



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for ulike rådgivertjenester innen bygg, eiendom og kommunaltekniske anlegg for kommunene Bamble, Drangedal, Kragerø, Porsgrunn, Siljan og Skien. Klagenemnda fant at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium som gjaldt "Referanseprosjekt", og at innklagede derfor skulle ha avlyst konkurransen. På denne bakgrunn fant klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 12. oktober 2009 i sak 2009/181

Klager: Kokkersvold AS

Innklaget: Grenlandkommunenes innkjøpsenhet (GKI)

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Grenlandskommunenes innkjøpsenhet (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 6. november 2008 en anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for ulike rådgivertjenester innen bygg, eiendom og kommunaltekniske anlegg for kommunene Bamble, Drangedal, Kragerø, Porsgrunn, Siljan og Skien. Det skal inngås rammeavtaler innenfor områdene arkitektur, landskapsarkitektur, interiørarkitektur, brannteknisk, byggeteknisk, geoteknikk, elektroteknikk, kommunalteknikk, miljøteknikk, VVS-teknikk, akustikk, prosjektledelse, byggeledelse, taksering, rådgivning FDV og renhold. Avtalene skal ha en varighet på 2 år med mulighet til forlengelse i 1 + 1 år, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3.7. Denne klagen gjelder fagområdene arkitektur, brannteknikk, byggeteknikk, interiørarkitektur, miljøteknikk, el-teknikk og VVS-teknikk.
- (2) Av kunngjøringens punkt III.2.3) fremgikk det følgende krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

"III.2.3 Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

(1) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)

(2) Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjeneste kontrakter)

(3) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under):

Tekniske og faglige kvalifikasjoner

• *Kompetanse.*

Tilbyder skal ha tilstrekkelig kompetanse til å gjennomføre kontrakten av dette omfang.

Kunnskap om "Forskrift om offentlige anskaffelser" av 2006-04-07, nr.402

Dokumentasjon:

Oversikt over formell faglig kompetanse og erfaring for medarbeidere som vil være involvert i gjennomføringen av denne kontrakten.

Kursbevis/eksamen eller en forpliktelse i offentlige anskaffelser. Annen kunnskap om offentlige anskaffelser må dokumenteres for å kunne bli vektlagt."

- (3) Av konkurransegrunnlagets punkt 3.5 Avtaleforutsetninger fremgår følgende opplysninger om rammeavtalene:

"Det vil bli inngått felles rammeavtale per fagområde for alle, eller noen kommuner, eller separate rammeavtaler med den enkelte kommune.

Det vil bli inngått rammeavtale med en leverandør per fagområde, eller parallelle rammeavtaler med flere leverandører innenfor samme fagområde. Velges det parallelle rammeavtaler inngås det avtale med minimum tre leverandører per fagområde, forutsatt at det er et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud.

Avrop fra parallelle rammeavtaler foretas etter følgende prioritering:

Leverandørene innenfor de parallelle rammeavtalene vil etter oppdragsgivers vurdering ha ulik erfaring og kompetanse innenfor deler av fagområdet. Ved avrop velger oppdragsgiver den leverandør som er best egnet i forhold til oppdragets art og størrelse.

Leverandør er forpliktet til å begynne oppdraget innen en kalenderuke fra bestilling, dersom ikke annet er avtalt.

Minikonkurranser ved parallelle rammeavtaler:

Oppdragsgiver har rett til å gjennomføre minikonkurranser mellom leverandørene i de parallelle rammeavtalene. Tildelingskriterier for oppdrag etter minikonkurranser er totalpris for oppdraget eller totalpris, kompetanse og leveringstid.

Dersom en Leverandøren 3 ganger oppgir å ikke kunne påta seg oppdraget, eller unnlater å gi tilbud ved minikonkurranser vil leverandøren kunne bli ekskludert fra rammeavtalen.

Forbehold:

Oppdragsgiver har rett til å innhente egne tilbud (ikke benytte rammeavtalen) ved oppdrag som overstiger kr 500.000 eks mva, eller oppdrag som oppdragsgiver vurderer til å ha en kompleksitet som tilsier dette formålstjenlig.

Antall rammeavtaler:

Det vil bli inngått rammeavtaler med inntil 6 leverandører innenfor hvert fagområde."

- (4) Fra konkurransegrunnlagets punkt 5,"Generell kvalifisering av leverandøren", hitsettes følgende:

"Økonomiske og tekniske minstekrav

Kvalifikasjonskravene ved denne forespørselen er listet opp nedenfor, og hvilke dokumentasjon som kreves fremlagt for å vurdere om kravene er oppfylt.

[...]

5.6 Tekniske og faglige kvalifikasjoner

- **Kompetanse.**

Leverandøren skal oppgi sin kompetanse med tanke på å gjennomføre rammeavtale/ kontrakter av dette omfang, eller deler av oppgavene.

Kompetansen må opprettholdes i hele avtaleperioden.

Dokumentasjon:

Oversikt over formell faglig kompetanse og erfaring for medarbeidere som vil være involvert i gjennomføringen av denne kontrakten. Leverandøren skal også oppgi eventuell spesialkompetanse innen fagområdet.

CV'er fra medarbeidere som vil bli involvert i oppdraget vedlegges tilbudet.

Tekniske og faglige kompetanse vil også bli tillagt vekt ved tildeling av kontrakt

[...]

