



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av avtale på prosjektering av omsorgsboliger i Olderdalen. Klagenemnda fant at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium som gjaldt "Faglig kompetanse til prosjektgruppen", og at innklagede dermed skulle ha avlyst konkurransen. På denne bakgrunn fant klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 2. november 2009 i sak 2009/82

Klager: AR-ING AS

Innklaget: Kåfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Kåfjord kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. januar 2009 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av avtale på prosjektering av omsorgsboliger i Olderdalen. Innklagede benyttet forenklet kunngjøring i Doffin. Av den innsendte dokumentasjon fremgår at innklagedes administrasjon sørget for å utarbeide saksfremstilling for valg av tilbyder til formannskapet som dermed fattet et endelig vedtak.
- (2) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fem tilbud, herunder tilbud fra AR-ING AS (heretter kalt klager) og ARKTOS Arkitektur AS.
- (3) Av konkurransegrunnlagets punkt "A. TILBUDSINNBYDELSE" fremgår blant annet dato for befarings- og instruksjoner til tilbyderne vedrørende levering av tilbud.
- (4) Av Konkurransegrunnlagets punkt "B. SAMMENDRAG AV TILBUDET", fremgår tilbudsskjema, herunder utfylling av tilbudssum, leveringstid, sentral/lokal godkjenning, regningsarbeider og underrådgivere.
- (5) Konkurransegrunnlaget inneholder videre punkt "C. LISTE OVER VEDLEGG".
- (6) Fra konkurransegrunnlaget "E. ORIENTERING OM PROSJEKTET" hitsettes følgende:

"Kåfjord kommune skal bygge fire omsorgsboliger for psykiatrisk helse. Planleggingsarbeidet igangsettes med sikte på å bygge avlastingsbolig og omsorgsboliger med til sammen fem boenheter i Olderdalen.

Ytre Kåfjord eldresenter kan, med ombygginger av leilighetene til omsorgsboliger og ombygging av fellesarealet til avlastningsbolig, bygges om til

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

omsorgsbolig/avlastningsbolig for psykisk utviklingshemmede. Tilgjengelighet i og til bygget og uteområdet må tilpasses funksjonshemmede.

Det er ønsket at disse boligene skal bygges i løpet av 2009/10. Bygging vurderes gjennomført i samarbeid med boligstiftelsen Ungbo, som uavhengig av prosjektet vurderer å bygge to av boenhetene som er angitt i romprogrammet.

Eksisterende bygg må ombygges og tilpasses i forhold til brukerbehov og krav til universell utforming, samt krav i ny Byggforskrift og i forhold til brannsikkerhet, energi og inneklima. Nåværende bygning har et bruksareal på 510m², fordelt på to plan.

Prosjekteringen skal gjennomføres av en sammensatt prosjekteringsgruppe fra aktuelle fagområder, og ledes av RIA. ”

- (7) Fra konkurransegrunnlaget ”F. TILBUDSREGLER” hitsettes følgende om tildelingskriteriene:

”4. Det økonomisk mest fordelaktige anbudet vil bli valgt ut fra en helhetsvurdering. Ved vurdering av tilbudene følges følgende kriterier, i prioritert rekkefølge:

Referanser 40 %

Pris 25 %

Faglig kompetanse til prosjektgruppen 20 %

Leveringstid 15 %

Vekting vil der det er mulig gjennomføres etter ”beste tilbyder”-prinsippet. Ved vurdering av pris vil øvrige priser måles mot beste pris, ved leveringstid vil øvrige leveringstider måles mot korteste leveringstid. For referanser og faglig kompetanse gjennomføres en skjønnsmessig vekting basert på gjennomgang av dokumentasjon, på en skala fra 1-10, deretter målt mot ”beste” kompetanse og referanser. For referanser sin del vil arkitektonisk uttrykk bli vurdert i samarbeid med sivilarkitekt. Hvert kriterium vil etter måling mot beste tilbyder gi en score på mellom 0,00 og 1,00. Til sist vil score bli vektet i henhold til fordeling mellom kriteriene. Eks: Beste tilbyder på kompetanse vil få score 1,00. Vektet vil dette gi en score på 0,40.”

