



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Endring av konkurransegrunnlag

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av oppdrag om planlegging av folkebad på Jåttåvågen. Klager anførte at konkurransegrunnlaget var uklart, at innklagedes begrunnelse ikke tilfredstilte forskriftens krav, at det var begått feil i evalueringen og at det var foretatt en ulovlig endring av tildelingskriteriet. Klagenemnda konkluderte med at konkurransegrunnlaget var vesentlig endret i strid med regelverket, og at denne endringen medførte avlysningsplikt. På bakgrunn av nemndas resultat var det ikke nødvendig å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 3. juni 2024 i sak 2023/1195

Klager: Asplan Viak AS

Innklaget: Stavanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Wenche Sædal og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 20. mai 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av oppdrag om planlegging av folkebad på Jåttåvågen. Anskaffelsens verdi var estimert til 20 millioner kroner. Tilbudsfrist var 26. juni 2023.
- (2) Det fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 1 at innklagede trengte rådgivere og arkitekter som skulle bistå i prosjekteringen i forbindelse med planlegging av etablering av folkebad på Jåttåvågen.
- (3) Tildelingskriteriene var «*Pris*», som skulle vektes med 40 prosent, og «*Kvalitet*», som skulle vektes med 60 prosent.
- (4) Kvalitetskriteriet skulle vurderes ut ifra:
«Tilbudte nøkkelpersonells
 - *Dokumenterte relevante prosjekter*
 - *Kompetanse/formell utdanning*».
- (5) For tildelingskriteriet kvalitet skulle leverandørene levere dokumentasjon på «*CV for tilbudt nøkkelpersonell i prosjektet*».
- (6) Av konkurransegrunnlagets punkt 11 om evalueringsmetode fremgikk det at kvalitet skulle evalueres på følgende måte:

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

*«Vurderingen av kriteriet er basert på en **skjønnsmessig og helhetsvurdering** hvor de momenter som var spesifisert i konkurransegrunnlaget er lagt til grunn. Evaluering av kvalitet vektes totalt med 60 %. Det vil si at dokumentert relevante prosjekter vektes med 30 % og formell utdanning med 30 %.*

For dette evalueringskriteriet skal oppdragsgiver vurdere CV-er til nøkkelpersoneller. Tilbudte nøkkelpersonells dokumenterte relevante prosjekter skal vurderes. Det skal leveres minimum 3 relevante prosjekter de siste 10 årene. Med relevante prosjekter menes her store og komplekse prosjekter med overføringsverdi. Ressurser med referanseprosjekter med stor og små badeanleggsprosjekter vil vektes positivt.

Med hensyn på formell utdanning stilles det som et minimumskrav at nøkkelpersonell er utdannet tekniskfagsskole. Leverandøren skal levere kun en nøkkelperson per etterspurte fag. Det er ikke nødvendig å opplyse andre saksbehandlere for avtalen.

Det skal gis poeng på en skala fra 0 til 10, der 10 er best. 0 poeng brukes der det mangler opplysninger/ dokumentasjon fra tilbyderer for å kunne evaluere kriteriet.»

- (7) I spørsmål og svar, som ble sendt ut til leverandørene, hadde en leverandør stilt følgende spørsmål:

«Det er oppgitt at formell kompetanse teller 30% i tildelingskriteriene. Hvordan evalueres ingeniør (Bachelor) med lang relevant erfaring mot sivilingeniør (Master) med kort/kortere relevant erfaring?».

- (8) Innklagede svarte at evaluering vil skje *«ihht. beskrevet evalueringsmetode i konkurransegrunnlaget».*

- (9) Videre stilte en av leverandørene spørsmål om:

«For nøkkelpersonell skal det oppgis minimum 3 referanseprosjekter. Det er stilt krav til at disse skal være utført innen et begrenset antall år bakover i tid. For personlige referanser er det ikke vanlig å sette en slik tidsbegrensning; det er en praksis som kan benyttes for foretak. For personer inngår all opparbeidet erfaring i medarbeiderens erfaringsgrunnlag og kompetanse. For referanseprosjekter av denne kompleksitetsgraden er det et meget begrenset antall personer som kan vise til 3 personer innen siste 10 år. Vi ber derfor om at tidsbegrensningen på hvor langt tilbake i tid referanseprosjektene er utført; bortfaller for de personlige referansene.».

- (10) Innklagede svarte 15. juni 2023 at:

«Vi forstår deres begrunnelse og vil med dette fjerne tidsbegrensning på 10 år for personlig referanseprosjekter».

- (11) Spørsmål og svar ble sendt ut til leverandørene mellom 15. og 16. juni 2023.