5.8 Referanser.

"Dokumentasjon:

Liste over de viktigste leveranser/avtaler av tilsvarende karakter de tre siste år, herunder leveransens verdi og tidspunkt, offentlige eller private mottakere.

Leverandøren skal oppgi skriftlige referanser fra de siste 5 gjennomførte prosjekter, og oppdragsgiver vil innhente opplysninger fra disse, da referanser også er et tildelingskriterium."

(5) Tildelingskriteriene var opplyst i konkurransegrunnlagets punkt 6.1:

"6.1 Følgende kriterier vil bli lagt til grunn ved tildeling

Kriterium	Poengsum
Vektet timepris (se 7.4 Prisskjema)	300
Tjenestekvalitet (pkt. 5.6)	600
Referanseprosjekter (pkt. 5.8.)	100

Beregningsmodell

Vektet timepris, maksimal poengsum 300.

Poeng for høyere tilbud: $300(X/Y)$

der: X = laveste tilbud

Y = aktuelle tilbud

Tjenestekvalitet maksimal poengsum 600

Herunder vurderes:

Teknisk og faglig kompetanse for tilbudt tjenesteoppdrag inklusiv prosjektorganisering og gjennomføring/ressursbruk/kapasitet.

Faglig dyktighet og erfaring på arbeidslaget med prosjektleder og medarbeidere.

Resurser til å gjennomføre de oppdrag som leverandøren har valgt å delta i.

Poeng fastsettes ut fra skjønn. Se punkt 5.6.

Referanseprosjekter maksimal poengsum 100.

Her under vurderes:

Tidligere utførte relevante prosjekter

Poeng fastsettes ut fra skjønn. Se punkt 5.8. ”

- (6) I konkurransegrunnlagets prisskjema punkt 7.3 skulle tilbyderne oppgi de tilbudte medarbeidernes timepriser basert på vedkommendes kompetanse:

”7.3 Prisskjema

Kompetansekategori	Kr./time	Vekt
<i>Spesialrådgiver</i>		5
<i>Prosjekteringsleder</i>		5
<i>Fagansvarlig rådgiver</i>		15
<i>Prosjektmedarbeider</i>		15
<i>Samlet vektet timepris</i>		

Små- og enkeltmannsfirma skal også prise alle kategorier i prisskjema.”

- (7) Tidsfrist for innlevering av tilbud var satt til 9. januar 2009. Det ble inngitt til sammen 49 tilbud fordelt på de ulike fagområdene, deriblant fra Kokkersvold AS (heretter kalt klager). Klager ble ansett kvalifisert til å være med videre i konkurransen, jf. innklagedes anskaffelsesprotokoll datert 6. januar 2009¹.
- (8) Klagers tilbud omfattet fagområdene arkitektur, brannteknikk, byggeteknikk, interiørarkitektur, miljøteknikk, el-teknikk og VVS-teknikk, hvorav de to sistnevnte var inngitt i fellesskap mellom klager og to samarbeidende firma.
- (9) Etter dette innhentet innklagede opplysninger fra de fem oppgitte referansene til hver av tilbyderne. Referansene ble i et skjema bedt om at uttale seg om leverandørene var behovsorientert og løsningsorientert, samt om samarbeideevne, produktkvalitet, punktlighet og ressursbruk.
- (10) I et notat av 20. mai 2009 fastsatte innklagede nærmere retningslinjer for hvordan evalueringen av tilbudene skulle skje. Det hitsettes følgende fra notatet:

”2 Tjenestekvalitet

I pkt 6.1 om valg av leverandør står det at under tjenestekvalitet skal følgende vurderes:

¹ Klagenemnda antar dette er dato for opprettelse av protokollen

"Teknisk og faglig kompetanse for tilbudt tjenesteoppdrag inklusiv prosjektorganisering og gjennomføring/ressursbruk/kapasitet.

Faglig dyktighet og erfaring på arbeidslaget med prosjektleder og medarbeidere.

Resurser til å gjennomføre de oppdrag som leverandøren har valgt å delta i.

Poeng fastsettes ut fra skjønn. Se punkt 5.6."

(11) I pkt. 5.6. som det vises til for vurdering av tjenestekvalitet, står det:

"5.6 Tekniske og faglige kvalifikasjoner

Kompetanse:

Leverandøren skal oppgi sin kompetanse med tanke på å gjennomføre rammeavtale/ kontrakter av dette omfang, eller deler av oppgavene.

Kompetansen må opprettholdes i hele avtaleperioden.

Dokumentasjon:

Oversikt over formell faglig kompetanse og erfaring for medarbeidere som vil være involvert i gjennomføringen av denne kontrakten. Leverandøren skal også oppgi eventuell spesialkompetanse innen fagområde.

CV'er fra medarbeidere som vil bli involvert i oppdraget vedlegges tilbudet. Tekniske og faglige kompetanse vil også bli tillagt vekt ved tildeling av kontrakt."

2.2 Valg av vurderingsmåte

Konkurransegrunnlaget gir klare føringer på hva som skal vurderes, men sier lite om hvordan vurderingen i praksis skal gjennomføres. Stort antall tilbud og fagområder innebar at vurderingen ville bli en stor jobb som måtte fordeles på flere. For å få en mest mulig ensartet vurderingsmåte var det nødvendig å bryte den skjønsmessige vurderingen ned på noen målbare faktorer og ha en metode for hvordan dette skulle gjennomføres. Viktige metodekriterier var at vurderingene kunne dokumenteres/etterprøves og at metoden var forholdsvis enkel og ikke alt for tidkrevende å gjennomføre.

