



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I en begrenset idékonkurranse skulle innklagede velge ut 5 leverandører til å delta i konkurransen. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet i lovens § 5 til etterprøvbarhet ved å vise til at innklagede hadde foretatt en ”helhetsvurdering”, og at innklagede hadde brutt kravet til begrunnelse.

Klagenemndas avgjørelse 14. mars 2005 i sak 2005/34

Klager: Narud Stokke Wiig AS, Sivilarkitekter MNAL

Innklaget: Kongsvinger kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Krav til utvelgelseskriterier i en plan og designkonkurranse. Krav til etterprøvbarhet. Krav til begrunnelse for utvelgelse av leverandører.

Sakens bakgrunn:

- (1) Kongsvinger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. november 2004 en begrenset idékonkurranse om byutvikling i Kongsvinger. I kunngjøringen var kontraktens gjenstand beskrevet slik:

”(...) Intensjonen er å engasjere vinneren av konkurransen til å utarbeide reguleringsplanen i samarbeid med kommunen. Deltakerne i konkurransen vil bli bedt om å levere inn tilbud på utarbeidelse av reguleringsplanen i forbindelse med innlevering av konkurransematerialet. (...) Det vil bli foretatt en prekvalifisering av 5 team som inviteres til å delta i idékonkurranse. (...)

- (2) Under punkt III.1, KVALIFIKASJONSKRAV var blant annet følgende angitt:

Teknisk kapasitet:

Kvalifikasjonskrav:

- o *Teamet må bestå av sivilarkitekt eller arkitekt med tilsvarende kompetanse i henhold til Eus arkitektdirektiv, og landskapsarkitekt.*

Dokumentasjonskrav:

- o *Oversikt over foretakets totale bemanning.*
- o *Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget.*
- o *Foretakets viktigste leveranser de siste 5 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker.*
- o *Teamet forutsettes å ha tyngde og erfaring fra byplanlegging, byforming og reguleringsarbeid, samt inneha erfaring fra prosjektering av moderne, komplekse bygg. Minst ett, maks fire nyere prosjekter som på en relevant måte belyser arkitektens og teamets evne til gjennomføring av tilsvarende type prosjekter, vedlegges. Prosjektene skal være enkelt, visuelt framstilt.*

(...)

PROSEDYRE

Type prosedyre:

Begrenset.”

- (3) I alt 29 team sendte inn en forespørsel om å delta i konkurransen, herunder Narud-Stokke-Wiig AS, Sivilarkitekter MNAL på vegne av en gruppe som foruten Narud-Stokke-Wiig AS som gruppeansvarlig besto av Lerche Arkitekter AS, IN’BY AS som landskapsarkitekter og Sjøtil & Fornæss AS som byggteknisk og lokal rådgiver (heretter kalt klager).
- (4) Innklagede foretok utvelgelsen av leverandører i flere faser. I siste fase skulle innklagede velge blant 14 leverandører som ønsket å levere inn tilbud. Klager var en av disse 14.
- (5) I e-post av 6. desember 2004 meddelte innklagede at fem team var prekvalifiserte. Klager var ikke blant disse.
- (6) I e-post av 7. desember 2004 skrev innklagede blant annet dette:

”Kongsvinger kommune mottok 29 søknader med godt kvalifiserte team som ønsket å delta i idékonkurransen om byutvikling i Kongsvinger. Vår oppgave var å velge ut fem team, og dette har vært en vanskelig oppgave med så mange kompetente søkere. De som ikke ble prekvalifisert kunne også ha løst oppgaven godt.

Det var en totalvurdering av søknaden som avgjorde prekvalifiseringen. Det ble i utlysningsteksten stilt krav om både arkitekt- og landskapsarkitektkompetanse, og det ble valgt søkere som hadde satt sammen team fra begge fagfelt. Totalt sett har de fem gruppene som er prekvalifisert god erfaring med byutvikling, komplekse bygg og større, nyere reguleringsplaner. Alle teamene tilfredsstilte kvalifikasjonskravene som ble oppgitt i utlysningsteksten.”

- (7) I e-post fra klager til innklagede av 13. desember 2004 sto det blant annet dette:

”Under henvisning til anskaffelsesforskriftens paragraf 3-8, punkt 4, ber vi om å motta en nærmere begrunnelse for hvorfor vårt tilbud om å delta i konkurransen ikke ble valgt. Vi ber også om å få opplyst de valgte egenskaper og relative fordeler.”

