



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler for prosjekt- og byggeledelse. Klager anførte at innklagedes utvelgelses- og tildelingskriterium var ulovlig ved at disse var knyttet til erfaring fra kommunale/offentlige bygg. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 6.mars 2023 i sak 2023/19

Klager: Håheim Prosjekt AS

Innklaget: Drammen Eiendom HF

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Sverre Nyhus og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Drammen Eiendom HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. desember 2022 en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av fem parallelle rammeavtaler for prosjektledelse og byggeledelse. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 estimert til 25 millioner kroner. Fristen for å levere forespørsel om å delta i konkurransen var i kunngjøringen angitt til 16. januar 2023. Rammeavtalene skulle ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i ytterligere 1 + 1 år.
- (2) I konkurransegrunnlaget kapittel 4 fremgikk at minimum seks, og maksimum ti, leverandører ville bli invitert til å inngi tilbud. Utvelgelseskriteriene var som følger:

<i>Vekt</i>	<i>Utvelgelseskriterium</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
50 %	<i>Foretakets erfaring fra relevante oppdrag siste 5 år. Med relevante oppdrag menes prosjektledelse- og byggeledelsesoppdrag for kommunale/ offentlige bygg (skoler, barnehage, sykehjem, omsorgsboliger, kontorbygg etc.)</i>	<i>Beskrivelse av foretakets mest relevante oppdrag i løpet av de siste 5 årene. Beskrivelsen må inneholde prosjektbeskrivelse, gjennomføringsstatus, oppdragets verdi, entreprisekostnad og arealer. Foretakets rolle i oppdraget, tidspunkt/varighet og oppdragsgiver (navn, telefon og e-post). Referanse hos oppdragsgiver må oppgis. Referanser vil kunne bli kontaktet ved behov for klargjøring av oppdragets relevans. Det er likevel slik at det er foretakets ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen</i>

30 %	<i>Foretaket skal ha tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet</i>	<i>Dokumentere foretakets ressurser og modell for oppdragsgjennomføring, intern kvalitets sikring mm Organisasjonskart for foretaket med redegjørelse for foretakets totale bemanning og typisk organisasjonskart for foretakets prosjektgjennomføring.</i>
20 %	<i>Foretaket skal ha god kompetanseutvikling for sine ansatte</i>	<i>Redegjørelse for hvordan foretaket bedriver kompetanseutvikling for sine prosjekt- og byggeledere, herunder kurs og oppdatering på endringer i regelverket</i>

- (3) For de leverandørene som ble invitert videre til å inngi tilbud, skulle tildelingen basere seg på hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende kriterier:

<i>Vekt</i>	<i>Kriterier</i>	<i>Dokumentasjon</i>
60 %	<i>Pris</i>	<i>Utfylt tilbudsskjema</i>
40 %	<p><i>Kvalitet</i> <i>Tilbudte kandidaters formelle kompetanse og annen relevant kompetanse</i></p> <p><i>Tilbudte kandidaters kompetanse fra tilsvarende oppdrag der den aktuelle kandidaten har hatt en rolle av betydning</i></p>	<p><i>CV, kurs og annen relevant dokumentasjon på tilbyders formelle kompetanse</i> <i>CV skal leveres for 3 kandidater for prosjektledelse, og 3 kandidater for byggeledelse</i></p> <p><i>Utvidet beskrivelse av 3 relevante referanseprosjekter per tilbudte kandidat, helst ikke eldre enn 5 år.</i></p> <p><i>Med relevante oppdrag menes prosjektleder og/eller byggelederoppdrag for kommunale/ offentlige bygg (skoler, barnehage, sykehjem, omsorgsboliger, kontorbygg etc.</i></p> <p><i>Referansen skal inneholde prosjektnavn, byggherre (navn, telefon og e-post), byggeår, størrelse m2, nybygg/rehabilitering/påbygg, kompleksitet og kandidatens rolle i prosjektet</i></p> <p><i>Referanser vil kunne bli kontaktet ved behov for klargjøring av oppdragets relevans. Det er likevel slik at det er foretakets ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen</i></p>

(4) Håheim Prosjekt AS (heretter *klager*) registrerte sin interesse i Mercell, men leverte ikke tilbud i konkurransen.