Et annet tema var å finne måter å vurdere på som ikke på en uriktig måte favoriserte store leverandører.

Det antas at leverandørens evne til "...å gjennomføre rammeavtale/ kontrakter av dette omfang, eller deler av oppgavene..." er vesentlig avhengig av to forhold:

1. Kompetansen som tilbys — kapasitet og kvalitet

2. Hvordan ressursene styres

Poengsetting kan skje ved å måle disse to forholdene. Pkt. 1 kan måles ved å se på innsendte CV'er. Direkte måling av pkt. 2 er mer komplekst og tilbudene gir ikke nok informasjon til dette. I stedet er bredden og omfanget av utførte prosjekter og arbeidsområder innenfor det aktuelle fagområdet en indikator og er brukt som vurderingskriterium.

Målingen blir da å poengsette relevante CV-er og prosjekter innen aktuelle kategorier.

2.2.1 CV

Omfang og kvalitet på tilbudt kompetanse er vurdert. Grunnlaget for vurderingen er mottatte CV-er. For å telle med må CV-en være tilstrekkelig relevant i forhold til fagområdet med hensyn på utdannelse og erfaring.

For ikke å favorisere store firmaer på en uriktig måte er det gjort en skalering av poenggivingen.

Rammeavtalene er primært tenkt anvendt på små og mellomstore prosjekter. En leverandør som tilbyr for eksempel 10 ansatte er i denne sammenhengen neppe 5 ganger bedre enn en som tilbyr 2 ansatte.

Ut fra en skjønnsmessig vurdering er det benyttet følgende skala:

<i>Ansatte</i>	<i>Poeng/100</i>	<i>Poeng</i>	<i>Diff</i>	<i>[...]</i>
<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>		
<i>1</i>	<i>1</i>	<i>100</i>	<i>100</i>	
<i>2</i>	<i>1,6</i>	<i>160</i>	<i>60</i>	
<i>3</i>	<i>1,85</i>	<i>185</i>	<i>25</i>	
<i>4</i>	<i>1,95</i>	<i>195</i>	<i>10</i>	
<i>5</i>	<i>2</i>	<i>200</i>	<i>5</i>	
<i>6</i>	<i>2</i>	<i>200</i>	<i>0</i>	
<i>7</i>	<i>2</i>	<i>200</i>	<i>0</i>	

“2.2.2 Prosjekter, arbeidsområder

For byggtekniske fag er det gitt poeng for utførte prosjekter innenfor følgende kategorier byggverk:

- Skoler/undervisning*
- Sykehjem/sykehus*
- Kontor/næring*
- Boliger*
- Ombygging/rehabilitering*

Også her er det gjort en skalering i forhold til antallet. To gjennomførte sykehjem er bedre enn ett, men neppe dobbelt så bra. Det er benyttet følgende skala for poengsetting innenfor hver kategori av prosjekter:

<i>Antall prosjekt</i>	<i>Poeng</i>
<i>1</i>	<i>60</i>
<i>2</i>	<i>90</i>
<i>>2</i>	<i>100</i>

Alle kategoriene byggverk poengsettes, men bare de tre beste er tatt med i sluttsummen. Dette ut fra at en skjønnsmessig vurdering om dette er en tilstrekkelig bredde.

For kommunalteknikk og andre fag utenom de byggtekniske er det brukt lignende vurderingsmåter, men med en annen kategorisering. For noen fag er det anvendt en mer skjønnsmessig betraktning for denne delen av poenggivingen."

- (12) I innklagedes tildelingsbrev datert 27. mai 2009 ble klager informert om at selskapet ble tildelt rammeavtale for VVS-teknikk og el-teknikk. Klager ble gitt avslag på de øvrige kontraktene i brev fra innklagede av 27., 28. og 29. mai, samt 3. juni 2009.
- (13) Det hitsettes følgende fra avslagsbrev av 27. mai 2009 til klager vedrørende fagfeltet arkitektur:

"En av leverandørene som oppnår rammeavtale har kun gitt tilbud til Porsgrunn kommune, derfor vurderes Deres tilbud mot tilbud nr. 7.

De økonomiske mest fordelaktige tilbud er valgt ut fra disse kriteriene:

Vektet timepris (300 poeng):

Tilbud nr. 7 har en vektet timepris som ligger 10 til 15 % over Deres tilbud.

- Tjenestekvalitet (600 poeng):

Tilbud nr. 7 tilbyr 7 medarbeidere (5 sivilarkitekter, 1 sivilingeniør og 1 prosjektmedarbeider) for gjennomføring av rammeavtalen, og som vil være involvert i gjennomføringen av enkelt kontrakter i avtaleperioden. Her blir Deres firma med 3 medarbeidere (1 sivilarkitekt, 1 sivilingeniør og 1 prosjektmedarbeider) vurdert med et lavere antall poeng (200/165 poeng).

Tilbudt kompetanse og erfaring i tilbud nr. 7 vurderes til å ha noe bedre relevans i forhold til fagområde enn Deres tilbud (60/50 poeng).

Tilbud nr. 7 og Deres tilbud vurderes å være ulike på utførte oppdrag som vil bli etterspurt i avtaleperioden.

Deres tilbud er vurdert til 290 poeng mot tilbud nr. 7 på 300 poeng.

Tilbud nr. 7 er vurdert totalt på tjenestekvalitet til en skår på 560 poeng mot en skår for Deres firma på 505 poeng.

- Referanseprosjekter (100 poeng):

Leverandørene har oppgitt skriftlige referanser fra sine siste gjennomførte prosjekter.

GKI har foretatt en spørreundersøkelse om fagfeltet arkitektur til leverandørenes referanser.

Spørsmål om leverandørens evne til å være behovsorientert og løsningsorientert. Ha nødvendig samarbeidsevne og punktlighet, og prosjektgjennomføring med god resursbruk og kvalitet.

Tilbud nr. 7 og Deres tilbud gis likt antall poeng i denne undersøkelsen (75/75 poeng).

Total vurderes tilbud nr. 7 mot Deres tilbud til en høyere poengsum (839,5/813,0 poeng)."

- (14) Tildelingen ble påklaget av klager den 30. juni 2009. Det hitsettes følgende fra klagen:

"Å sette opp et evalueringssystem som poengmessig favoriserer antall innsendte CV'er vitner om lite kunnskap og forståelse for hvordan et lite/mellomstort rådgiverkontor

fungerer og prosjektene gjennomføres i praksis. På de mindre rådgiverkontorene jobbes det mye tverrfaglig, og det er vanlig at flere medarbeidere er involvert i flere av prosjektene som kontoret har. Allikevel er det mest vanlig å sende CV'er til nøkkelpersonell i et tilbud, og ikke CV'ene til alle på hele kontoret som kan tenkes å bli involvert i en jobb i større eller mindre grad på tvers av fagdisiplinene.

Vi visste ikke da vi ga tilbudet, at antall CV'er skulle bli direkte tellende for Kokkersvold AS' score i konkurransen. Det fremgår heller ikke av konkurransegrunnlaget. Hadde vi visst dette, ville vi selvfølgelig sendt med CV'er for alle ansatte.

Undertegnede ringte Eilev Grave i forkant av tilbudsfristen nettopp for å spørre om det var behov for å sende med alle CV'er til alle ansatte på kontoret, og fikk til svar at det var det ikke i første omgang, og at vi evt skulle få muligheten til å ettersende CV'er dersom det ble nødvendig. Dette fikk vi ikke anledning til og har dermed endt opp med å f.eks kun få 2 "gjeldende" CV'er for RIB under evalueringen, når vi i realiteten er 5 som arbeider med dette som fagfelt til daglig."

- (15) Klagen ble avvist i brev fra innklagede av 8. juli 2009, hvor innklagede også opprettholdt tildelingsbeslutningen.
- (16) Saken ble fremmet for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 21. august 2009.
- (17) Innklagede avventer kontraktsinngåelse for arkitekttjenester inntil klagen er behandlet av klagenemnda. Det er inngått kontrakt for de øvrige fagområder i samsvar med tildelingsbeslutningen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Tildelingskriteriet "pris"

- (18) Klager anfører at innklagede ved bruk av en uegnet evalueringsmodell for tildelingskriteriet "pris", har brutt de grunnleggende kravene til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5. Evalueringsmodellen er heller ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tilslutt er vurderingen også vanskelig å etterprøve all den stund timeprisene er hemmeligholdt.
- (19) Klager viser til at prisskjemaet ikke differensierer mellom hvilke timepriskategorier som vil være mest benyttet ved de enkelte oppdrag. Ved å bruke en gjennomsnittsberegning av timeprisene vil lav timepris for mindre benyttede ansatt-kategorier gi et svært gunstig innslag på totalprisen, uten at oppdragene som sådan vil bli billigere for innklagede. Den vektete timepris gjenspeiler dermed ikke den faktiske timeprisen som blir benyttet ved oppdragene. Klager anfører også at modellen, som tar utgangspunkt i laveste pris, er enkelt manipulerbar.
- (20) Klager viser videre til at det ikke gikk frem av konkurransegrunnlaget at prisskjemaet skulle evalueres som beskrevet i innklagedes notat av 20. mai 2009, og evalueringen er også på dette grunnlaget i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Tildelingskriteriet "tjenestekvalitet"

- (21) Klager anfører at innklagede ved å evaluere tildelingskriteriet "tjenestekvalitet" ut fra antall innsendte CV'er og antall oppgitte referanseprosjekt, har brutt de grunnleggende

kravene til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet, likebehandling, gjennomsiktighet, proporsjonalitet og etterprøvnbarhet i lovens § 5.

- (22) Klager anfører at det er i strid med kravet til forutberegnelighet at det ikke fremkommer av konkurransegrunnlaget at antall tilbudte medarbeidere i hver kategori og antall oppgitte referanseprosjekter i bestemte kategorier, ville være avgjørende for innklagedes evaluering av kriteriet "*tjenestekvalitet*". Det var ikke påregnelig at antallet i seg selv ville være utslagsgivende for evalueringen av tildelingskriteriet.
- (23) Klager viser til at evalueringsmodellen gir en leverandør med minst 5 relevante CV'er maksimal uttelling, uavhengig av det innsendte personells kvalitet utover stillingskategori. Dette er både i strid med kravet til forutberegnelighet, og uegnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det vises videre til at foretak med et høyere antall ansatte vil score bedre enn mindre foretak. Større foretak favoriseres, og beregningsmåten er således også på denne bakgrunn uegnet til å måle tilbydernes kvalitet. Det vises også til at en av de andre tilbyderne i konkurransen, som representerer ett av de større elektromiljøene i Norge, også har klagt på innklagedes evaluering av tildelingskriteriet "*tjenestekvalitet*". Denne leverandøren sendte kun inn tre CV'er, noe som underbygger påstanden om at evalueringsmodellen var upåregnelig.
- (24) Det vises til at det heller ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget hvilke typer referanseprosjekter det ville bli foretatt en opptelling av. Videre er innklagedes skille mellom ulike typer bygg, jf. innklagedes notat av 20. mai 2009, lite relevant da bærekonstruksjonene i hovedsak er de samme i de ulike prosjektkategoriene innklagede har valgt. Andre typer bygg og anlegg og områder som krever særskilt kompetanse er ikke fanget opp av modellen.
- (25) Klager anfører at innklagede har gitt en misvisende opplysning, som har hatt direkte konsekvens for utfallet i konkurransen. Det vises til at innklagede opplyste på telefon at det ikke var nødvendig å sende inn CV for alle ansatte som kunne bli involvert i oppdragene, samt at man ville bli gitt anledning til å ettersende disse om nødvendig.
- (26) Klager anfører subsidiært, forutsatt at klagenemnda kommer til at kravene til forutberegnelighet er ivaretatt, at evalueringsmodellens utforming hvor det kreves fem sivilingeniører for å oppnå full score på "*tjenestekvalitet*", er uproporsjonal i forhold til de kontrakter som er utlyst. Det er ikke tillatt å kreve høyere kompetanse på et oppdrag, enn hva som er nødvendig for å gjennomføre kontrakten. Det vises til at alle avrop vil være under kr 500 000. Det er således nærmest utenkelig at det på et oppdrag vil være behov for 5 sivilingeniører, som på enkelte punkt er nødvendig for å oppnå full score i evalueringsskjemaet. Et foretak av klagers størrelse håndterer alltid en rekke oppdrag samtidig, og selskapet kunne unnlate å inngi tilbud i en minikonkurranse dersom klager ikke skulle ha kapasitet. Ut fra de utlyste kontrakter kan klager imidlertid ikke se at dette skulle være noe problem. Klager kom derfor dårligere ut på kvalitet enn selskapets faglige kvalitet skulle tilsi.
- (27) Klager viser videre til at innklagede gjennom kvalifiseringen har tilkjennegitt hvilke foretak som anses kvalifisert. Det var da stilt krav om fem ansatte sivilingeniører, deltakelse i tre skoleutbygginger og tre sykehjemsutbygginger. Dette er uproporsjonalt og evalueringsmodellen er på denne bakgrunn også uegnet til å identifisere hvilke tilbud som har best kvalitet.

Kvalifikasjonsvurdering vs. tildelingsvurdering

- (28) Klager anfører at innklagede ved en ulovlig sammenblanding av kvalifikasjonsvurderingen og tildelingskriteriene "*tjenestekvalitet*" og

"referanseprosjekter" i konkurransen har brutt de grunnleggende kravene til forsvarlig saksbehandling, forutberegnelighet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet lovens § 5.

- (29) Klager anfører at det er foretatt en ulovlig anvendelse av tildelingskriterier. Det vises til at det i tildelingskriteriene *"tjenestekvalitet"* og *"referanseprosjekter"* er sterke element av kvalifikasjonskrav. Det vises til at erfaring, antall ansatte og lignende ikke er en del av tildelingskriteriene, og tilsvaret gir grunnlag for å konkludere med at det faktisk har blitt foretatt en vektlegging av tilbydernes erfaring og personell ved tildelingen.
- (30) Det følger av tidligere klagenemndspraksis at de samme vurderingene ikke skal telle med flere ganger, samtidig som tildelingskriteriene må være knyttet direkte opp mot kontraktsgjennomføringen, og ikke faglig kompetanse som sådan, jf. klagenemndas sak 2008/120.
- (31) Klager viser til at referanseprosjekter i stor grad synes å ha blitt vektlagt på samme måte ved kvalifikasjonsvurderingen, jf. konkurransegrunnlagets punkt 5.8 og evalueringen av tildelingskriteriet *"referanseprosjekter"*. Det foreligger også en sammenblanding av kvalifikasjonsvurderingen i konkurransegrunnlaget punkt 5.6 og evalueringen av tildelingskriteriet *"tjenestekvalitet"*.
- (32) Når et foretak først anses som kvalifisert, er det upåregnelig at det deretter i tildelingsomgangen vil foretas en gradering av foretakene som i all hovedsak vil bestå i en rangering etter foretakenes størrelse. Dette må innebære en ulovlig sammenblanding av tildelingskriterier og kvalifikasjonskriterier.

Erstatning

- (33) Klagenemnda bes uttale seg om det foreligger grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteresse for fagene hvor kontrakt er inngått.

Innklagedes anførsler:

Tildelingskriteriet "pris"

- (34) Innklagede bestrider at den foretatte evalueringen av tildelingskriteriet *"pris"* er i strid med regelverket. Det vises til at det fremgår av konkurransegrunnlagets prisskjema i punkt 7.3 at oppdragsgiver har vurdert hvilke ansatte-kategorier som får mest økonomisk betydning i oppdragene. Innklagede har vurdert at *"fagansvarlig rådgiver"* og *"prosjektmedarbeider"* utgjør hovedtyngden av det arbeid som skal utføres, og ønsket derfor å vekte disse medarbeideres timepris høyest. Det ligger innenfor oppdragsgivers skjønn å bestemme hvilke sider av tilbudene man ønsker å tillegge størst vekt, og følgelig ha størst konkurranse om. Evalueringsmodellen som er valgt tilfredsstiller kravene om at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, og identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra tjenesten oppdragsgiver skal anskaffe. Oppdragsgiver har vurdert hvilke priselementer som etter beste skjønn får mest økonomisk betydning i de oppdrag det etterspørres tjenester til og angitt vektning i tråd med dette.
- (35) Det ligger til oppdragsgivers skjønn å avgjøre hvilken modell som skal benyttes ved evaluering av tildelingskriteriet *"pris"*. Det avgjørende for hvorvidt modellen er lovlig er om modellen fanger opp relevante forskjeller i prisen, noe innklagedes modell gjør.
- (36) Innklagede bestrider at den gjennomførte evalueringen av tildelingskriteriet *"pris"* ikke er forutberegnlig. Innklagede viser til at notatet av 20. mai 2009 ikke gir noen nærmere retningslinjer for poengsetting av priskriteriet. Modellen fremgår av

konkurransegrunnlagets punkt 6.1 samt prisskjemaet i konkurransegrunnlaget punkt 7.3. Deretter er laveste vektet tilbudspris referanseutgangspunkt for de øvrige tilbydernes priser, som så er poengsatt etter modellen i 6.1. Poengsettingen er utført i tråd med konkurransegrunnlagets angivelse av dette.

Tildelingskriteriet "tjenestekvalitet"

- (37) Klagers anførsel om at det kun er antall CV'er som har hatt betydning ved evalueringen av tildelingskriteriet "tjenestekvalitet", bygger på en misforståelse.
- (38) Innklagede viser til at det i konkurransegrunnlagets punkt 6.1 er beskrevet hvordan bedømmelsen av tildelingskriteriet skal skje. "Tjenestekvalitet" er bedømt etter hvor mange relevante prosjekter tilbydernes medarbeidere har deltatt i, den enkeltes spesialkompetanse på bestemte områder, og den kapasitet og teamkompetanse som er tilbudt. Det er altså ikke kun antall CV'er som har hatt betydning, men det er foretatt en grundig og bred vurdering av den kompetanse og kapasitet/ressurs som er tilbudt.
- (39) Innklagede bestrider at evalueringsmodellen ikke er egnet til å måle kvalitet på tilbudene og forskjellene tilbudene i mellom. Når oppdragsgiver har valgt å lage en underskala hvor fem personer med relevant kompetanse utgjør toppen av skalaen – maks 200 poeng, er det nettopp fordi dette gir et korrekt bilde av den økonomiske betydningen for "kompetanse og kapasitetssiden" av denne delen av kriteriet. Skalaen skiller i tilstrekkelig grad tilbudene fra hverandre, og den valgte modell hvor fem personer gir maks poeng på denne delen av bedømmelsen, er fornuftig og egnet.
- (40) Innklagede anfører at det ved bedømmelsen av medarbeidernes kvaliteter (teknisk og faglig kompetanse) er adgang til å vektlegge hvilke og hvor mange relevante prosjekter de tidligere har deltatt i. Innklagede har under tildelingskriteriet "tjenestekvalitet" vurdert hvor mange relevante oppdrag tilbyderne har vært med på, vist gjennom beskrivelse og CV'er. Dette sier noe om hvor god erfaring de har med den type oppdrag som rammeavtalen vil kunne utløse
- (41) Innklagede bestrider at modellen er uproporsjonal. Det vises til at det også vil kunne bli oppdrag på over 500 000 kroner, og det kan bli flere oppdrag ute samtidig, som medfører at denne kapasiteten er relevant.
- (42) Innklagede bestrider videre at konkurransegrunnlaget ikke beskriver godt nok betydningen av antall medarbeidere ved bedømmelsen av tilbudene. Det henvises til konkurransegrunnlagets punkt 6.1. under "tjenestekvalitet", der det fremgår uttrykkelig at de medarbeiderne som vil bli involvert i oppdragene, vil bli bedømt.
- (43) Det anføres tilslutt at innklagede, i samsvar med regelverket, har oppgitt tildelingskriteriene som tilbudene skal bedømmes etter, samt den relative vekten disse skal ha. Innklagede hadde ikke laget den konkrete modellen for den skjønnsmessige vurderingen før konkurransen ble kunngjort.

Kvalifikasjonsvurdering vs. tildelingsvurdering

- (44) Innklagede anfører at det ikke foreligger noen sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i denne konkurransen. Ved evalueringen er det lagt til grunn at regelverket ikke stenger for at en tilbyders kvalitative evne kan inngå i, og ha betydning for, tilbudets kvalitative økonomiske side, så lenge de forhold som vurderes under tildelingsevalueringen er noe mer og noe annet enn det som vurderes under kvalifikasjonsvurderingen. Innklagede fremholder at innholdet i kvalifikasjonskravene og måten disse skulle bedømmes på, samt beskrivelsen av tildelingskriteriene kunne

vært enda tydeligere beskrevet i konkurransegrunnlaget, men det avgjørende er uansett den konkrete anvendelsen av kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene.

- (45) Innklagede viser til at det under punkt 5.6 ble vurdert om leverandøren hadde tilstrekkelige faglige kvalifikasjoner til å utføre oppdragene. Det ble vurdert om den samlede kompetanse den enkelte leverandør hadde tilbudt, var god nok til at leverandøren var egnet til å kunne gjennomføre kontrakter av det omfang som er tenkt utført under rammeavtalen. Dette var en overordnet vurdering som skjedde før bedømmelsen av tilbudene.
- (46) I bedømmelsen av tildelingskriteriet "*tjenestekvalitet*" var det en annen og mer omfattende vurdering som ble foretatt. Det vises til beskrivelsen i premiss (36) følgende. Innklagede vurderte om den enkelte persons spesielle og oppdragsrelevante kvalifikasjoner nærmere, jf. konkurransegrunnlagets punkt 6.1. De relative forskjellene mellom tilbudene kom ikke til uttrykk i kvalifikasjonsomgangen, mens det ved den nærmere bedømmelsen av den enkelte medarbeider, fremkom hvordan tilbudene skilte seg fra hverandre relatert til de oppdrag rammeavtalene skal utløse. Fremgangsmåten som er valgt er egnet til å bedømme hvordan tjenestekvaliteten vil ha betydning for kontraktsgjennomføringen.
- (47) Innklagede anfører videre at tildelingskriteriet "*tjenestekvalitet*" ikke inneholder kvalifikasjonskrav, men at kravet om fem ansatte sivilingeniører, tre sykehjem/sykehjemsutbygninger siste år mv., er en angivelse av en poengskala som innklagede har brukt for å skille tilbudenes kvalitet fra hverandre.
- (48) Innklagede deler ikke klagers oppfatning av at det ikke er adgang til å vektlegge størrelsen på tilbyders team som et tildelingskriterium. Innklagede oppfatter Lianakisdommen og klagenemndas sak 2008/120 dit hen at det kan legges vekt på alle sider ved tilbudet så lenge det er relevant for gjennomføringen av det oppdrag konkurransen gjelder. Forhold av betydning for å vurdere egnetheten til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene skal vurderes i kvalifikasjonsfasen, mens forhold med tilknytning til kontraktsgjenstanden skal vurderes i tildelingsfasen. Det kan ikke slutes generelt av dette at antall ansatte er irrelevant for kvaliteten av leveransen.
- (49) Innklagede bestrider videre at det er foretatt en ulovlig sammenblanding av tildelingskriterier og kvalifikasjonskriterier ved evalueringen av referanser.
- (50) I kvalifikasjonsomgangen er det vurdert om leverandøren hadde tilstrekkelige kvalifikasjoner og således var egnet til å gjennomføre de oppdrag som var etterspurt. Denne overordnede vurderingen tok utgangspunkt i de kvalifikasjonskrav som var satt, holdt opp mot den kompetanse og relevante erfaring den enkelte leverandør hadde presentert i listen over prosjekter tre siste år, jf. konkurransegrunnlagets punkt 5.8 "*referanser*", under "*dokumentasjon*". Utgangspunktet for denne vurderingen var de prosjekter som tilbyder hadde oppgitt under dette punktet. Her så innklagede på omfang og relevans av prosjektene, og vurderte om dette kunne lede til at kvalifikasjonene var gode nok. Denne vurderingen ble foretatt før bedømmelsene av tilbudene som sådan.
- (51) I tildelingsomgangen ble de konkrete referanser som var oppgitt, jf. konkurransegrunnlagets punkt 6.1 "*referanseprosjekter*", bedømt, hvor det med henvisning til dokumentasjonskravet oppgitt i punkt 5.8 siste setning ble etterspurt skriftlige referanser for siste fem gjennomførte prosjekter. Innklagede sendte på dette stadiet av evalueringen ut et skjema til hver oppgitte referanseperson som ble bedt om å poengsette nærmere elementer som oppgitt, med en veiledning for hvordan bedømmelsen skulle skje. Det fremgår av skjemaet at tilbydernes evne til

problemløsning, presisjonsnivå mv skulle poengsettes. Disse poengene ble deretter lagt sammen og gitt vektet poeng etter en tabell, med maksimal score på 100 poeng. Denne bedømmelsen av disse referanseprosjektene ble foretatt etter kvalifikasjonsomgangen, og kun benyttet i tildelingsomgangen.

Erstatning

- (52) Innklagede anfører at det ikke foreligger brudd på regelverket, og avviser at det foreligger grunnlag for erstatning.
- (53) Under enhver omstendighet anføres det at det foreligger manglende årsakssammenheng mellom et eventuelt tap og bruddet. Klager er tildelt to kontrakter i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (54) Klager har deltatt i konkurransen for fagområdene arkitektur, brannteknikk, byggeteknikk, interiørarkitektur, miljøteknikk, el-teknikk og VVS-teknikk, og har dermed kun saklig klageinteresse for disse fagområdene, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagenemndas behandling av klagen er begrenset til de fagområdene klager har saklig klageinteresse. Klagen er rettidig.
- (55) Anskaffelsen følger etter sin oppgitte verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (56) Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å ta stilling til om det foreligger et ulovlig tildelingskriterium.

Påstanden om ulovlige tildelingskriterier

- (57) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig sammenblanding og anvendelse av tildelingskriteriene og kvalifikasjonskriteriene knyttet til hhv tildelingskriteriet "Tjenestekvalitet" og kvalifikasjonskravet til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner, og tildelingskriteriet "Referanseprosjekter" og kvalifikasjonskravet til tilbydernes "Referanser". Det er vist til at det er de samme forhold som har vært vurdert under hhv tildelingsvurderingen og kvalifikasjonsvurderingen. Etter klagers oppfatning må dette medføre en plikt til å avlyse konkurransen for arkitekttjenester, da det her ennå ikke er inngått kontrakt. Klagenemnda forstår klagers anførsel dit hen at det anføres at tildelingskriteriene "Tjenestekvalitet" og "Referanseprosjekter" må anses ulovlige da det etter disse skal foretas en vurdering av de samme forhold som de som skal vurderes under kvalifikasjonsvurderingen av kvalifikasjonskravene til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner og kvalifikasjonskravet "Referanser". Klagenemnda vurderer først om tildelingskriteriet "Referanseprosjekter" må anses ulovlig på dette grunnlag.
- (58) Av forskriftens § 20-1 sammenholdt med § 22-2 følger at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører skal knyttes til egenskaper ved leverandøren, mens tildelingskriteriene skal knyttes til egenskaper ved leveransen. Dette betyr at selv om det ofte vil kunne være en sammenheng mellom kvalifikasjoner og innholdet av leveransen, er ikke dette tilstrekkelig for å bruke kriterier knyttet til kvalifikasjoner som tildelingskriterium. Det må i tillegg kreves at dette relateres til leveransens innhold. En ren henvisning til erfaring eller gjentakelse av krav til kvalifikasjoner vil derfor normalt ikke være lovlig, jf. klagenemndas uttalelser i blant annet sakene 2008/92 premiss (90), 2008/136 premiss (80) og 2008/199 premiss (13).
- (59) EF-domstolen tok i et obiter dictum opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). Etter at

"Lianakis"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier, se for eksempel ovennevnte saker 2008/92 og 2008/136, samt sakene 2008/189, 2008/120, 2008/163 og 2009/88. 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 knyttes til innhold og fullføring av den konkrete anskaffelse gjennom vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, og ikke bare til leverandørens kvalifikasjoner generelt. I dette ligger blant annet at de forhold som vurderes må knyttes til den konkrete anskaffelsen og ha betydning for verdien av tilbudene for oppdragsgiver. Nemnda har tidligere lagt til grunn dette ikke har vært tilfellet dersom vurderingen av tilbudets kvaliteter er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. klagenemndas saker 2008/120 premiss (41), 2008/92 premiss (97) og 2009/80 premiss (28).

- (60) I den aktuelle sak skulle kvalifikasjonskravet "Referanser", jf. konkurransegrunnlagets punkt 5.8, dokumenteres med en "Liste over de viktigste leveranser/avtaler av tilsvarende karakter de tre siste år, herunder leveransens verdi og tidspunkt, offentlige eller private mottakere." Videre skulle leverandøren også "oppgi skriftlige referanser fra de siste 5 gjennomførte prosjekter". Det fremgikk tilslutt at oppdragsgiver ville innhente opplysninger fra de oppgitte referansene, "da referanser også er et tildelingskriterium." For tildelingskriteriet "Referanseprosjekter", er det oppgitt at "Tidligere utførte relevante prosjekter" skal vurderes, og at "Poeng fastsettes ut fra skjønn. Se punkt 5.8."
- (61) Klagenemnda finner at de forhold som synes å skulle bli vurdert ved tildelingskriteriet "Referanseprosjekter" er lik de forhold som synes å skulle bli vurdert under kvalifikasjonskravet "Referanser". Slik punkt 6.1 er formulert skal alle relevante tidligere utførte oppdrag vurderes i tildelingsevalueringen. I kvalifikasjonsvurderingen skal de viktigste leveransene de tre siste årene vurderes, samt at leverandøren skal oppgi skriftlige referanser fra sine 5 siste prosjekt. Prosjektene det her er tale om må etter nemndas oppfatning i stor grad anses sammenfallende. Videre vil nemnda også anta at de viktigste leveransene de tre siste årene, også til dels vil kunne være sammenfallende med leverandørens 5 siste prosjekt. Det er videre også vist til kvalifikasjonskravet i beskrivelsen av tildelingskriteriet, og vice versa, noe som også taler for at det her er tale om de samme forhold.
- (62) Klagenemnda er etter dette kommet til at de forhold som naturlig skal vurderes under tildelingskriteriet "Referanseprosjekter" er de samme som de forhold som skal vurderes etter kvalifikasjonskravet "Referanser". Tildelingskriteriet "Referanseprosjekter" må derfor anses ulovlig, jf. forskriftens § 20-1.
- (63) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriftens § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium vil ha en plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas saker 2009/19, 2008/217, 2008/120, 2008/92 og 2009/88.

Klagers øvrige anførsler.

- (64) Da Grenlandkommunenes innkjøpsenhet skulle avlyst konkurransen, finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på klagers øvrige anførsler.

Erstatning

(65) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kan foreligge.

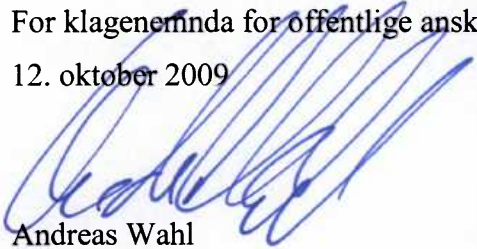
Konklusjon:

Grenlandkommunenes innkjøpsenhet har brutt forskriftens § 20-1 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium, benevnt "*Referanseprosjekter*".

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

12. oktober 2009



Andreas Wahl