- (8) I brev til klager av 22. desember 2004 meddelte innklagede følgende:

”I utlysingsteksten var det stilt kvalifikasjonskrav. De fleste av dem som søkte, oppfylte disse kriteriene. Den videre utvelgelsen bygger dermed på et kvalifisert faglig skjønn.

Etter denne skønnsvurderingen satt vi fortsatt igjen med flere aktuelle grupper. Dere var en av disse. Alle gruppene var sterke, hadde relevant kompetanse og ville kunne løst oppgaven godt. De relative forskjellene mellom teamene var små.

Prekvalifiseringen er gjennomført i henhold til Lov om offentlige anskaffelser § 8-4 nr 3. De fem utvalgte teamene oppfyller de oppsatte krav og vi anser at prekvalifiseringsprosessen har foregått på en saklig og redelig måte i tråd med de oppsatte kriterier.”

- (9) I e-post av 3. januar 2005 ba klager igjen om en nærmere begrunnelse. Klager skrev blant annet dette:

”Slik jeg oppfatter forskriften skal en begrunnet tilbakemelding inneholde tilstrekkelig informasjon til å fylle 2 ulike behov:

- gi nok innsikt til at kandidatene kan vurdere om det er grunnlag for å klage på avgjørelsen*
- være pedagogisk i forhold til kandidatenes mulighet til å ”skjerpe” seg eller sitt tilbud/sin presentasjon ved neste anledning.*

I ditt svar opplyses det kun at vi ikke var ”gode nok” sammen med en rekke andre, og at vi deretter synes å ha passert en første utsiling basert på kvalifisert faglig skjønn. Hvilke momenter som inngikk i dette skønnet meddeles imidlertid ikke. Vi synes å ha vært blant et ukjent antall aktuell grupper (men som må ha oversteget det antall som skulle få være med (5)). Disse sies å ha vært omtrent likeverdige, men vi får ingen opplysninger om hvorledes det siste trinnet i utvelgelsen har foregått. Jeg ber derfor opplyst om hvorledes vi er blitt bedømt og hvorledes dette falt ut i forhold til de 5 utvalgte. Jeg minner om at det også er vanlig å få opplyst poengsettingen i slike evalueringsprosesser.”

- (10) I brev til klager datert 5. januar 2005 skrev innklagede at de ikke hadde ytterligere å tilføye.

- (11) I brev til klager datert 12. januar 2005 skrev innklagede blant annet dette:

”Deres team ble vurdert som meget sterkt knyttet til de kriterier og krav som er satt i kunngjøringen. Dette gjelder i forhold til

- o *Gruppens totale bemanning*
- o *Tilbudt personell*
- o *Relevansen av de utførte prosjekter dere har henvist til*
- o *Tyngde og erfaring fra byplanlegging, byfornyning, reguleringsarbeid, prosjektering av moderne, komplekse bygg samt evnen til gjennomføring*

Situasjonen var imidlertid at det var flere team som ble vurdert som meget sterke på de samme punktene, og det måtte foretas et valg blant de ikke avviste tilbudet. Dette valget bygger på et skjønn. Skjønnnet er ikke vilkårlig men bygger på de oppsatte kriterier og krav som er gitt for konkurransen, og basert på det grunnlaget som er fremkommet i de ulike søknadene. Vi har ikke benyttet poengsetting i denne vurderingen.”

- (12) I brev til innklagede datert 18. januar 2005 viste klager bla til lov om offentlige anskaffelser § 5 og ba om dokumentasjon på at ”gruppe 5 (Arkitektlaget AS m/fl) er tilstrekkelig kvalifisert til å gå videre i konkurransen og i forhold til kriteriene for utvelgelse som ble oppgitt i utlysningsteksten.” Brevet ble besvart den 24. januar 2005, der innklagede skrev følgende:

”I tidligere korrespondanser har vi påpekt at alle de fem utvalgte teamene, inkludert Arkitektlaget AS m/fl, er kvalifiserte til å gå videre i konkurransen, og da selvsagt i forhold til kriteriene for utvelgelse som ble oppgitt i utlysningsteksten.

Vi understreker nok en gang at utvelgelsen er gjennomført i henhold til Lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrift. Vi mener også at Dere har fått de opplysningene Dere har krav på etter lovverket. Vi anser derfor denne korrespondansen som avsluttet for vår del.”