(5) Klager kontaktet innklagede 16. desember 2022 med følgende spørsmål:

«Hei

Vårt foretak har 25 års virksomhet med prosjekt- og byggeledelse med kompetanse på de aller fleste typer næringsbygg, men vi har ikke klart å komme inn på markedet med offentlige anskaffelser da vi gjentatte ganger blir felt på kriteriene om relevante referanseprosjekter.

Slik det også står i denne utlysningen, under punkt 4 og 6, så er relevante referanseprosjekter å forstå kun fra kommunale / offentlige bygg.

Slike foretak som oss uten referanser fra offentlige / kommunale bygg blir derved diskriminert ifra konkurransen, og får derved aldri tilstrekkelig referanser.

Kan dere si noe om dette er i samsvar med lov om offentlige anskaffelser?

Er det etter deres vurdering og ønske slik at bygningsmassens eierform resulterer i at vi ikke oppfyller kvalifikasjonskravene og derved leder til avvisning?»

(6) Innklagede besvarte klagers henvendelse 19. desember 2022:

«Hei

Kravet i pkt. 4 er stilt for å sikre å sikre leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. anskaffelsesforskriften § 16-5. Bakgrunnen for kravet i pkt. 4 er å ivareta de spesielle forhold som gjør seg gjeldende i forbindelse med planlegging og gjennomføring av slike byggeoppdrag som er nevnt i punktet.

Det er tjenester knyttet til slike bygg som anskaffelsen gjelder og det ønskes leverandører som har tekniske og faglige kvalifikasjoner for å gjennomføre denne typen leveranser. Den etterspurte dokumentasjon vil kunne underbygge at leverandøren har erfaring, og dermed faglige kvalifikasjoner, som gjør den egnet til å utføre kontraktsforpliktelsene i den utlyste rammeavtalen.

Kravet er derfor relevant, og det er forholdsmessig å vektlegge leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner knyttet til dette. Videre er kravet verken uforholdsmessig strengt eller unødvendig konkurransebegrensende.

Tilsvarende er det ønskelig at tilbudet personell har erfaring med gjennomføring av slike byggeprosjekter og slik erfaring representerer en merverdi ved tilbudet. Dokumentasjonskravet i pkt. 6 har også her tilknytning og står i forhold til leveransen og er derfor lovlig.

Avslutningsvis presiseres det at ordlyden «kommunale/ offentlige bygg (skoler, barnehage, sykehjem, omsorgsboliger, kontorbygg etc.)» ikke knytter seg til byggens eierform, men byggenes offentlige funksjon og karakter.

Vi kan ikke se at det skal være holdepunkter for noe annet, særlig når det er opplistet eksempler på slike bygg og at denne listen heller ikke er uttømmende.

Vi håper redegjørelsen svarer på spørsmålene. Dersom det skulle være spørsmål eller behov for ytterligere avklaringer, ber vi om tilbakemelding på det.»

(7) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. januar 2023. Innklagede har opplyst at kontrakt ikke vil bli inngått før 1. april 2023, og saken har derfor vært prioritert av klagenemnda.

(8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. mars 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(9) Utvelgelses- og tildelingskriteriet som omhandler relevante referanseprosjekter fra offentlige bygg, er ulovlig ettersom nye aktører, og aktører som ikke har skaffet seg slike referanser, blir diskriminert.