- (12) Innklagede mottok tilbud fra 11 leverandører innen tilbudsfristen, herunder Sweco Norge AS (heretter *valgte leverandør*) og Asplan Viak AS (heretter *klager*).

- (13) Ved tildelingsbeslutning 14. juli 2023 ble kontrakt tildelt valgte leverandør. Klager ble innstilt som nummer 6, men var lavere i pris enn valgte leverandør og nummer 2 på kvalitetskriteriene etter valgte leverandør.

- (14) Tildelingsbeslutningen var begrunnet på følgende måte:

«Etter skjønnsmessig og helhetlig vurdering, jf. konkurranseregulering pkt. 11, har SWECO AS levert et godt sammensatt team med både relevante referanseprosjekter og formell utdanning. Teamet har referanseprosjekter fra små og store badeanleggsprosjekter, i tillegg til andre typer prosjekter som anses stor og komplekst. Tildelt tilbyder har særlig redegjort for relevante prosjekter hvor de tilbudte nøkkelpersoner har hatt tilsvarende roller, og som følgelig er egnet til å identifisere kompetanse av særlig betydning for oppdraget som her skal gjennomføres.

SWECO har for eksempel tilbudt arkitekt som er fagspesialist på sports og idrettsanlegg, som vil være svært relevant for dette prosjektet. Tilbudt arkitekt har blant annet vært fagansvarlig for prosjektet Filbarna Arena. Prosjektet anses som svært relevant med hensyn på størrelse og kompleksitet. Særlig med tanke på energi, prosess og program. Tilbudt arkitekt har også vært hovedarkitekt for prosjektet Rosenlundsbadet der oppdraget omfatter mulighetsstudie med alternative løsninger, noe som er overføringsverdi for dette prosjektet.

SWECO har i tillegg tilbudt RIBfy med referanseprosjekter som Svømmehall Langhus. Dette prosjektet anses også som høyt relevant referanseprosjekt på grunn av innholdet i anlegget, som er av samme omfang og kompleksitet som Jåttåvågen prosjekt. De resterende tilbudte ressursene fra SWECO har også tilsvarende referanseprosjekter med stor overføringsverdi. Samlet sett har SWECO tilbudt et godt og balansert team, og anses å ha det beste tilbudet.».

- (15) Klager klaget på tildelingen 14. august 2023. Innklagede avviste klagen i brev datert 24. august 2023.
- (16) Tildelingsbeslutningen ble korrigert 28. august 2023 grunnet feil i regnearket. Oppdateringen skjedde uten at tildelingsbeslutningen ble trukket tilbake. Årsaken ble opplyst å være at det ved en feil var lagt inn samme datakilde for de to underkriteriene.
- (17) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 28. august 2023.
- (18) Det ble holdt dialogmøte mellom partene 15. september 2023, og innklagede sendte en etterfølgende redegjørelse for tildeling av kontrakt i brev datert 25. september 2023.
- (19) Klager varslet innklagede om at de ville klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, og ba samtidig om innsyn i utfylt evalueringsmatrise og notat for valg av evalueringsmodell den 2. oktober 2023.
- (20) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 20. desember 2023.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. juni 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Tildelingskriteriet kvalitet er uklart. En naturlig språklig forståelse av «formell utdanning» innebærer at det som skal vektlegges er organisert utdanning innenfor det

formelle utdanningssystemet, som fagskole, bachelor, master og doktorgrad. Innklagede har imidlertid også vektlagt kurs og sertifiseringer. Konkurranses grunnlagets angivelse av tildelingskriteriet er dermed uklart, og har medført misforståelser som kan ha påvirket konkurranseutfallet. Hadde klager visst at det under de 30 prosent som var forbeholdt formell utdanning, også ble vektlagt kurs og sertifiseringer, ville det resultert i en annen sammensetning av personell.