- (13) I forbindelse med at saken ble klaget inn for klagenemnda, har innklagede uttalt følgende:

”Konkurransen er en idékonkurranse, og innbyder forplikter seg ikke til videreføring av konkurranseresultatet. Intensjonen er imidlertid at forfattere bak vinnerutkastet blir engasjert til å utarbeide reguleringsplanen for hele området. Det forutsettes at man da kommer til enighet om kontrakt, i motsatt tilfelle forbeholder innbyder seg retten til å forhandle med de andre deltakerne i konkurransen. I henhold til konkurranseprogrammet skal kontraktsinngåelsen skje fortløpende etter juryeringen. Med bakgrunn i klagen vil imidlertid Kongsvinger kommune avvente denne kontraktsinngåelsen til klagenemndas behandling er ferdig.”

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har ikke fastsatt klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser, § 18-1, (7).

- (15) Klager har bedt om en nærmere begrunnelse for hvorfor deres team ikke ble prekvalifisert, jf forskriftens § 3-8 (4), uten å ha fått slik redegjørelse fra innklagede. Innklagede har ikke ivaretatt sin opplysningsplikt.
- (16) Det er utvist mangelfullt skjønn ved selve prekvalifiseringen. Innklagede henviser til at det er foretatt en ”skjønnsmessig helhetsvurdering” og at utvelgelsen er foretatt ut fra et ”kvalifisert faglig skjønn”, men det er ikke opplyst hvilke kriterier som er lagt til grunn, og hvilke kvalifikasjoner vedkommende har hatt for å foreta et slikt skjønn.
- (17) Som vedlegg til tilsvaret har innklagede lagt frem tre udaterte, usignerte dokumenter, benevnt Logg 1, 2 og 3. Etter klagers mening viser disse at evalueringen har manglet konsistens og det er lite samsvar mellom vurderingskriteriene for de enkelte grupper. Blant annet fremgår det at for enkelte grupper er det vektlagt at de har vunnet en rekke førstepremier, mens for klagers gruppe er dette ikke en gang nevnt. Klager anfører at de har mottatt mer enn 18 førstepremier. For klagers gruppe er det heller ikke tatt stilling til deres betydelige erfaring med byformingsoppgaver som er beskrevet i søknaden, mens dette har vært tillagt stor vekt for enkelte av de andre.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket.

Kravet til klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier

- (19) Innklagede bestrider at det ikke var fastsatt klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier. Slik kunngjøringsteksten i DOFFIN er bygget opp er det ingen egen rubrikk for å spesifisere hvilke utvelgelseskriterier som vil bli lagt til grunn i en prekvalifisering. Disse kriteriene ble derfor stilt under punkt III.1 *Kvalifikasjonskrav som skal legges til grunn for utvelgelse av deltakere*.
- (20) Utlysningsteksten, inkludert utvelgelseskriteriene, ble utarbeidet i samarbeid med Norske Arkitekters Landsforbund. Tilsvarende kriterier er også benyttet i en rekke andre plan- og designkonkurranser.
- (21) Innklagede mener disse kriteriene er både klare og ikke-diskriminerende. Selv om DOFFIN ikke har en egen rubrikk for spesifisering av utvelgelseskriterier, er utlysningsteksten klargjørende på hvilke kriterier som ville bli vektlagt ved utvelgelse. Klager har også oppfattet kriteriene som utvelgelseskriterier.

Krav til begrunnelse

- (22) Det ble foretatt en gjennomgang av alle søknadene. Teamenes sammensetning og dokumenterte tyngde og erfaring ble listet opp. Første utsiling var knyttet til kvalifikasjonskrav knyttet til teamenes sammensetning.
- (23) I de fleste søknadene utgjorde arkitektkompetansen hovedtyngden. Innklagede vurderte det som en fordel at landskapssiden var representert med flere personer, og

valgte å gå videre med de som hadde satt sammen team fra begge fagfelt. Etter denne gjennomgangen sto innklagede igjen med 15 søknader, herunder klagers.

- (24) I neste vurdering ble det lagt vekt på å vurdere teamenes erfaring fra byplanlegging, byforming og reguleringsplanarbeid, samt erfaring fra prosjektering av moderne, komplekse bygg. Dette var kriterier som var satt opp i utlysningsteksten. 14 team ble vurdert som meget sterke på alle disse områdene, og de reelle forskjellene mellom teamene var små. Det ble ikke benyttet poengsetting.
- (25) Den endelige utvelgelsen baserte seg på en ny gjennomgang av de 14 aktuelle søknadene, inkludert relevansen av de utførte prosjekter det ble henvist til. Den endelige utvelgelsen av teamene bygger på et kvalifisert faglig skjønn. I denne skjønnsutøvelsen har innklagede ikke trukket inn andre kriterier enn hva som er angitt i kunngjøringen. Det som avgjorde valget til slutt var en skjønnsmessig vurdering av både søknaden, teamenes sammensetning og styrke samt relevansen av de utførte prosjekter det ble henvist til. Vurderingskriteriene er satt opp på en slik måte at det gis rom for å plukke ut team etter type erfaring, og ikke nødvendigvis etter mengde erfaring.
- (26) Med så mange kvalifiserte søkere, byr den siste utvelgelsen på store utfordringer. Loddtrekning er mulig, men dette går Norske arkitektforeningers Landsforbund sterkt i mot. Dette har innklagede forståelse for. Skjønnnet skal foregå mest mulig objektivt, men når man etter en gjennomgang av kriteriene fremdeles står igjen med flere sterke team, må det være lov å bruke et skjønn hvor man velger ut de team som gir det beste helhetsinntrykket. Det var nettopp en slik helhetsvurdering som lå til grunn for innklagedes valg.
- (27) Opplysningsplikten overfor klager ble ivaretatt. Klager fikk den tilbakemelding de hadde krav på.

Feil i skjønnsutøvelsen

- (28) I utgangspunktet var loggene skrevet for internt bruk som et ledd i en utvelgelsesprosess. I en slik prosess vil en også i utgangspunktet ha større kjennskap til noen firma enn andre. Dette forklarer noe av forskjellene i loggføringen. I den endelige sluttvurderingen vil denne bakgrunnkunnskapen selvsagt være med sammen det som er loggført.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (30) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 18-1 (7) at "[v]ed plan- og designkonkurranser med et begrenset antall leverandører skal oppdragsgiver fastsette klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier."
- (31) I kunngjøringen har innklagede listet opp en rekke kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav. Underpunktene under overskriften teknisk kapasitet, dokumentasjonskrav, er i ettertid presisert av innklagede å representere

utvelgelseskriteriene. Klagenemnda har ikke grunnlag for å fastslå at disse innholdsmessig ikke er klare og ikke-diskriminerende.

- (32) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til om oppdragsgiver har fastsatt utvelgelseskriteriene på en tilstrekkelig klar måte, ettersom det er på det rene at klager har forholdt seg til de nevnte punkter som utvelgelseskriterier. Angivelsen av kriteriene som "kvalifikasjonskrav/dokumentasjonskrav" har således ikke hatt betydning for klagers deltakelse i konkurransen.
- (33) Etter å ha vurdert utvelgelseskriteriene, har innklagede sett foretatt en utvelgelse bygget på "et kvalifisert faglig skjønn". I denne vurderingen oppgir innklagede å ha sett hen til tre forhold. To av disse oppgis å være "teamets sammensetning og styrke" og "relevansen av de utførte prosjekter det ble henvist til". Dette er forhold som omfattes av utvelgelseskriteriene. Innklagede viser imidlertid også til at de har lagt til grunn en "helhetsvurdering av søknaden". Det vises til at det er benyttet et skjønn hvor innklagede har valgt ut de team som gir det "beste helhetsinntrykket". Etter nemndas vurdering er dette en for upresis angivelse av hvilke forhold som er lagt til grunn i vurderingen, slik at lovens § 5 krav til etterprøvbarehet ikke er tilfredsstillende.
- (34) Forskriftens § 3-8 (1) bestemmer at "[o]ppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom forespørselen om å delta i konkurransen [...] avvises", og § 3-8 (4) bestemmer at innklagede må gi en "nærmere begrunnelse" når en leverandør skriftlig anmoder om det.
- (35) I svarbrevet til klager av 22. desember 2004 viste innklagede til at den endelige utvelgelsen er foretatt ut fra et "kvalifisert faglig skjønn", uten nærmere forklaring av hva som er vektlagt i dette skjønn. I korrespondansen med klager har ikke innklagede vist til noen konkrete forhold ved klager som har talt i deres disfavør i utvelgelsen. En ren henvisning til at det er foretatt et skjønn, der utvelgelseskriteriene er hensyntatt, er ingen tilfredsstillende begrunnelse. Innklagede har således brutt kravet til begrunnelse forskriftens § 3-8 (4).

Konklusjon:

Kongsvinger kommune har brutt kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5 ved å vise til at kommunen har lagt til grunn en "helhetsvurdering av søknadene" i utvelgelsesprosessen.

Kongsvinger kommune har brutt kravet til begrunnelse i forskriftens § 3-8 (4).

For klagenemnda, Oslo 14. mars 2005

Jens Bugge