



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en begrenset anbudskonkurranse vedrørende rådgivningstjenester i tilknytning til planlegging om utbygging av Steinkjerhallen. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 2-1 (4) jf. § 2-2 ved å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del II. Klagenemnda tok videre stilling til tolkningen av uttrykket "overstiger", slik det er benyttet i forskriften §§ 2-2 og 2-1. Klagenemnda fant at "overstiger" må tolkes i samsvar med direktivets artikkel 7, slik at uttrykket "overstiger" er sammenfallende med direktivets "svarer til eller overstiger". Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. januar 2010 i sak 2009/129

Klager: RG Prosjekt AS, Rambøll AS, AS Planconsult VVS, Ryjord AS Nord og El-prosjekt Trøndelag AS

Innklaget: Steinkjerhallen AS

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Hvilken del av regelverket som får anvendelse, bruk av rådgiver ved utarbeidelsen av spesifikasjoner, avvisning av leverandør.

Bakgrunn:

- (1) Steinkjerhallen AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. mars 2009 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende rådgivningstjenester i tilknytning til detaljprosjektering, utarbeidelse av anbudsdokumenter og kontrahering med entreprenører i forbindelse med planlegging om utbygging av Steinkjerhallen. I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.2 var anskaffelsens formål og omfang beskrevet slik:

"Anskaffelsen gjelder detaljprosjektering og utarbeidelse av anbudsdokumenter, samt kontrahering av entreprenører i forbindelse med planlegging av utbygging av Steinkjerhallen med flerbrukshall. Nybygget skal inneholde friidrettsanlegg og basishall for turn med tilhørende andel fellesareal og garderober. Anskaffelsen omfatter følgende fag, hvor det vil bli inngått enkeltkontrakter med hver enkelt fagrådgiver:

- *Prosjekteringsleder (PSL)*
- *Landskapsarkitekt (LArk)*
- *Rådgivende ingeniør byggeteknikk (RIB)*
- *Rådgivende ingeniør elektrotekniske anlegg (RIE)*
- *Rådgivende ingeniør vvs (RIV)*

- (2) Informasjon om gjennomføringen av konkurransen ble gitt i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 2.1:

"Anskaffelsen gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) av 7. april 2006 nr. 402. Anskaffelsen skal foretas gjennom en begrenset anbudskonkurranse etter forskriftens del I og del II (under EØS-terskelverdi og uprioriterte tjenester).

Ved en begrenset anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører sende en forespørsel om å delta i konkurransen. Oppdragsgiver vil begrense antall leverandører basert på prekvalifiseringen av hvem som får inngi tilbud."

- (3) Av kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.4 fremkom at innklagede planla å invitere inntil seks leverandører til å inngi tilbud. Bare de leverandørene som ble invitert til å levere tilbud, ville få tilsendt konkurransegrunnlag.
- (4) Syv leverandører søkte innen fristen 24. mars 2009 om å bli prekvalifisert til å inngi tilbud på de forskjellige kontraktene.
- (5) Etter en evaluering av kvalifiseringssøknadene, ble konkurransegrunnlaget sendt til seks leverandører. Disse var Elprosjekt Trøndelag AS, Planconsult AS, RG Prosjekt AS, Planstyring AS, Rambøll Norge AS og Multiconsult AS.
- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 fremkom av kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på grunnlag av følgende tildelingskriterier:

"Kontraktstildelingen skjer på grunnlag av følgende tildelingskriterier:

Det mest økonomisk fordelaktige tilbud ut i fra følgende underkriterier:

UNDERTILDELINGSKRITERIER	DOKUMENTASJONSKRAV	VEKTES
Pris: - Honorar (pkt 1.22) D og evt. andre ytelser (for timehonorar benyttes estimert ressursforbruk) - Tilleggsarbeider. Oppgitt timepris (tilbudsskjema) basert på totalt 200 timer.	Utfylt tilbudsskjema	80
Gjennomførings- og aktivitetsplan	- Gjennomføringsplan som viser hvordan tilbyder har forstått oppgaven, samarbeid med brukere og andre aktører. - Aktivitetsplan med ressursforbruk pr. fag og fase og hvordan tilbyder vil gjennomføre og bemanne oppdraget	20"