[...]

- (8) Av konkurransegrunnlagets punkt ”G. KONTRAKTSBESTEMMELSER” fremgår at NS8401 er gjeldende for oppdraget.
- (9) Følgende hitsettes fra konkurransegrunnlaget ”1. GENERELT”:

Kvalifikasjonskrav:

Organisasjon:

Foretaket skal være lovlig etablert – firmaattest vedlegges tilbudet

- Tilsvarende gjelder for underrådgivere og samarbeidende foretak

Foretaket skal ha oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og MVA – skatteattester vedlegges tilbudet

Foretaket skal oppfylle lovbestemte krav til HMS – HMS-erklæring vedlegges tilbudet

Faglig kapasitet og kompetanse:

Faggruppen for prosjekteringen skal ha god kompetanse og erfaring på aktuelle fagområder, med akademisk kompetanse minst på bachelornivå (høgskoleingeniør) – CV med oversikt over akademiske og faglige kvalifikasjoner for deltakere i prosjektet vedlegges tilbudet

Prosjektgruppen skal bestå av minimum; Sivilarkitekt, sivilingeniør med byggkompetanse, eller høgskoleingeniør med byggkompetanse og lang praktisk erfaring, ingeniør med EL-kompetanse, ingeniør med VVS-kompetanse. Der foretaket selv ikke har den nødvendige kompetansen skal det angis hvilket foretak man vil innhente denne kompetansen hos, som underrådgivere. Ved vurderingen av kompetansen i prosjektet vil de fire nevnte i prosjektgruppen bli vurdert.

Referanser:

Prosjektgruppen skal ha erfaring fra minst tre omsorgsbolig/omsorgssenter i løpet av de siste 5 år – liste med oversikt over tre relevante prosjekter skal angis, med oppdragsgiver, kontaktperson hos denne (navn, e-post, telefon), størrelse på prosjektet og tidspunkt for gjennomføring. Dersom det sendes inn en uttømmende liste skal det gå klart fram hvilke tre prosjekter som skal benyttes til referanse. RIA skal minst ha erfaring fra ett av de tre prosjekter som er listet opp. Det er ikke krav om at prosjektene skal være fullført (bygd).

Referanseprosjektenes arkitektoniske uttrykk vil være veiledende for hva byggherre kan forvente seg av prosjektgruppen. Det skal derfor vedlegges plan, fasade- og perspektivtegninger (og evt. bilder fra prosjektene). Byggherre vil vurdere oversendt materiale i samråd med sivilarkitekt. Materialet vil utgjøre 50 % av vurderingen av referanser,

RIA skal være prosjekteringsleder, og skal sette sammen sin prosjekteringsgruppe med prosjekterende fra alle nødvendige fagområder. Tilbudet gis samlet for alle prosjekteringsområder.”

- (10) Fra anskaffelsesprotokollen av 27. februar 2009 fremgår det at klager hadde laveste pris, og det hitsettes følgende:

”TILBUDSÅPNING

Ved tilbudsfristens utløp var det mottatt følgende rettidige innkomne tilbud:

1 LINK Signatur team Alta

Pris: 1.150.000 inkl mva, 16 uker prosjekteringstid

Dokumentert krav til kompetanse, vedlagt dokumentasjon av referanseprosjekter

2 ByggTjeneste AS

Pris: 1.018.750,- inkl. mva 8 uker prosjekteringstid

Dokumentert krav til kompetanse, vedlagt dokumentasjon av referanseprosjekter

3 AR-ing AS

Pris: 803.750,- inkl. mva., 12 uker prosjekteringstid, ikke vedlagt dokumentasjon av referanseprosjekter

4 Stein Halvorsen AS

Pris: 1.750.000,- inkl. mva., 24 uker prosjekteringstid

Dokumentert krav til kompetanse, vedlagt dokumentasjon av referanseprosjekter

5 ARKTOS ARKITERKTUR AS

Pris: 1.147.500,- inkl. mva., 25 uker prosjekteringstid

Dokumentert krav til kompetanse, vedlagt dokumentasjon av referanseprosjekter

- (11) Formannskapet vedtok 3. april 2009 innstillingen om å tildele til ARKTOS Arkitektur AS (heretter kalt valgte leverandør), og dette ble meddelt tilbyderne samme dag. Fra administrasjonens saksframlegg til formannskapet hitsettes følgende:

”Alle tilbydere har lagt ved dokumentasjon krevd i forskrift om offentlige anskaffelser (firmaattest, HMS-erklæring etc.) AR-ing AS ble gitt en kort frist til å gi supplerende informasjon om sine referanseprosjekter.

