



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjekteringstjeneste til nybygget "Demenssenter" ved Fyllingsdalen sykehjem. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 20-1 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium benevnt "Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging". Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 15. april 2010 i sak 2009/162

Klager: Siv. Ing. Rakner AS

Innklaget: Bergen kommune v/Bergen Kommunale Bygg

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Evalueringsmodell. Bruk av rådgivere.

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune v/Bergen Kommunale Bygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. januar 2009 en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjekteringstjeneste til et "Demenssenter" ved Fyllingsdalen sykehjem. Frist for forespørsel var satt til 12. februar 2009. Av anskaffelsesprotokollen punkt 4 fremgikk at anskaffelsens anslåtte verdi var i overkant av seks millioner.
- (2) I kunngjøringen punkt IV.1.2 var det angitt at minimum tre, maksimum fem deltakere ville bli invitert til å delta.
- (3) I kunngjøringen punkt II.1.2 "Type Bygge- og Anleggsanskaffelse" var det haket av for "Prosjektering og utførelse". I kunngjøringen punkt 11.1.6 har innklagede imidlertid benyttet CPV-koden for karriererådgivning; 79634000.
- (4) Følgende var opplyst om kravene til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner i kunngjøringen punkt III.2.3:

"Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

- (1) Oversikt over foretakets totale bemanning*
 - (2) Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjenestekontrakter)*
 - (3) Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy*
 - (4) Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/ kvalitetsstyringssystem"*
- (5) Fra prekvalifikasjonsgrunnlaget refereres følgende:

"Viser til kunngjøring i TED vedr. Fyllingsdalen sykehjem, nybygg. Bergen kommunale bygg vil gjøre oppmerksom på at utlysingsvilkårene med innleveringsdato 19.02 gjelder søknad om prekvalifisering. Som det også fremgår av utlysingen, vil det bli utvalgt min 5 max 7 firmaer/grupperinger, basert på resultatet av prekvalifiseringen, som får tilsendt materiell for innlevering av tilbud.

*Søknad om prekvalifisering gjelder engasjering av rådgivergruppe for samtlige fag med unntak av LARK. Dersom grupperingen består av flere enkeltfirmaer, skal det sendes inn dokumentasjon for de enkelte firma som angitt under **krav til dokumenter**:*

Krav til dokumenter:

Firmaattest

Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)

Krav til å fremlegge for skatt (Nasjonale krav)

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

Erklæring om foretakets omsetning de årene med relevans til denne kontrakten

Oversikt over foretakets totale bemanning

Foretakets viktigste leveranser siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker

Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy

Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem

Under utlysingstekstens Del IV:

*Prosedyre/Anskaffelsesprosedyre fremgår av pkt IV.1.2 at begrensinger på antall leverandører som vil bli invitert til å delta er **minimum 5 maksimum 7**.*

Opplisting av de objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler som vil bli benyttet for å begrense antall kvalifiserte tilbydere vil være som følger:

Evalueringskriterier:

Overnevnte opplisting /krav til dokumenter:

Erfaring med planlegging av senter for demente brukere

Erfaring med planlegging av sykehjem

Overnevnte rekkefølge er vilkårlig.

Dersom det vil være flere grupperinger som blir funnet kvalifisert enn maximum 7, vil det bli trukket ut 7 grupperinger blant de kvalifiserte."

- (6) Innen fristen mottok innklagede forespørsel om deltakelse fra seks tilbydere, hvorpå samtlige ble ansett som prekvalifisert og fikk utlevert konkurransegrunnlaget.
- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 "KRITERIER FOR VALG AV TILBUD" ble det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli vurdert ut fra følgende kriterier:

"a) Totalkostnad

*Fast honorar
Timepris*

- b) Oppgavebeskrivelse*
- c) Konkret kapasitet og personell*
- d) Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging”*

- (8) Det fremgikk videre at punkt a ”*Totalkostnad*” skulle vektes med 50 prosent, og de øvrige tildelingskriteriene med 50 prosent totalt.
- (9) Det kom inn seks tilbud innen fristen 18. mai 2009, herunder tilbud fra Siv.ing. Rakner AS (heretter kalt klager) og Rambøll Norge AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (10) Innklagede meddelte klager om tildeling av kontrakt 10. juni 2009. Fra brevet refereres:

”Etter å ha evaluert de innkomne tilbud i samsvar med evalueringskriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget, meddeles det herved at Bergen Kommunale bygg har til intensjon å inngå avtale med Rambøll AS om prosjektering av forannevnte prosjekt.

Begrunnelse for tildelingen av oppdraget, er at Rambøll AS har høyest score av samtlige firmaer, basert på opplyste evalueringskriterier i utsendt konkurransegrunnlag som består av følgende: pris, timepris samt kvalitet (oppgavebeskrivelse, erfaring, kapasitet og personell). Sammenlignet med valgt tilbyder scorer dere lavere på kvalitet, men høyere på pris.”

- (11) Med tildelingsmeddelelsen fulgte også en evalueringsmatrise med oversikt over samtlige av tilbydernes score på tildelingskriteriene. Fra matrisen refereres følgende vedrørende innklagedes vektning av tildelingskriteriene:

	<i>Vekttall</i>		
<i>Totalkostnad</i>			<i>50 %</i>
- <i>Fasthonorar</i>		<i>45 %</i>	
- <i>Timepriser</i>		<i>5 %</i>	
<i>Kvalitet</i>			<i>50 %</i>
- <i>Oppgavebeskrivelse</i>		<i>20 %</i>	
- <i>Erfaring, kap. og personell</i>		<i>30 %</i>	
<i>Generelt, overordnet</i>	<i>8 %</i>		
<i>PGL</i>	<i>4 %</i>		
<i>ARK</i>	<i>6 %</i>		
<i>RIB</i>	<i>2 %</i>		
<i>RIV</i>	<i>2 %</i>		
<i>RIE</i>	<i>3 %</i>		
<i>RIBR</i>	<i>2 %</i>		
<i>INT</i>	<i>3 %</i>		
<i>Sum</i>			<i>100 %</i>

- (12) Klager påklaget tildelingen ved brev 16. juni 2009:

”1. Prekvalifisering

Tilbudene er gitt etter at gruppen i egen konkurranse er prekvalifisert. Dette må bety at BKB ved prekvalifiseringen finner at gruppen har den nødvendige kompetanse for å løse oppdraget. Punkt i evaluering vedr kvalitet skulle da etter vår vurdering vært utelatt.

2. Pristilbud.

Karakterer for pristilbudet, burde vært matematisk, og ikke delt inn i intervaller. Her har 3 firma fått samme karakter på fast honoraret, som teller 45 % i evalueringen. Ser en bort fra kvalitet, se pkt 1, vil fasthonoraret utgjøre $45 \times 100 = 90 \%$ av evalueringen og ville være det helt avgjørende kriteriet. [...]

3. Utelukkelse av arkitekt for skisseprosjektet

Rambøll har utarbeidet skisseprosjektet som er grunnlaget for tilbudskonkurransen. Ifht NAL's konkurranseregler (se spesielt pkt 4.1) skulle da Rambøll vært utelukket fra å delta i konkurransen. Denne regel ble riktig praktisert av BKB i prosjektet Kalfaret Sykehjem, hvor arkitekt for skisseprosjektet ikke kunne delta i konkurransen, noe som han var blitt underrettet om av BKB før tildeling av skisseoppdraget."

(13) Fra innklagedes svar på klage 30. juni 2009 refereres følgende:

"I det angjeldende prosjekt, valgte BKB å gjennomføre konkurransen i en to-trinns - modell. Dvs. at det først foretas en prekvalifisering av de enkelte firmaer. Deres firma tilfredsstilte i utgangspunktet minimumskravene ifht å kunne delta i trinn 2. I trinn 2 hvor en også skal inngi pris, omfatter evalueringen i denne fasen også den enkelte tilbudte medarbeiders kompetanse, foruten pris. Tør i den forbindelse vise til tidligere oversendt evalueringsskjema hvor det klart fremgår score som den enkelte faggruppe har oppnådd ifht hverandre.

[...]

Når det gjelder pristilbud registreres at BKB og dere har et divergerende syn på evalueringsoppbyggingen.

[...]

I deres brev viser de til NAL's konkurranseregler for utelukkelse av Rambøll. BKB har ikke på noe tidspunkt hverken i forbindelse med fase 1 eller 2 gitt opplysninger som skulle tilsi at denne saken ble behandlet/evaluert ifht NAL's konkurranseregler. I lov om offentlige anskaffelser er det gitt åpning for at firmaer som utarbeider skisseprosjekt også kan delta i konkurranse om oppdrag dersom de øvrige firmaer får den samme informasjonen som det angjeldende firma. Når det gjelder den angjeldende sak ble det i forbindelse med oversendelse av konkurransegrunnlaget også oversendt en rekke dokumenter/tegninger som informasjon til de enkelte prekvalifiserte firmaer i tillegg til informasjonen som var angitt konkurransegrunnlaget."

(14) Saken ble deretter brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev innkommet 14. juli 2009.

(15) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 26. august 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Klager anfører at evaluering av kvalitet skulle vært utelatt, idet tilbyderne ble prekvalifisert.
- (17) Klager anfører videre at score på tildelingskriteriet "*Totalkostnad*" skulle vært matematisk, og ikke delt inn i intervaller. Tre av tilbyderne har fått samme score på "*Fast honorar*" som teller 45 prosent ved evalueringen.
- (18) Klager anfører dessuten at valgte leverandør har utarbeidet skisseprosjektet, og innklagede hadde dermed plikt til å avvise tilbudet.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede bestrider å ha brutt anskaffelsesregelverket. I prekvalifiseringsfasen skal selskapet dokumentere oppfyllelse av offentlige krav. Når selskapet er prekvalifisert, blir kvalifikasjonene til den enkelte medarbeider evaluert ved tildelingsevalueringen.
- (20) Når det gjelder tildelingskriteriet "*Totalkostnad*" er det innklagede sin oppfatning at evalueringsmodellen som er valgt er i henhold til konkurransegrunnlagets kriterier.
- (21) Innklagede anfører at alle tilbydere har fått den samme informasjonen som valgte leverandør har fått, herunder situasjonsplaner og beskrivelse av det aktuelle prosjekt.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har i kunngjøringen punkt II.1.2 angitt at anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt av typen prosjektering og utførelse. Innklagede har videre benyttet CPV-kode for karriererådgivning i kunngjøringen punkt II.1.6. Riktig betegnelse på anskaffelsen er rådgivertjenester som etter forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser Vedlegg 5 nr. (12) er en prioritert tjeneste. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskriften del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (23) Klagenemnda tolker klagers anførsel dit hen at han anfører at tildelingskriteriene "*Oppgavebeskrivelse*", "*Konkret kapasitet og personell*" og "*Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging*", jf. evalueringsmatrisen gjengitt i premiss 11, er de samme forhold som ble vurdert under prekvalifiseringen, og at dette utgjør et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser
- (24) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 var det opplyst at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 22-2. Av forskriften § 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 praksis, jf. blant annet sak 132/2009 (premiss 37) og 2008/92 (premiss 90).

- (25) EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("Lianakis"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premiss (25)-(32).
- (26) Etter at "Lianakis"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at "Lianakis"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet, og dette kan ha betydning for hva som er økonomisk mest fordelaktig, jf. klagenemndas sak 2008/120 premiss (56)-(57). Klagenemnda har likevel samtidig lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. sak 2008/120 premiss (41).
- (27) Spørsmålet blir da hvorvidt det fremgår av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tildelingskriteriene ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.
- (28) I kunngjøringen punkt III.2.3 var det blant annet stilt opp følgende dokumentasjonskrav i tilknytning til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner "*Oversikt over foretakets totale bemanning*", og "*Foretakets viktigste leveranser de siste tre årene*".
- (29) I prekvalifikasjonsgrunnlaget var det listet opp en rekke offentligrettslige krav som skulle dokumenteres. Videre var det stilt krav til "*Erfaring med planlegging av senter for demente brukere*" og "*Erfaring med planlegging av sykehjem*" som skulle benyttes som objektive og ikke-diskriminerende kriterier for å begrense deltakerne dersom antallet kvalifiserte deltakere oversteg øvre grense.
- (30) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at innklagede ville vektlegge tildelingskriteriene "*Totalkostnad*", "*Oppgavebeskrivelse*", "*Konkret kapasitet og personell*" og "*Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging*". Klagenemnda bemerker at med sistnevnte tildelingskriterium må innklagede ha ment prosjektering av sykehjem og ikke "*sykehjemsutbygging*", idet konkurransen omhandler anskaffelse av prosjekteringstjenester, og ikke oppføring av bygg.
- (31) Det var ikke angitt i konkurransegrunnlaget hvordan tildelingskriteriet "*Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging*" skulle dokumenteres, hvilket i foreliggende tilfelle tilsier at innklagede ville benytte den samme dokumentasjonen ved evalueringen av tildelingskriteriet som ved prekvalifiseringen.
- (32) Etter dette forstår klagenemnda konkurransegrunnlaget slik at vurderingen av tildelingskriteriet "*Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging*" gjelder selskapets erfaring. Vurderingstemaet må etter klagenemndas syn anses som det samme forhold

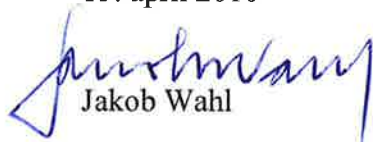
som er angitt i prekvalifikasjonsgrunnlaget. Vurderingen av tildelingskriteriet "*Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging*" fremstår således som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Tildelingskriteriet "*Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging*" må derfor anses ulovlig, jf. forskriftens § 20-1.

- (33) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningen i forskriften § 17-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 ("*Wienstrom*") (premiss 95) og klagenemndas sak 2009/80 (premiss 32) med videre henvisninger til klagenemndas praksis. På bakgrunn av dette finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Bergen kommune har brutt forskriften § 20-1 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium benevnt "*Tidligere erfaring med sykehjemsutbygging*".

For klagenemnda,
15. april 2010


Jakob Wahl