(10) Alle større bygningsprosjekter i privat regi krever tilsvarende kompetanse som innklagede redegjør for i sitt tilsvær. Alle prosjektene har styringsgrupper, beslutningsprosesser, og bevilgninger som styringsmål. Nesten alle slike prosjekt er delt inn i forprosjekt, hovedprosjekt og gjennomføringsfase med tilhørende prosesser rundt valg av planløsninger, konsept, og ikke minst tekniske løsninger for bygningstypen.

(11) Utvelgelses- og tildelingskriteriet er ikke relevant for anskaffelsen ettersom grunnlaget for kriteriene er tilsvarende for større bygningsprosjekter i privat regi. Eier/driftsform er heller ikke relevant.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(12) Klager har ikke deltatt i konkurransen, og har dermed ikke et reelt behov for å få klagen behandlet. Klagen skal derfor avvises.

(13) Klagen gjelder utformingen av et utvelgelses- og tildelingskriterium, som omhandler innkjøpsfaglige vurderinger som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve. Klagen er derfor ikke hensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

(14) Prosjektene innebærer en rekke spesialoppgaver, og det er nødvendig med erfaring fra tilsvarende prosjekter. Utvelgelseskriteriet er relevant, og det er verken uforholdsmessig strengt eller unødvendig konkurransebegrensende.

(15) Dokumentasjonskravet under tildelingskriteriet er objektivt utformet, og er egnet til å kontrollere hvor godt tilbudene oppfyller det aktuelle tildelingskriteriet.

Klagenemndas vurdering:

(16) Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtaler for prosjekt- og byggeledelse som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 25 000 000 kroner. I tillegg til

lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (17) Innklagede anfører at klagen skal avvises, da klager ikke har deltatt i konkurransen og dermed ikke har et reelt behov for å få klagen behandlet.
- (18) Etter klagenemndsforordningen § 6 (2) kan klage fremsettes av enhver som har «*saklig interesse*» i å få avgjort lovmessigheten av en anskaffelse. Av klagenemndas praksis fremgår at denne interessen må være aktuell, herunder at klager har et reelt behov for avklaring av spørsmålet. Denne vurderingen må gjøres konkret, basert på hvilke anførsler klager har fremsatt og hvilken betydning en vurdering av disse anførselene vil kunne ha for klager, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2012/66, avsnitt 28.
- (19) Klager har ikke deltatt i konkurransen, men har meldt sin interesse. Klager har også stilt spørsmål ved lovligheten av utvelgelses- og tildelingskriteriet underveis i konkurransen. Klagenemnda forstår klager slik at man ville deltatt i konkurransen, dersom kriteriene ikke hadde vært knyttet til erfaring fra arbeid med offentlige bygg. Klagenemnda finner det klart at en markedsaktør som rammes av en offentlig oppdragsgivers krav om erfaring tilknyttet offentlige bygg, har et reelt behov for å få prøvd lovmessigheten av slike krav, se også klagenemndas sak 2019/8 avsnitt 29.
- (20) Klagenemnda har etter dette kommet til at klager har «*saklig interesse*» i å få behandlet anførselene som er fremsatt.
- (21) Innklagede har også anført at klagen er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, og derfor skal avvises, jf. klagenemndsforordningen § 9. Saken reiser spørsmål om utvelgelses- og tildelingskriteriet er i strid med anskaffelsesregelverket, jf. forskriften §§ 16-12 og 18-1, og de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Dette er spørsmål klagenemnda kan prøve.
- (22) Klagen tas derfor til behandling.

Ulovlig utvelgelseskriterium

- (23) Klager anfører at utvelgelseskriteriet om erfaring fra relevante oppdrag er ulovlig, ettersom relevante oppdrag er definert som prosjektledelse og byggeledelsesoppdrag for kommunale/offentlige bygg.
- (24) Kravene til utvelgelseskriterier følger av forskriften § 16-12 (2) der det fremgår at innklagede skal angi «*objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for utvelgelse av eventuelle overtallige kvalifiserte leverandører*».
- (25) I kravet til objektivitet ligger blant annet at kravene skal være etterprøvbare og relevante for den konkrete anskaffelsen. Forbudet mot ikke diskriminerende kriterier innebærer at det ikke kan oppstilles utvelgelseskriterier som favoriserer nasjonale eller lokale leverandører, jf. klagenemndas sak 2020/361 avsnitt 26.
- (26) Klager fremholder at utvelgelseskriteriet ikke er relevant for anskaffelsen, fordi erfaring fra offentlige bygg ikke skiller seg fra erfaring fra større bygningsprosjekter i privat regi.
- (27) Innklagede har vist til prosjektene innebærer en rekke spesialoppgaver, som gjør det ønskelig med erfaring fra arbeid med offentlige bygg. I den forbindelse viser innklagede

til at det er viktig at prosjektlederen har god prosessforståelse, fordi det stilles egne krav til beslutningsprosesser hva gjelder ansatt- og brukermedvirkning, valg av løsninger, og byggherrens behov. Det er også vist til at prosjektene er underlagt politisk styring, investeringsreglement, og en prosjektmodell som baserer seg på statens prosjektmodell. I tillegg viser innklagede til at offentlige bygg har særegne brukergrupper, og at oppdragene ofte vil gjelde bygg i drift med brukergrupper som krever at det tas spesielle hensyn.

- (28) Klagenemnda er enig med klager i at flere av innklagedes eksempler på spesielle oppgaver som krever erfaring fra offentlige bygg, har klare likhetstrekk med tilsvarende private oppdrag. Det gjennomføres også flere private byggeprosjekter på skoler, helse- og omsorgsbygg og barnehager, som etter nemndas oppfatning i stor grad er likartet som oppføring av tilsvarende offentlige bygg.
- (29) Selv om erfaring fra oppføring av tilsvarende bygninger, uavhengig av eierform, er nært knyttet til den tjenesten som skal anskaffes, er vurderingstema hvorvidt utvelgelseskriteriet er relevant. Tjenesten som skal anskaffes, er prosjekt- og byggeledelse opp mot innklagede som byggherre og offentlig oppdragsgiver. Klagenemnda anser det da som relevant at det stilles kriterier og krav om erfaring fra slike oppdrag.
- (30) Klager fremholder også at utvelgelseskriteriet innebærer at nye aktører, og aktører som ikke har skaffet seg slike referanser, blir diskriminert. Klagenemnda syn er imidlertid at kravet om erfaring fra offentlige bygg er egnet til å synliggjøre erfaring som er relevant for oppdraget, og kravet favoriserer ikke nasjonale eller lokale leverandører.
- (31) Klagenemnda vil også bemerke at et utvelgelseskriterium skiller seg fra et kvalifikasjonskrav. Selv om en leverandør er kvalifisert til å delta i konkurransen, må leverandøren være forberedt på at det kan skje et nedvalg. Ved gjennomføringen av et slikt nedvalg er det først og fremst viktig at utvelgelseskriteriene er egnet til å skille leverandørene fra hverandre på en objektiv, ikke-diskriminerende, og etterprøvable måte. Klagenemnda er kommet til at innklagedes utvelgelseskriterium oppfyller disse kravene.
- (32) Klagers anførsel om ulovlig utvelgelseskriterium fører ikke frem.

Ulovlig tildelingskriterium

- (33) Klager anfører at tildelingskriteriet «Kvalitet» er ulovlig, fordi et av vurderingstemaene er de tilbudte kandidatens kompetanse fra oppdrag som gjelder kommunale/offentlige bygg.
- (34) Tildelingskriteriet «Kvalitet» skulle blant annet vurderes ut fra «*[t]ilbudte kandidaters kompetanse fra tilsvarende oppdrag der den aktuelle kandidaten har hatt en rolle av betydning*». Tilhørende dokumentasjonskrav var formulert slik:

«Med relevante oppdrag menes prosjektleder og/eller byggelederoppdrag for kommunale/ offentlige bygg (skoler, barnehage, sykehjem, omsorgsboliger, kontorbygg etc.»
- (35) I henhold til forskriften § 18-1 (4) skal tildelingskriteriene «*ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen*». Dette kravet er oppfylt dersom kriteriet relaterer seg til de tjenester eller varer som «*kontrakten gjelder*», jf. bestemmelsens andre setning.

- (36) Klagenemnda har tidligere uttalt at et tildelingskriterium har tilknytning til leveransen «*når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys*» jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2022/277 avsnitt 40 med videre henvisninger. Tildelingskriterier som premierer forhold ved leverandøren uten en nærmere vurdering av om leverandørens egenskaper viser en relevant kvalitet for ytelsen, vil ikke ha den nødvendige tilknytningen til ytelsen, se klagenemndas avgjørelser i sakene 2022/277 avsnitt 44 og sak 2019/664 avsnitt 23.
- (37) Klager har anført at alle større bygningsprosjekter i privat regi krever tilsvarende kompetanse som innklagede redegjør for i sitt tilsvarende. Alle prosjektene har styringsgrupper, beslutningsprosesser, og bevilgninger som styringsmål. Nesten alle slike prosjekt er delt inn i forprosjekt, hovedprosjekt og gjennomføringsfase med tilhørende prosesser rundt valg av planløsninger, konsept, og ikke minst tekniske løsninger for bygningstypen.
- (38) Klagenemnda er som nevnt enig med klager i at også arbeid med prosjekt- og byggeledelse i privat regi er relevant, og har tilknytning til tjenesten som skal anskaffes. Klagenemnda vil imidlertid bemerke at temaet for rettslig kontroll ikke er å vurdere om tildelingskriteriene er optimale, men om de er lovlige. I utgangspunktet er det opp til oppdragsgiver å avgjøre hvordan konkurransen skal legges opp, herunder hvilke tildelingskriterier som skal anvendes.
- (39) Innklagede har forklart at det for offentlige bygg stilles helt egne krav til beslutningsprosesser hva gjelder ansatt- og brukermedvirkning, valg av løsninger, og byggherrens behov. Prosjektene er underlagt politisk styring, investeringsreglement, og en prosjektmodell som baserer seg på statens prosjektmodell. Klagenemnda mener at innklagedes forklaring synliggjør at erfaring fra offentlige bygg viser en relevant kvalitet ved ytelsen.
- (40) Klagers anførsler gir dermed ikke klagenemnda grunnlag for å konstatere at innklagede har anvendt kriterier som mangler «*tilknytning til leveransen*» jf. forskriften § 18-1. Klagers anførsel om ulovlig tildelingskriterium fører ikke frem.

Kravet til konkurranse

- (41) Klagenemnda bemerker avslutningsvis at klagers anførsler kan forstås som en anførsel om at utvelgelses- og tildelingskriteriet er i strid med det grunnleggende prinsippet om konkurranse i loven § 4.
- (42) Utgangspunktet er at det faller innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å bestemme på hvilken måte det er mest hensiktsmessig å gjennomføre en anskaffelse. Dette skjønnet kan i begrenset grad overprøves rettslig. Innklagede må imidlertid gjennomføre konkurransen i samsvar med det som følger av de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Dette innebærer blant annet at tildelings- og utvelgelseskriteriene ikke kan være så snever at konkurransen begrenses unødvendig.
- (43) Klagenemnda kan ikke se at innklagede ved å knytte erfaringskriteriet til offentlige bygg har begrenset konkurransen unødvendig. Som nemnda har kommet til, er utvelgelses- og tildelingskriteriene relevante, ikke-diskriminerende, og har tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Videre er deltakerinteressen med 16 kvalifiserte leverandører en indikasjon på at kriteriet ikke har vært ulovlig konkurransebegrensende.

Konklusjon:

Drammen Eiendom HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ha utformet ulovlige utvelgelses- og tildelingskriterier.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk