



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise for oppføring av eldreboliger på Trondjord på Kvaløya. Klagenemnda fant at det forelå brudd på forskriftens § 13-2 ved at "kompetanse" var benyttet som tildelingskriterium, samt at det forelå brudd på § 11-14 (1) ved at det var gitt mangelfull begrunnelse ved tildelingsmeddelelsen.

Klagenemndas avgjørelse 30. mars 2009 i sak 2008/189

Klager: BoligProsjekt AS

Innklaget: Stiftelsen kommunale boliger

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Jakob Wahl og Tone Kleven.

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium, mangelfull begrunnelse.

Bakgrunn:

(1) Stiftelsen kommunale boliger (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. juni 2008 en åpen anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise for oppføring av eldreboliger på Trondjord på Kvaløya. Kontraktens varighet var satt til åtte måneder. Det fremkommer av kunngjøringen at det vinteren 2008 var kunngjort anbudskonkurranse for oppføring av selve bygningen, og at fem firma leverte tilbud. Konkurransen ble imidlertid annullert og tilbudene returnert. Den angjeldende konkurranse omfatter både bygning, grunnarbeider, vei, vann, avløp, elektrisitet og tomtearbeider slik det er nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget.

(2) Fra kunngjøringens punkt III.2.1) under dokumentasjonskrav for kvalifikasjonskrav knyttet til tilbydernes organisatoriske og juridiske stilling hitsettes:

"(1) Firmaattest

(2) Erklæring fra foretaket om tilknytning til offentlig godkjente lærlingordninger som gjelder ved kontraktsgjennomføring

(3) Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)

(4) Krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)

(5) Krav til å fremlegge egenerklæring i samsvar med forskriftens vedlegg 2 om HMS (Nasjonale krav)

Redegjøre for foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem, bekreftelse på ansvarsrett.

Se for øvrig konkurransegrunnlaget. "

(3) I kunngjøringens punkt III.2.3), som gjelder krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner, vises det til konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlagets punkt 11 fremgår blant annet at:

"Anbyder skal dokumentere i vedlegg at han har ansvarsrett/kjøper dette ved sentral godkjenning i klasse 2 for prosjektering og kontroll av prosjektering, søkerfunksjon, utførelsesfunksjon med egenkontroll. Slik godkjenning skal være på plass før tilbudsfristen. Hvor ansvarsrett kjøpes, skal dette oppgis i tilbudsbrevet.

Det skal også oppgis referanser for tilsvarende småhusprosjekt med referanseperson hos tiltakshaver. Det er en fordel at totalentreprenøren er tilknyttet offentlig godkjente lærlingordninger i byggfaget, men dette hensyntas ikke ved valg av totalentreprenør.

[...]

- (4) I kunngjøringens punkt IV.2) fremkom at kontrakt skal tildeles den leverandør som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 12. Det fremkommer der at *"Ved vurderingen vil følgende kriterier bli vektlagt: Samlet pris 60 %, byggetid 20 % og kompetanse 20 %"*.
- (5) BoligProsjekt AS (heretter kalt klager) og Bjørn Bygg AS (heretter kalt valgte leverandør) inngav tilbud innen fristen. Klager hadde ved anbudsåpning laveste pris.
- (6) Anbudsinstillingen av 11. juli 2008 ble sendt tilbyderne som tildelingsmeddelelse. Det fremkommer av innstillingen at valgte leverandør oppnådde høyeste poengsum og forutsetningsvis at valgte leverandør ble innstilt til kontrakten. I innstillingen punkt 4 fremkommer bakgrunnen for hvordan tilbudene er vektet, og det hitsettes herfra:

"4. Anbudene er vektet slik:

Samlet pris: (Den laveste prisen får 60 poeng).

Deretter trekkes differansen mellom laveste pris og neste pris ifra laveste pris – og man regner forholdet mot 60 poeng.

Eksempelvis ville dobbel pris av laveste gi 0 poeng.

Byggetid. (Den laveste byggetiden får 20 poeng.)

Deretter treffes differansen mellom laveste byggetid og neste byggetid ifra laveste byggetid – og man regner forholdet mot 20 poeng.

Eksempelvis ville dobbel byggetid av laveste gi 0 poeng.

Kompetanse: (Beste kompetanse får 20 poeng)

Kompetanse defineres som: Anbyders akademiske kompetanse, sentralgodkjenninger, gjennomføringsevne, utførte prosjekter og prosjektorganiseringer. Sentralgodkjenninger vektet ut fra klassene de har. Her er minimum krav til 5 klasser a klasse 2 som gir 10 poeng. For noen med klasse 3 som er høyeste blir det 1 tilleggspoeng for hver klasse 3. Den øvrige kompetansen er vurdert samlet sett ut fra mottatte dokumenter i anbudet hvorav den med beste får 20 poeng og de øvrige i forhold til dette ut fra mottatte og godkjente dokumenter."

- (7) Ved anbudsinnstillingen var det vedlagt en matrise hvor tilbydernes priser, byggetid og kompetanse var angitt og deretter gitt poeng:

Tilbyder	Navn	Byggetid i dager	Poeng byggetid Differansen i forhold til lavest tid	Sum justert entreprise-kostnad eks.mva	Differanse. Laveste fratrasket differansen fra laveste	Poeng for pris i forhold til laveste	Kompetanse. Beste er 20 Poeng	Total antall poeng
1	B. Prosj	170	16	6 368 391	0	60	15	91
2	M Bygg	250	4	7 967 824	4 768 958	45	12	61
3	B Bygg	160	17	6 728 084	6 008 698	57	20	94
4	N Tre	180	14	6 764 501	5 972 281	56	14	85
5	T Renov	200	11	7 945 678	4 791 104	45	15	72
6	E Joha	200	11	8 073 625	4 663 157	44	18	73
7	T Entr	140	20	7 756 180	4 980 602	47	15	82

(8) Klager påklaget tildelingen 8. august 2008. Innklagede avviste klagen ved brev 20. august 2008. Klager sendte 26. august 2008 ytterligere kommentarer til innklagede, hvor påstanden om at det forelå saksbehandlingsfeil ved tildelingsbeslutningen ble opprettholdt. Innklagede foretok en fornyet vurdering av klagen, uten at dette fikk betydning for innstillingen.

(9) Kontrakt med valgte leverandør ble signert 28. oktober 2008.

(10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. november 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Hvorvidt tildelingskriteriet "kompetanse" er ulovlig

(11) Klager anfører at det ikke er adgang til å benytte kvalifikasjonskriteriet "kompetanse" i tildelingsevalueringen. Det vises til *"Veileder for innkjøpsprosesser ved offentlige anskaffelser"*, samt EF-dom C-532/06, Lianakis.

(12) Det anføres videre at selv om det ikke var angitt underkriterier til kriteriet "kompetanse" i konkurransegrunnlaget, har innklagede i realiteten benyttet dette ved at tilbyderne blant annet har fått poeng for den tiltaksklasse de har godkjenning i, uten at den aktuelle klassen nødvendigvis gjør entreprenøren bedre egnet til å utføre det konkrete prosjektet. Valgte leverandør har etter dette fått tilleggspoeng for tiltaksklasse tre, selv om det bare stilles krav om godkjenning i klasse to. Klager anfører at dersom de hadde vært kjent med at det gis "bonus" for godkjenning i høyere tiltaksklasse, ville klager kjøpt tjenester som dekket dette. Det vises til anbudsevalueringen 11. juli 2008.

Manglende begrunnelse for tildelingen

(13) Klager anfører at det ikke er gitt tilfredsstillende begrunnelse for kvalifikasjonsvurderingen, herunder at vedlagte poengberegningsskjema ikke oppfyller kravet til begrunnelse.

Erstatning

- (14) Dersom klagenemnda finner at det er begått feil ved anbudsprosessen, bes det om at nemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning, både for den positive og negative kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Hvorvidt tildelingskriteriet "kompetanse" er ulovlig

- (15) Innklagede anfører at tildelingskriteriet "kompetanse" lovlig kan benyttes. Regelverket oppstiller ikke forbud mot at momenter som er relevante som kvalifikasjonskrav, også tas i betraktning ved vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Et slikt forbud kan heller ikke utledes av EF-domstolens avgjørelse i C-532/06, Lianakis. Det vises dessuten til at klagenemnda i sin nyere praksis har slått fast at "kompetanse" er et lovlig tildelingskriterium, se klagenemndas sak 2008/16 og sak 2008/120. Tilsvarende kan forutsetningsvis utledes av Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt 2007 side 1783.
- (16) I foreliggende sak er ikke "kompetanse" angitt som eget kvalifikasjonskriterium. Utover krav til sentral godkjenning i klasse to, samt de krav som følger av lov og forskrift med hensyn til dokumentasjon av tilbydernes finansielle stilling, er det ikke stilt opp nærmere krav til kompetanse i kvalifikasjonsfasen.
- (17) I tildelingsevalueringen er det foretatt en konkret vurdering av tilbydernes kompetanse til å gjennomføre leveransen. Vurderingen omfattet offentlige godkjenninger, akademisk kompetanse/bemanning/prosjektorganisering og referanseprosjekter. Disse underkriteriene var ikke direkte angitt i konkurransegrunnlaget, men kan utledes umiddelbart av konkurransegrunnlagets dokumentasjonskrav. Kravet til forutberegnelighet anses oppfylt.

Manglende begrunnelse

- (18) Samtlige leverandører fikk tilsendt oppdragsgivers anbudsinnstilling av 11. juli 2008 med tilhørende poengberegning. Begrunnelsen tilfredsstiller kravene i forskriftens § 13-3 (1), jf. § 11-14 (1).
- (19) I tillegg er det, som følge av klagen fremsatt 8. august 2008, og deretter med ytterligere kommentarer 26. august 2008, gitt en nærmere begrunnelse i brev 20. august 2008 og 12. september 2008. Kravet til nærmere begrunnelse i forskriftens § 11-14 (4) er etter dette oppfylt.

Erstatning

- (20) Dersom klager får medhold i at kompetanse er et ulovlig tildelingskriterium, skulle anbudskonkurransen vært avlyst. Vilårene for positiv kontraktsinteresse vil således ikke være til stede.
- (21) For så vidt gjelder den negative kontraktsinteresse, anføres at klager har inngitt tilbud selv om han på dette tidspunktet hadde kunnskap om de forhold som nå anføres er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. En eventuell feil har således ikke hatt innvirkning på klagers deltakelse i anbudskonkurransen, og klager har følgelig ikke krav på den negative kontraktsinteressen.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 41 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt tildelingskriteriet "kompetanse" er et ulovlig tildelingskriterium

- (23) Klager har anført at tildelingskriteriet "kompetanse" er ulovlig.
- (24) Klagenemnda tok stilling til lovligheten av tildelingskriteriet "kompetanse" i sak 2008/120. Avgjørelsen kom etter at EF-domstolen hadde avsagt sin avgjørelse C-532/06 Lianakis, og inneholder en gjennomgang av denne. I saken redegjøres det først for regelverkets skille mellom kvalifikasjonsvurderingen, det vil si aksept eller avvisning av tilbydere på bakgrunn av deres opplyste kvalifikasjoner, og tildelingsevalueringen, som er en vurdering av de gjenværende tilbuds kvaliteter i forhold til kunngjorte tildelingskriterier. Formålet med tildelingskriteriene er på denne måten begrenset til å vurdere tilbudene – ikke leverandørene – etter forhåndskunngjorte kriterier.
- (25) Fra klagenemndas vurdering av om "kompetanse" kan anses som et lovlig tildelingskriterium hitsettes følgende fra premiss (46):

"Det kunne etter dette være grunnlag for å godta at et kompetansekriterium ble brukt både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium, nemlig der kriteriet foruten å avgrense kretsen av kvalifiserte leverandører i tillegg også var egnet til å si noe om tilbudets økonomiske fordelaktighet for oppdragsgiver (forskriftens § 13-2). Slike spørsmål har i teori og praksis særlig gjeldt kompetansetunge tjenesteoppdrag der kvaliteten på tjenesten uunngåelig vil bero på tjenesteyterens og hans medarbeideres evne til å levere mer-kvalitet ut over kontraktens krav, slik som ved krevende konsulentoppdrag, oppdrag der personsammensetning av personell sammen med deres oppdragsrelaterte erfaring utgjør et konkurransefortrinn ved sammenligning av tilbudene (f eks advokatfirmaets tilbud om team til å løse oppdraget). I slike tilfeller gir det mening å tillate bruk av grunnleggende kvalifikasjonskrav (f eks utdanningsnivå og kvantifiserbar erfaring målt i f eks foretakets antall sammenlignbare oppdrag over et gitt tidsrom), samtidig som man ved sluttevalueringen forbeholder seg som mulighet å vektlegge konkrete oppdragsspesifikke innsatsfaktorer som tjenesteyteren tilbyr for den aktuelle kontrakt, målt som spesialkompetanse egnet til å si noe om tilbudets kvalitet ut over de krav som allerede kontrakten stiller (og som kan være begrenset til leveringstid, tekniske spesifikasjoner o l)."

- (26) Videre hitsettes fra premiss (50) at:

"Lovligheten av "kompetanse" som tildelingskriterium avhenger dels av om kompetanse, alene eller sammen med underkriteriene, kan sies å relatere seg til egenskaper ved leveransen uten at det knyttes til et overordnet kriterium som f eks kvalitet, der dokumentasjon av kompetanse kan være egnet til å si noe om hvilke forventninger oppdragsgiver kan ha til leveransens egenskaper."

- (27) Saken omhandlet ombygging og rehabilitering av et bolighus fra ca 1870 til en barnehave. Det ble stilt særlig krav til arkitektonisk utforming og antikvariske hensyn.

Klagenemnda fant at "kompetanse" i denne saken sa noe om egenskapene ved leveransen som sådan, og da også om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det ble således akseptert som et lovlig tildelingskriterium.

- (28) Klagenemnda har fulgt opp avgjørelsen i flere senere saker. I klagenemndas avgjørelse i sak 2008/136 foretas en grundig gjennomgang av hvorvidt de oppgitte tildelingskriteriene "oppdragsforståelse" og "miljø" var lovlige. Fra den generelle redegjørelsen for hvordan den trinnvise vurderingen av om kriteriene er lovlige som tildelingskriterier hitsettes følgende fra premiss (80):

"I konkurransegrunnlaget del II punkt 4.4 var det oppgitt at tildeling skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriftens § 22-2. Av forskriftens § 20-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas saker 2008/92 (premiss 90) og 2008/199 (premiss 139). Videre kan vurderingstemaet under de angitte tildelingskriterier ikke være det samme som under kvalifikasjonskravene, og dette må fremgå klart av konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas saker 2008/120 (premiss 41) og 2008/92 (97)."

- (29) For ordens skyld presiseres at "kompetanse" ikke er angitt som et kvalifikasjonskriterium i foreliggende sak.
- (30) I kunngjøringens punkt IV.2) er det angitt at tildelingen skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlagets punkt 12 fremkommer at pris, byggetid og kompetanse skal vektlegges ved tildelingsevalueringen.
- (31) Spørsmålet er om tildelingskriteriet "kompetanse" i foreliggende sak har tilknytning til kontraktens gjenstand, herunder om det er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriftens § 13-2.
- (32) Det fremkommer ikke noe om hva som omfattes av kriteriet "kompetanse" i konkurransegrunnlaget. Fra anbudsinnstillingen, sendt tilbyderne som tildelingsmeddelelse, fremkommer imidlertid at "Kompetanse defineres som: Anbyders akademiske kompetanse, sentralgodkjenninger, gjennomføringsevne, utførte prosjekter og prosjektorganiseringer." Innklagede opplyser i tilsvaret til klagenemnda at det i tildelingsevalueringen, under kriteriet "kompetanse", er vurdert opplysninger som er relevante med sikte på å avklare tilbyders evne til å gjennomføre leveransen.
- (33) Klagenemnda viser til at flere av de angitte vurderingsmomenter under tildelingskriteriet "kompetanse", som for eksempel sentralgodkjenninger og anbyders akademiske kompetanse ikke sier noe om tilbudets kvalitet utover de krav som kontrakten allerede stiller. Nevnte vurderingsmomenter er således utelukkende knyttet til tilbydernes kvalifikasjoner, herunder evne til å gjennomføre kontrakten. Tildelingskriteriet "kompetanse" slik det er vurdert i denne saken er således ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det foreligger etter dette et brudd på forskriftens § 13-2.

Hvorvidt det foreligger manglende begrunnelse

- (34) Klager anfører at det ikke er gitt tilfredsstillende begrunnelse for kvalifikasjonsvurderingen, herunder at vedlagte poengberegningsskjema ikke oppfyller kravet til begrunnelse. Klager har knyttet spørsmålet om mangelfull begrunnelse opp mot kvalifikasjonsvurderingen, men ut fra sammenhengen oppfatter klagenemnda anførselen slik at klager mener at det ikke er gitt tilstrekkelig begrunnelse i tildelingsmeddelelsen.
- (35) Av forskriftens § 11-14 (1) følger at oppdragsgivers begrunnelse ved meddelelsen om kontraktstildeling *"skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier."* Kravet til begrunnelse må vurderes i lys av bestemmelsens formål. Den skal, men sikte på klage, gi tilstrekkelig informasjon for å vurdere om tildelingen er i samsvar med regelverket. For øvrig må det foretas en konkret vurdering av om begrunnelsesplikten er oppfylt.
- (36) Ved anbudsinnstillingen 11. juli 2008, sendt tilbyderne som tildelingsmeddelelse, fremkommer som ovenfor vist hvordan poengene skal regnes ut. Deretter er det lagt ved en tabell hvor resultatet av innklagedes vurdering av tilbudene er fremstilt skjematisk. Ettersom det ikke er redegjort noe for innklagedes vurderinger som lå til grunn for poenggivningen, herunder bakgrunnen for at valgte leverandør kom best ut, foreligger brudd på forskriftens § 11-14 (1).

Erstatning

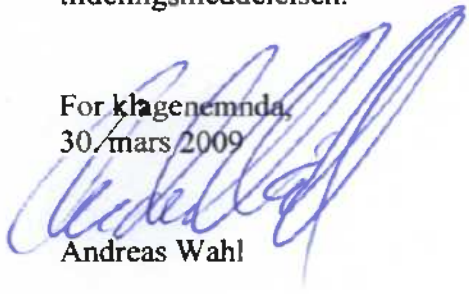
- (37) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndforskriften § 12 (2) femte punktum.

Konklusjon:

Stiftelsen kommunale boliger har brutt forskriftens § 13-2 ved å benytte tildelingskriteriet *"kompetanse"* som et tildelingskriterium.

Stiftelsen kommunale boliger har brutt § 11-14 (1) ved å ha gitt manglende begrunnelse ved tildelingsmeddelelsen.

For klagenemnda,
30/mars 2009



Andreas Wahl