- (23) Innklagedes begrunnelse tilfredsstiller ikke anskaffelsesregelverkets krav. Klager har ut ifra den begrunnelsen som var gitt, ikke mulighet til å se om tilbudene er evaluert i tråd med konkurransegrunnlaget, samt om regelverket er overholdt. Det er heller ikke mulig å forstå hvorfor resultatet ble som det ble. Begrunnelsen som er gitt, er av et slikt innhold at den tilsier at det foreligger feil ved evalueringen. Klager kan ikke se at supplerende begrunnelse i etterkant av meddelelsen er relevant.
- (24) Det er begått en rekke feil i evalueringen. Begrunnelsen tilsier at de to delkriteriene ikke er vurdert hver for seg. Innklagedes vurdering av «*formell utdanning*» fremgår ikke av den skriftlige begrunnelse. Innklagede synes å ha vurdert teamets sammensetning som helhet, og ikke den enkelte tilbudte nøkkelpersons kompetanse. Videre er det det ut fra begrunnelsen i meddelelsen og tilgjengelig informasjon i konkurransegrunnlaget, ikke mulig å se hvilken evalueringsmodell innklagede har benyttet ved fastlegging av score på kvalitet.
- (25) Innklagede har foretatt en ulovlig endring av tildelingskriteriet kvalitet når det ble åpnet for å vektlegge referanseprosjekter som var eldre enn 10 år.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Basert på en objektiv tolkning var tildelingskriteriet klart utformet. Det er klart at både kompetanse og formell utdanning er angitt som relevante vurderingstemaer. Selv om det skulle ha vært benyttet et uklart tildelingskriterium har ikke klager vist at det har hatt betydning for utfallet eller deltakelsen i konkurransen. Det foreligger derfor ingen avlysningsplikt.
- (27) Gjennom tildelingsbeslutningen og senere korreksjon er det gitt en fyllestgjørende begrunnelse for tildelingsbeslutningen i tråd med anskaffelsesregelverket. Det er tilstrekkelig at innklagede har omtalt tilbudet fra valgte leverandør og fremhevet tilbudets relative fordeler. Det er mulig å se hvilken evalueringsmodell innklagede har brukt, og det vises til beskrivelsen av evalueringsmodellen gitt i konkurransegrunnlagets punkt 11.
- (28) Evalueringen er i tråd med oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Det er foretatt en vurdering av de tilbudte ressursenes kompetanse og formell utdanning, slik det er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det er også innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å slå fast at en doktorgrad (Ph.D.) ikke er en utdanningsgrad som gjør personellet mer egnet til å utføre arbeidet enn ressurser med en mastergrad. Det må også anses å falle innenfor kommunens innkjøpsfaglige skjønn å fastsette at teknisk fagskole gir 5 poeng per nøkkelressurs ved evalueringen av underkriteriet kompetanse/formell utdanning
- (29) Det er ikke foretatt noen endring av tildelingskriteriet kvalitet, men en justering av dokumentasjonskravet. Justeringen er ikke vesentlig da det ikke har hatt betydning for deltakelsen i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder planlegging av folkebad på Jåttåvågen som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 20 millioner 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.

Uklart tildelingskriterium

- (31) Klagenemnda vil i det følgende ta stilling til om underkriteriet «*Kompetanse/formell utdanning*» under tildelingskriteriet kvalitet er uklart.
- (32) Det følger av kravet til forutberegnelighet at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst leverandør vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 62 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 SIAC avsnitt 42. Konkurransegrunnlaget må dermed gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal kunne gi tilbud på likt grunnlag. Det skal fremgå klart hva det skal gis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget jf. anskaffelsesforskriften § 14-1 femte ledd.
- (33) Klager anfører at en naturlig språklig forståelse av «*formell utdanning*» innebærer at det som skal vektlegges er organisert utdanning innenfor det formelle utdanningssystemet, som fagskole, bachelor, master og doktorgrad. Tildelingskriteriet er uklart da innklagede har vektlagt kurs og sertifiseringer i tillegg til formell utdanning ved evalueringen av tilbudene.
- (34) Det følger av konkurransegrunnlagets punkt 10 at tildelingskriteriet kvalitet skulle vektes med 60 prosent, og at dette skulle vurderes ut ifra tilbudte nøkkelpersonells «*Dokumenterte relevante prosjekter*» og «*Kompetanse/formell utdanning*». Denne formuleringen lest isolert, tilsier at innklagede kunne vektlegge hvorvidt nøkkelpersonene har nødvendig kompetanse eller formell utdanning, eller en kombinasjon av begge. Mens formell utdanning sikter til offisielt anerkjente kvalifikasjoner som diplomer, grader eller sertifikater som oppnås gjennom formelle utdanningsinstitusjoner, sikter kompetanse til de ferdighetene/kunnskapene og erfaringene som en person har tilegnet seg gjennom praktisk arbeid, trening, kurs eller uformell læring.
- (35) Videre følger det av konkurransegrunnlagets punkt 11 om evalueringsmetode at «*Evaluering av kvalitet vektes totalt med 60 %. Det vil si at dokumentert relevante prosjekter vektes med 30 % og formell utdanning med 30 %.*». I CV-malen som var vedlagt konkurransegrunnlaget var leverandørene bedt om å fylle inn kurs, sertifisering og annen relevant kompetanse i en tabell.
- (36) Klagenemnda kan ikke se at formuleringen om at «*formell utdanning*» vektes med 30 % i konkurransegrunnlagets punkt 11, gjør det uklart om også annen type kompetanse vil evalueres. Formuleringen virker å vise tilbake til presentasjonen av tildelingskriteriene i punkt 10, og det kommer også frem av CV-malen at kurs, sertifisering og annen relevant kompetanse skulle oppgis.

- (37) Etter dette er klagenemnda kommet til at underkriteriet «*Kompetanse/formell utdanning*» under tildelingskriteriet kvalitet ikke er uklart.

Ulovlig endring av tildelingskriterium

- (38) Klagenemnda vil i det følgende vurdere om innklagede har foretatt en ulovlig endring av tildelingskriteriet kvalitet når det ble åpnet for å vektlegge referanseprosjekter som var eldre enn 10 år.
- (39) Det følger av forskriften § 14-2 første ledd at oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp kan foreta endringer av konkurransegrunnlaget «*som ikke er vesentlige*».
- (40) Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering, se EU-domstolen sak C-298/15 (Borta) avsnitt 70 følgende. EU-domstolen la til grunn at oppdragsgiver kan korrigere og presisere opplysningene i konkurransegrunnlaget dersom dette er nødvendig, og at andre endringer kan være tillatt om de ivaretar hensynet til likebehandling og forutberegnelighet. Endringene kan ikke være så vesentlige at de kan ha betydning for hvilke leverandører som er interessert i å delta i konkurransen, jf. også NOU 2014: 4 s. 177 og klagenemndas avgjørelse i sak 2023/744 avsnitt 43. Det sentrale vurderingstemaet blir altså om endringen påvirker deltakerinteressen.
- (41) Det følger av konkurransegrunnlaget at det under tildelingskriteriet kvalitet skal leveres minimum tre relevante prosjekter for de tilbudte nøkkelpersonene fra «*de siste 10 årene*».
- (42) Underveis i konkurransen spurte en av leverandørene følgende spørsmål:
- «For nøkkelpersonell skal det oppgis minimum 3 referanseprosjekter. Det er stilt krav til at disse skal være utført innen et begrenset antall år bakover i tid. For personlige referanser er det ikke vanlig å sette en slik tidsbegrensning; det er en praksis som kan benyttes for foretak. For personer inngår all opparbeidet erfaring i medarbeiderens erfaringsgrunnlag og kompetanse. For referanseprosjekter av denne kompleksitetsgraden er det et meget begrenset antall personer som kan vise til 3 personer innen siste 10 år. Vi ber derfor om at tidsbegrensningen på hvor langt tilbake i tid referanseprosjektene er utført; bortfaller for de personlige referansene.»*
- (43) Innklagede svarte til dette at de forsto begrunnelsen, og fjernet tidsbegrensningen på 10 år for personlige referanseprosjekter. Konkurransegrunnlaget ble dermed endret fra at referanseprosjektene måtte være fra de siste 10 årene, til at det ikke var noen tidsbegrensning for prosjektene i det hele tatt.
- (44) Bakgrunnen for forespørselen om å fjerne tidsbegrensningen var at det var et begrenset antall prosjekter av tilstrekkelig kompleksitetsgrad som var gjennomført innenfor tiårsperioden. Dette viser at tiårsperioden var begrensende for tilbudsutformingen. Begrensningen må ses i sammenheng med at underkriteriet var vektet med 30 prosent, og dermed av stor betydning for utformingen av tilbudene. Klagenemnda legger til grunn at det kan være flere leverandører som er interessert i å levere tilbud etter at tidsbegrensningen er fjernet. Nemnda mener derfor at endringen kan ha påvirket deltakerinteressen.
- (45) Klagenemnda bemerker også at innklagede i konkurransegrunnlaget punkt 11 ga detaljerte føringer for hvordan tildelingskriteriet ville bli evaluert og hva som utgjorde et

relevant prosjekt. Endring av denne føringen påvirker hva som er relevant å vektlegge i tilbudsevalueringen, og kan dermed påvirke utfallet av konkurransen.

- (46) Klagenemnda har kommet til at innklagede har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget i strid med anskaffelsesforskriften § 14-2 første ledd. Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved at konkurransen avlyses, og kunngjøres på ny med det endrede konkurransegrunnlaget.
- (47) Bruddet som er konstatert kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (48) Ettersom klagenemnda har kommet til at konkurransen må avlyses, er det ikke nødvendig å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å foreta en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Wenche Sædal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur