjennom tre entrepriser som til sammen utgjør et bygge- og anleggsarbeid på 12-15 millioner kroner. At anskaffelsen ble kunngjort som en vareleveranse beror på en avkrysningsfeil. Det var riktig å kunngjøre konkurransen bare i Doffin, etter reglene i forskriften del II, og innklagede har derfor ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (14) Referanser ble feilaktig angitt som tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget, men er ikke vektlagt i tildelingsevalueringen. Dette ble beklageligvis ikke kommentert i tildelingsbrevet.

**Klagenemndas vurdering:**

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til mellom to og fire millioner kroner.

*Ulovlig direkte anskaffelse*

- (16) Klager anfører at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre konkurransen i TED-databasen, jf. forskriften § 4-1 bokstav q. Det følger av denne bestemmelsen at en ulovlig direkte anskaffelse, er en anskaffelse *"hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen, eller en anskaffelse hvor oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det etter denne forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen"*.
- (17) Anskaffelsen hadde i det foreliggende tilfellet en estimert verdi på mellom to og fire millioner kroner. Konkurransen ble kunngjort i Doffin-databasen, jf. reglene i forskriften del II.
- (18) Det fremgår av forskriften § 2-2 at varekontrakter med en estimert verdi på over 1,55 millioner kroner ekskl. mva. følger reglene i forskriften del III. Slike kontrakter skal kunngjøres i TED-databasen, jf. forskriften § 18-1. For bygge- og anleggskontrakter er terskelverdien 39 millioner kroner ekskl. mva.
- (19) En varekontrakt er ifølge forskriften § 4-1 bokstav b en kontrakt *"som omhandler kjøp [...] av varer, unntatt varer som nevnt i bokstav c [bygge- og anleggskontrakt]. Levering av slike varer kan i tillegg omfatte monterings- og installasjonsarbeid"*. En kontrakt vil altså kunne anses som en varekontrakt selv om den omfatter monterings- og installasjonsarbeid. Dette gjelder likevel bare der monterings- og installasjonsarbeidet har en aksessorisk tilknytning til vareleveransen, og arbeidet er av et mindre omfang, jf. klagenemndas sak 2013/97 i premiss (48).
- (20) En bygge- og anleggskontrakt er i forskriften § 4-1 bokstav c definert som en kontrakt *"som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver"*.
- (21) Dersom kontrakten omfattes av definisjonen på en bygge- og anleggskontrakt i § 4-1 bokstav c, skal den anses som en bygge- og anleggskontrakt selv om den også er omfattet av definisjonen på en varekontrakt, jf. sak 2013/97 i premiss (49).
- (22) Innklagede har forklart at oppgraderingen av Lunde renseanlegg er en bygge- og anleggsentreprise i tre deler, med en samlet verdi på 12-15 millioner kroner, og at det derfor var riktig å kunngjøre konkurransen i Doffin etter forskriften del II, jf. § 2-2. At anskaffelsen ble angitt som en vareleveranse, beror ifølge innklagede på en avkrysningsfeil.

- (23) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 1 at anskaffelsen er en del av et større oppgraderingsprosjekt, med tre sideordnede entrepriser, herunder "*[b]ygningsmessige arbeider, inkl. grunnarbeid og VVS*". Den kunngjorte konkurransen gjelder "*prossessdelen, der det ønskes anbud på levering og montering av nytt maskinutstyr, og igangkjøring av anlegget*".
- (24) Innklagede har som nevnt angitt i kunngjøringen at anskaffelsen er en vareleveranse, jf. punkt II.1.2). CPV-kodene i kunngjøringen gjelder også varekontrakter. De anvendte CPV-kodene er 42996000 ("*Maskiner for avløpsrensing*") og 42996900 ("*Slambehandlingsutstyr*"), jf. kunngjøringen punkt II.1.6). En stor del av postene i mengdebeskrivelsen som var vedlagt konkurransegrunnlaget, knytter seg også til levering av maskinutstyr.
- (25) Det er likevel klart at den kunngjorte kontrakten i realiteten omfatter "*både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i [forskriften] vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid)*", jf. forskriften § 4-1 bokstav c. Dette gjelder særlig de ulike arbeidene som er beskrevet i mengdebeskrivelsen post 1 ("*Generelle kostnader*") og post 7 ("*Øvrige leveranser og ytelse*"). Arbeidet i disse postene omfatter blant annet prosjektering, merking, rigging, igangkjøring og drift. I konkurransegrunnlaget fremgår det også at det vil bli behov for å koordinere kontrakten med de to øvrige delene av oppgraderingsprosjektet. Dette utførelses- og planleggingsarbeidet er av et slikt omfang at det ikke kan anses som et aksessorisk monterings- og installasjonsarbeid til vareleveransen.
- (26) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at kontrakten må anses som en bygge- og anleggskontrakt med en verdi på mellom to og fire millioner, som følger reglene i forskriften del II. At anskaffelsen ikke ble kunngjort i TED-databasen, utgjør derfor ikke et brudd på regelverket.

#### *Ulovlig tildelingskriterium / begrunnelse*

- (27) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 22-2 ved å angi "*Referanser*" både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium. Klagenemnda har ovenfor konstatert at anskaffelsen reguleres av forskriften del II, og riktig hjemmel er dermed § 13-2.
- (28) Det følger av § 13-2 (2) 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).
- (29) 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 leverandørens kvalifikasjoner, og dette skal fremgå tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget, jf. blant annet nevnte sak 2012/153 i premiss (45).
- (30) Innklagede har i det foreliggende tilfellet, både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium, bedt tilbyderne opplyse om "*referanser fra lignende oppdrag*". Kvalifikasjonskravet er nærmere beskrevet slik at tilbyderne skal ha "*referanser fra lignende oppdrag på avløpsrenseanlegg som i omfang er minst like stort som dette*".

*tilbudet*". Tildelingskriteriet "*Referanser, fra lignende oppdrag*" er ikke nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget. Etter sin ordlyd fremstår kriteriet imidlertid som sammenfallende med kvalifikasjonskravet. Verken i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget er det sagt noe om hvordan tildelingskriteriet skiller seg fra kvalifikasjonskravet. At tildelingskriteriet sammenfaller med kvalifikasjonskravet, illustreres også av at innklagede i tildelingsbeslutningen skrev at "*[b]egge firma har referanser som dokumenterer god gjennomføringsevne for oppdrag av den størrelse og art som det dreier seg om her*", og senere presiserte at referanser ikke ble vurdert i tildelingsevalueringen.

- (31) Kriteriet kan av denne grunn ikke anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 13-2 (2), og må derfor anses ulovlig.
- (32) Klager har også anført at innklagedes tildelingsbeslutning er i strid med regelverket fordi innklagede oppga uriktige opplysninger. Anførselen relaterer seg til at innklagede i tildelingsbeslutningen skrev at "*[b]egge firma har referanser som dokumenterer god gjennomføringsevne for oppdrag av den størrelse og art som det dreier seg om her*", men senere presiserte at referanser ikke ble vurdert i tildelingsevalueringen. Også dette må imidlertid anses å være et utslag av innklagdes manglende skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

***Konklusjon:***

Nome kommune har brutt forskriften § 13-2 (2) ved å angi "*Referanser*" som tildelingskriterium uten at det fremgår tilstrekkelig klart hvordan dette tildelingskriteriet skiller seg fra vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner.

Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum

*Dokumentet er godkjent elektronisk*