	<i>innenfor gitte frister.</i>	
--	--------------------------------	--

- (7) Innen fristen 14. april 2009 inngav RG Prosjekt AS, Rambøll AS, AS Planconsult VVS, Multiconsult AS, Ryjord AS Nord (ikke prekvalifisert), El-prosjekt Trøndelag AS (heretter kalt klager), og Planstyring AS (heretter kalt valgte leverandør) tilbud.
- (8) Innklagede informerte tilbyderne om valg av leverandør i et udatert brev. Av brevet fremkommer blant annet:

"Herved meddeles at Steinkjerhallen akter å inngå avtale med Planstyring AS på følgende Fag: Prosjekteringsledelse, RIE, RIV og RIB og Rambøll på LARK.

Begrunnelse for valg

Steinkjerhallen har valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Følgende kriterier og vekting er lagt til grunn:

Se vedlegg

Tilbudet fra Planstyring AS og Rambøll er valgt med følgende begrunnelse:

Tilbudene er vektet høyest på gjennomføring/aktivitetsplan samt lavest på pris"

- (9) Vedlagt tildelingsbrevet var en oversikt som viste hvilke kontrakter de forskjellige tilbyderne hadde levert tilbud på. I tillegg fremgikk det hvilke karakterer tilbyderne hadde fått på tildelingskriteriene vedrørende de ulike kontraktene.
- (10) Klager påklaget gjennomføringen av anskaffelsen til innklagede ved brev av 8. mai 2009. I klagen ble det blant annet påpekt at konkurransen etter klagers mening skulle vært gjennomført etter forskriften del III. Det ble også bedt om en nærmere redegjørelse for karaktersettingen på tildelingskriteriet "Gjennomførings- og aktivitetsplan", hvorfor innklagede hadde avvist Ryjord AS Nord fra konkurransen og valgte leverandørs rolle ved gjennomføringen av konkurransen.
- (11) Innklagede besvarte klagen ved brev av 20. mai 2009. Fra svarbrevet hitsettes:

"Vi viser til Deres klagebrev og svarer som følgende på de forskjellige punkter det rettes kritikk imot.

Valg av kunngjøring over eller under terskelverdi for tjenestekjøp

Steinkjerhallen AS vurderte tjenestekjøpet det ble konkurrert om før kunngjøring til å ligge under terskelverdien på kr 1.700.000,-. Kunngjøringen ble da kunngjort som anskaffelse under terskelverdien i henhold til forskriftens § 2-2 del I og del II. Konkurransen ble gjennomført og det totale tjenestekjøpet havnet på kr 1.800.000,- som er over terskelverdien. Klageren har deltatt i konkurransen og ikke hatt innvending til kunngjøringsprosedyre før etter at resultatet av konkurransen var kjent. Steinkjerhallen AS kan ikke se at valg av type kunngjøring etter forskriftens del II, har hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Begrunnelse for evalueringen

I klagen henvises det til at man oppfatter vurderingskriteriet "gjennomførings- og aktivitetsplan" som evne til å gjennomføre oppdraget. Dette er ikke riktig. Gjennomføringsevne ble vurdert som en del av prekvalifiseringen, så alle som ble

prekvalifisert er vurdert til å være fullt i stand til å gjennomføre oppdraget. Følgelig er dette punktet i klagen irrelevant.

Vurderingskriteriet var gjennomføringsplan (og aktivitetsplan) – altså en beskrivelse av hvordan tilbyder ser for seg å gjennomføre oppdraget. Her var det store forskjeller, noe som også skal gjenspeiles i karaktersettingen og bruken av karakterskalaen.

Forkasting av Ryjord AS Nord

Ryjord er ikke prekvalifisert, og følgelig ble tilbud avvist. Det blir uansett feil overfor andre tilbydere, både prekvalifiserte og ikke prekvalifiserte, å skulle tillate Ryjords deltakelse når de ikke var med i prekvalifiseringsrunden.

I klagen står det at "... Ryjord hadde levert tilbud som var ca kr 5.000 rimeligere enn Planstyrings tilbud. Ryjords tilbud ble da avvist". Dette er ikke riktig og har aldri vært del av grunnlag for avvisning.

Innstilling om avvisning av Ryjords tilbud ble enstemmig vedtatt i Steinkjerhallens styre.

Redegjørelse for Planstyrings rolle i saken

I forbindelse med planlegging av anskaffelsesprosessen, er det mottatt rådgivningstjenester fra Planstyring AS. Det ble i forkant nøye vurdert om slike tjenester fra rådgiver ville kunne føre til utelukkelse fra konkurransen, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8. Utelukkelse med forbud om deltakelse gjelder i tilfeller der rådgiver vil kunne få konkurransefortrinn i forbindelse med rådgivningsarbeidene.

Etter vår vurdering var ikke rådgivningstjenestene av en slik karakter eller art at de har gitt konfidensiell informasjon eller andre fortrinn i forhold til øvrige deltakere i konkurransen. Den rådgivning som er mottatt er kun informasjon om hva som er mulige alternative løsninger eller standard løsninger i forbindelse med planlegging av anskaffelsesprosessen. Det er kun mottatt råd om generelle spesifikasjoner som ikke er særegne for rådgiverens produkt.

Med bakgrunn i dette kan vi ikke se at det er noe grunnlag for at Planstyring AS skulle vært utelukket fra konkurransen, og at forbud etter forskriftens § 3-8 skulle vært gjort gjeldende."

- (12) Innklagede inngikk kontraktene for prosjekteringsleder, rådgivende ingeniør byggeteknikk, rådgivende ingeniør elektrotekniske anlegg og rådgivende ingeniør vvs 25. mai 2009.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 4. juni 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre konkurransen etter forskriften del II. Det følger av forskriften § 2-3 at oppdragsgiver ved beregningen av anskaffelsens antatte verdi, skal legge summen av tjenestekjøp til grunn. Ved beregningen skulle innklagede således inkludert kostnadene til arkitekt- og ingeniørtjenestene, selv om arkitektoppdraget ikke var en del av den kunngjorte konkurransen. Generelle kostnader,

det vil si kostnader til prosjekteringstjenester og administrative tjenester, var i dette tilfellet anslått til 6,3 millioner kroner. Konkurransen skulle dermed vært gjennomført etter forskriften del III.

- (15) Ettersom gjennomføringen av konkurransen etter feil del av forskriften har medført at leverandører kan ha blitt forhindret fra å delta i konkurransen, herunder at tilbudsfristen har vært for kort, anføres at konkurransen må avlyses og kunngjøres på nytt.
- (16) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 3-8 ved å la Planstyring AS delta i konkurransen. Det vises til at innklagede, før kunngjøringen av konkurransen, engasjerte Planstyring AS som prosjektleder for utbyggingen. Det synes således som om Planstyring AS har deltatt aktivt både ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget og evalueringen av tilbudene. Dersom det er riktig at Planstyring AS har deltatt ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, er det en fordel for Planstyring AS at konkurransen er gjennomført etter forskriften del II. Dette fordi Planstyring AS har hatt bedre tid enn konkurrentene til å utarbeide sitt tilbud.
- (17) I tillegg anføres det at innklagede ikke hadde adgang til å avvise tilbudet fra Ryjord AS Nord i medhold av forskriften § 20-12 (1) bokstav d. Ryjord AS Nord oppdaget ikke kunngjøringen i tide, og meldte seg derfor for sent på konkurransen. Etter avtale med innklagedes styreleder fikk Ryjord AS Nord likevel tillatelse til å delta i konkurransen, og fikk tilsendt konkurransegrunnlaget. Innklagede kan ikke avvise tilbudet etter først å ha gitt Ryjord AS Nord tillatelse til å delta i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede anfører at det ikke foreligger brudd på regelverket når konkurransen er gjennomført etter forskriften del II. Før kunngjøringen av konkurransen vurderte innklagede den antatte verdien av tjenestene som skulle anskaffes til å ligge under terskelverdien på 1 700 000,- kroner. Klager har deltatt i konkurransen, og har ikke hatt innvendinger til prosedyren før etter at resultatet av konkurransen ble kjent. Innklagede kan ikke se at valg av anskaffelsesprosedyre etter forskriften del II har hatt betydning for utfallet av konkurransen.
- (19) Innklagede anfører videre at det ikke var i strid med forskriften § 3-8 å la Planstyring AS delta i konkurransen. Rådgivningen Planstyring AS gav ved planleggingen av anskaffelsen var ikke slik at den ga Planstyring AS tilgang på konfidensiell informasjon. Planstyring AS fikk heller ingen andre fortrinn i konkurransen. Rådgivningen har bestått i at Planstyring AS har gitt informasjon om standard løsninger, og mulige alternative løsninger i forbindelse med anskaffelsesprosessen. Det er kun mottatt råd om generelle spesifikasjoner som ikke er særegne for Planstyring AS' produkt. Planstyring AS har ikke deltatt i evalueringen av de innkomne tilbudene.
- (20) Innklagede anfører at det heller ikke var i strid med regelverket å avvise Ryjord AS Nord fra konkurransen. Ryjord AS Nord deltok ikke i prekvalifiseringen, og var således ikke kvalifisert til å levere tilbud. Det ville da ikke være riktig overfor de øvrige leverandørene å tillate at Ryjord AS Nord deltok i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig.

Hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse for foreliggende anskaffelse

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del II. Det vises til at innklagede, i tillegg til tjenestene det skulle inngås kontrakt om, skulle tatt med arkitekttjenester og generelle kostnader ved beregningen av anskaffelsens verdi, og at anskaffelsen følgelig skulle vært gjennomført etter forskriften del III.
- (23) Forskriften § 2-1, jf. § 2-2 regulerer hvilken del av forskriften en anskaffelse omfattes av. Etter § 2-1 (2) gjelder forskriften del II for anskaffelser hvor den anslåtte verdien "*overstiger*" 500 000,- kroner, men ikke "*overstiger*" terskelverdiene i forskriften § 2-2. For anskaffelser hvor den anslåtte verdi "*overstiger*" terskelverdiene i § 2-2 gjelder forskriften del III, jf. § 2-1 (4).
- (24) Etter forskriften § 2-2 (1) fremkommer blant annet at "*Forskriftens del III gjelder kontrakter der den anslåtte verdi overstiger 1,65 millioner kroner eks. mva. for vare- og tjenestekontrakter*". Innklagede har ved e-post til klagenemnda 16. desember 2009 opplyst at verdien av rådgivningstjenestene ble anslått til 1 650 000,- kroner. Det første spørsmålet blir da om en anskaffelse som er anslått å ha samme verdi som terskelverdien på 1,65 millioner kroner, skulle vært kunngjort etter forskriftens del III, jf. forskriften § 2-2 (1).
- (25) Forskriften § 2-2 (1) benytter, på tilsvarende måte som de øvrige bestemmelsene som omhandler terskelverdier, uttrykket "*overstiger*". En naturlig språklig forståelse tilsier at de anslåtte verdiene i slike tilfeller må være høyere enn de som er angitt i forskriften.
- (26) Forskrift om offentlige anskaffelser er ment å være en implementering av Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vare- og tjenestekontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter. Etter EØS-avtalen er Norge forpliktet til å innføre regelverket i tråd med EUs direktiver. Dette innebærer blant annet at tolkningen av forskriften må skje i lys av direktivet. I direktivet artikkel 7, som omhandler "*Tærskelverdier for offentlige kontrakter*", fremkommer det at direktivet gjelder for offentlige kontrakter hvor den anslåtte verdi "*svarer til eller overstiger*" nærmere angitte terskelverdier. Etter klagenemndas oppfatning er det ingen reell grunn til at regelen skal forstås annerledes etter norsk intern rett. Og når nemnda heller ikke har funnet holdepunkter for annet enn at forskriften var ment som en implementering av direktivet også på dette punkt, bør de norske reglene om terskelverdiene forstås slik at uttrykket "*overstiger*" er sammenfallende med direktivets "*svarer til eller overstiger*".
- (27) Når anskaffelsen, som i dette tilfellet, er beregnet til å ha en anslått verdi pålydende 1,65 millioner kroner, slik at den altså svarer til terskelverdien i § 2-2 (1), er følgelig løsningen at anskaffelsen faller inn under del III i forskriften,
- (28) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at anskaffelsen av rådgivningstjenestene skulle vært gjennomført etter forskriften del III, og klagenemnda finner at innklagede har brutt forskriften § 2-2 (1), jf. § 2-1 (4) ved å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del II.

- (29) Ettersom den anslåtte verdien av rådgivningstjenestene innebar at anskaffelsen skulle vært gjennomført etter forskriften del III, finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt arkitekttjenestene og generelle kostnader også skulle vært tatt med ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi.
- (30) Da det ikke er anført at innklagede, ved å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del II, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, tar ikke klagenemnda stilling til det spørsmålet.

Hvorvidt valget av Planstyring AS som leverandør er i strid med forskriften § 3-8

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 3-8 ved å la valgte leverandør delta i konkurransen. Det vises til at valgte leverandør var engasjert som prosjektleder ved utbyggingen, og at det synes som om valgte leverandør var involvert både ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget og ved evalueringen av tilbudene. Det er videre vist til at valgte leverandør, på grunn av deltakelse ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, fikk bedre tid enn konkurrentene til å utarbeide et tilbud i konkurransen.
- (32) Det følger av forskriften § 3-8 at oppdragsgiver ikke skal *"søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse"*. Dersom en leverandør har blitt *"benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner i strid med § 3-8"*, har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandøren fra konkurransen, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav f.
- (33) Hvorvidt det foreligger brudd på § 3-8, beror på en vurdering av den aktuelle situasjonen, jf. EF domstolsavgjørelsene C-21/03 og C-34/03, samt *"Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar"* side 69 flg. Regelen er et utslag av kravet til likebehandling nedfelt i lovens § 5.
- (34) Innklagede har erkjent at valgte leverandør ytet rådgivningstjenester i form av å gi informasjon om standard løsninger og alternative løsninger i forbindelse med planleggingen av anskaffelsesprosessen. Det fremheves at innklagede ikke har mottatt råd om tekniske spesifikasjoner som er særegne for valgte leverandør, og at valgte leverandør heller ikke har fått tilgang på konfidensiell informasjon ved rådgivningen.
- (35) I Fornyings- og administrasjonsdepartementets *"Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar"* uttales det på side 70 følgende om denne typen rådgivning:

"Råd om utforminga av heile eller delar av kravspesifikasjonen eller dei tekniske spesifikasjonane vil vere av ein slik art at konkurransen må seiast å bli utelukka dersom det dreier seg om konkret detaljert rettleiing, ikkje berre informasjon om kva som er moglege alternative løysingar eller standardløysingar.

Konkurranse kan òg vere utelukka i tilfelle der konkurransen blir vesentleg avgrensa. Det er likevel viktig at oppdragsgivaren kan utnytte den kompetansen leverandørane sit inne med under planlegginga av ei anskaffing. Ein rådgivar som ønskjer å delta i konkurranse om ein kontrakt, kan derfor gi råd om til dømes generelle tekniske spesifikasjonar som ikkje er særreigne for rådgivarens eige produkt, utan at det i seg sjølv fører til utelukking."

- (36) Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt forskriften § 3-8 ved å la valgte leverandør delta i konkurransen.

Avvisning av Ryjord AS Nord

- (37) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved å avvise Ryjord AS Nord fra konkurransen. Det er vist til at innklagedes styreleder hadde godtatt at Ryjord AS Nord deltok i konkurransen selv om selskapet ikke hadde deltatt i prekvalifiseringen, og hadde levert ut konkurransegrunnlaget til dem.
- (38) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav d at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som ikke har levert forespørsel om deltakelse i en begrenset anbudskonkurranse innen fristen.
- (39) Klager har erkjent at Ryjord AS Nord ikke søkte om å bli kvalifisert til å delta i konkurransen. Innklagede hadde følgelig plikt til å avvise Ryjord AS Nord, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav d. Ettersom bestemmelsen ivaretar hensynet til de øvrige leverandørene, har det ikke betydning for vurderingen at innklagede v/styrelederen ga Ryjord AS Nord tillatelse til å delta i konkurransen. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt kravet til forutberegnelighet ved å avvise Ryjord AS Nord fra konkurransen.
- (40) Klagenemnda bemerker for øvrig at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk ved å uttale at Ryjord AS Nord kunne delta i konkurransen, herunder å levere ut konkurransegrunnlaget til dem. Det må anses klart Ryjord AS Nord ikke ville utarbeidet tilbud i konkurransen dersom innklagede ikke hadde gitt uttrykk for tilbudet ville bli evaluert.

Konklusjon:

Steinkjerhallen AS har brutt forskriften § 2-2 (1), jf. § 2-1 (4) ved å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del II.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
18. januar 2010


Georg Fredrik Rieber-Mohn