Det er i forbindelse med dette prosjektet spesielt vektlagt referanser og arkitektonisk uttrykk, i motsetning til tidligere prosjekter der hovedfokus har vært pris. Dette er gjort ut i fra et ønske om å få et kvalitativt godt prosjekt med arkitektoniske kvaliteter. Vurdering av referanser har vært gjennomført ved telefonintervjuer, mens arkitektonisk uttrykk har vært bedømt av [...], der begge partnere har undervist og underviser ved arkitektthøgskoler i [...].

Resultatet av vurderingen av kriteriene er som følger:

<i>Tilbyder nr.</i>	<i>Foretak</i>	<i>Referanser</i>	<i>Pris</i>	<i>Kompetanse</i>	<i>Tid</i>	<i>Summert</i>
1	[...]	0,25	0,17	0,19	0,11	0,72
2	[...]	0,27	0,20	0,18	0,09	0,74
3	AR-ing AS	0,13	0,25	0,18	0,15	0,71
4	Stein Halvorsen AS	0,40	0,11	0,20	0,08	0,79
5	ARKTOS Arkitektur AS	0,35	0,18	0,20	0,07	0,80

Beste score på hvert kriterium samt samlet score er angitt med skravur.

Tilbudene som er gitt i konkurransen har en pris som ligger en del over budsjett. En av årsakene kan være økt vektlegging av arkitektur og referanser framfor pris, noe vi ikke har tidligere erfaring med. En annen årsak kan være at arbeidet med kartlegging av eksisterende bygg vil ta noe tid da det ikke finnes tegninger av ventilasjon, sanitær- og elanlegg. Videre har administrasjonen undervurdert omfanget i forhold mellom ombygging og nybygg, og hva dette medfører i forhold til pris.

Vurdering

De to best rangerte tilbyderne er ARKTOS Arkitektur AS og Stein Halvorsen AS. Disse er samlet vurdert rimelig likt, med ARKTOS Arkitektur ett delpoeng høyere enn Stein Halvorsen AS. Begge tilbydere er av [...] vurdert å være godt egnet til å gjennomføre prosjektet, arkitektonisk, jf. Konklusjon fra vurderingen:

”KONKLUSJON

To av deltakerne i anbudskonkurransen har levert prosjekter som står til stryk, sett fra en arkitektonisk synsvinkel. Bygningene de har levert som referanseprosjekter er såpass dårlige at det er grunn til å stille spørsmål om de kan levere et prosjekt for Kåfford kommune som er en berikelse for Olderdalen. For å gi en eksisterende bygning et nytt liv med nye funksjoner, må den nye arkitekturen stå på egne ben og vise klare holdninger til det eksisterende og omgivelsene rundt. Dette ser de kontorene ut til å klare godt, og vil anbefale et av de to øverst rangerte kontorene.”

Prismessig er det en betydelig forskjell mellom disse to tilbyderne, med ARKTOS Arkitektur på kr. 918.000 kr. eks. mva, mens Stein Halvorsen AS har gitt tilbud på kr. 1.400.000 kr. eks. mva. For tid og kompetanse er disse to foretakene bedømt tilnærmet likt.

De øvrige tilbyderne er bedømt bak, og for tilbyder 2 og 3 er konklusjonen [...]at referanseprosjektene står til stryk. Tilbyder nr. 2 har imidlertid fått gode referanser fra prosjektenes kontaktpersoner. [...] hadde i sitt tilbud angitt 8 uker gjennomføringstid, men ved gjennomgang av framdriftsplan som ble forespurt for utdyping at tidsrammen framgår det at [...] vil bruke 20 uker fra inngåelse av kontrakt til ferdigstilling av oppdraget. Dette er blitt brukt som grunnlag i bedømmelsen, da det er dette som er forespurt.

Basert på en totalvurdering, og i henhold til kriterier for valg av tilbyder, der det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på angitte kriterier skal velges, anbefales det at Kåfford kommune inviterer ARKTOS Arkitektur AS til møte med sikte på å inngå avtale om prosjektering. Kostnaden for prosjekteringen er på 1.147.500 kr, som sammen med kommunens kostnad for prosjektledelse og administrasjon dekkes inn ved revisjon av investeringsbudsjettet.””

(12) Klager brakte saken inn for klagenemnda i brev av 17. april 2009.

(13) Etter det opplyste igangsatte innklagede utarbeidelse av kontrakt 26. april 2009 og denne ble således inngått med valgte tilbyder på det førstkommende planmøtet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Uklart konkurransegrunnlag

(14) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at tilbudsforespørselen ikke er klart nok definert til å sikre sammenlignbare tilbud.

Tildelingskriteriene er ikke egnet

(15) Innklagede har, bortsett fra priskriteriet, benyttet ulovlige kriterier for vurdering og valg av tilbud. Valg av tilbyder skal velges ut fra laveste pris, eller det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Sistnevnte kan bare benyttes dersom kriteriet for valg av tilbud er klart opplistet i kunngjøringen, og kan ikke endres senere. Det er imidlertid begrensninger i hvilke kriterier som kan benyttes, og disse skal være utformet på en måte som ikke åpner for skjønn.

Tildelingskriteriene er ikke knyttet til kontraktsgjenstanden

(16) Kriterier for vurdering og valg av tilbud er usaklig i forhold til vektlegging av arkitektonisk utforming. Konkurransen er ikke en arkitektkonkurranse og anskaffelsen gjelder prosjektering av eksisterende bygg med tilbygg til dette.

Kvalifikasjonskrav er benyttet som tildelingskriterium

(17) Kriterier for vurdering og valg av tilbud er ulovlig med henvisning til konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav, herunder tilbydernes fagkompetanse. Dersom oppgitte minimumskrav til kompetanse er oppfylt, har øvrige kvalifikasjoner ikke betydning for valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tilbyders fagkompetanse er et udefinert begrep slik det er formulert, og kan ikke vektlegges objektivt. Skjønsmessig vurdering er ikke tillatt, og grad av kompetanse har ikke

betydning for valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Kompetansekrav kan kun gis som absolutte krav for deltakelsen. Klager kan for øvrig ikke se at innklagede skulle ha noen grunn til å redusere klagers tilbudte kompetanse av annen grunn enn at klagers firma er lite og dermed har liten kjøttvekt. Dette kan ikke karakteriseres som annet enn usaklig.

Utenforliggende hensyn

- (18) Innklagedes saksbehandler er i oppstartsfasen for etablering av sitt eget rådgivende ingeniørfirma, og klager mistenker derfor at saksbehandleren forsøker å utradere den lokale konkurransen før denne selv skal ut og konkurrere om tilbud i regionen.

Erstatning

- (19) Klager ønsker avslutningsvis en vurdering av om vilkår for krav om erstatning er oppfylt med bakgrunn i innklagedes brudd på regelverket.

Innklagedes anførsler:

Uklart konkurransegrunnlag

- (20) Innklagede har utarbeidet konkurransegrunnlaget i tråd med forskriftens § 8-1. Orientering om prosjektet er gitt i punkt E. Byggeprogrammets dokumenter fremgår av punkt C. Av kunngjøringens punkt 3, sammenholdt med konkurransegrunnlagets punkt A, fremgår at anskaffelsen følger prosedyre for åpen anbudskonkurranse. Av punkt A fremgår også hvordan konkurransen skal gjennomføres. Av punkt F fremgår det at det er det "økonomisk mest fordelaktige tilbudet" som etter en helhetsvurdering blir valgt. Det er videre angitt vekting og hvordan denne skal gjennomføres. Hvordan tilbudet skal utformes og anledning til bruk av underleverandører er tilstrekkelig angitt i konkurransegrunnlagets punkt B. Tilbudsfrister er angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlagets punkt 1. Adgang til alternative tilbud, forbehold og avvik fremgår av konkurransegrunnlagets punkt G. Tilbudsforespørselen er etter dette klart nok definert til å sikre at alle tilbydere gir tilbud som er sammenlignbare.

Tildelingskriteriene er ikke egnet

- (21) Innklagede forstår klagers anførsel om skjønn slik at den rettslige problemstillingen som forsøkes fremstilt er hvorvidt tildelingskriteriene er klare nok og om det er anledning til å anvende skjønn i vurderingen.
- (22) Kriterier for valg av tilbud fremgår av konkurransegrunnlagets punkt F. Disse er referanser, pris, faglig kompetanse for prosjekteringsgruppen og leveringstid. Det hevdes at samtlige kriterier er relevante i forhold til tilbudets verdi, og at de er knyttet til kontraktens gjenstand. Kriteriene er angitt med vekting i prosent. Det er også angitt hvordan vektingen prioriteres og gjennomføres. De kriterier og anvendelsen av dem som er angitt i konkurransegrunnlaget bidrar til forutberegnlighet for tilbyderne og gir ikke rom for "ubetinget fritt skjønn".

Tildelingskriteriene er ikke knyttet til kontraktsgjenstanden

- (23) Kriteriene "referanser" og "faglig kompetanse til prosjekteringsgruppen" er ikke "uvesentlige forhold" slik klager hevder. For å kunne vurdere tilbydernes kompetanse og gjennomføringsevne ved prosjekteringsoppdrag som det her er snakk om, er det av betydning å vurdere erfaring og tidligere oppdrag. Det fremgår av kunngjøringens punkt

2.2 og 2.3 at anskaffelsen også omfatter arkitektonisk utforming. Arkitektfaglig prosjektering er dessuten et krav, jf. plan- og bygningslov § 93b. Klager viser selv at selskapet ikke har vært arkitekt for det fremlagte referanseprosjektet, men ansvarlig for bygge- og prosjektledelse. Dersom dette er det eneste referanseprosjekt som er fremlagt, må det innebære at selskapet i realiteten ikke har fremlagt relevante referanseprosjekt. Det anføres at kriterier for valg av tilbud som er angitt i konkurransegrunnlaget er relevante og angitt innenfor lovens ramme.

Kvalifikasjonskrav er benyttet som tildelingskriterium

- (24) Innklagede anfører prinsipalt at det i denne saken ikke foreligger noen konflikt mellom kvalifikasjonskriteriene og tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget. Problemstillingen kommer ikke på spissen i denne saken fordi det ikke er oppstilt kvalifikasjonskrav, men bare angitt tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget. De tildelingskriteriene som er angitt og benyttet, er knyttet til kontraktens gjenstand og er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (25) Det anføres subsidiært at når oppdraget omfatter arkitektfaglig prosjektering som gir en intellektuell utfordring, kan kvalifikasjonskriterier lovlig anvendes ved tildelingsvurderingen. Ved intellektuelle tjenester kan personenes kompetanse være identisk med den kvaliteten som tjenesten har.

Utenforliggende hensyn

- (26) Utover klagers påstand, foreligger ingen holdepunkter for at det skal være tatt utenforliggende hensyn i tildelingen av oppdraget, og det knyttes dermed ingen ytterligere kommentarer til klagers anførsel hva gjelder dette punktet.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin oppgitte verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (28) Det er i foreliggende sak fremsatt flere ulike anførsler. Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å ta stilling til hvorvidt det foreligger et ulovlig tildelingskriterium.

Hvorvidt det foreligger et ulovlig tildelingskriterium

- (29) Klager har blant annet anført at tildelingskriteriet ”Faglig kompetanse til prosjekteringsgruppen” er ulovlig, som følge av at krav til leverandørene ikke kan nyttes som tildelingskriterier. Klagenemnda forstår dette slik at det anføres at tildelingskriteriet er ulovlig som følge av at det som skal vurderes under tildelingskriteriet er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, det som skal vurderes under kvalifikasjonskravet ”Faglig kapasitet og kompetanse”. Innklagede har hevdet at problemstillingen ikke er aktuell fordi det i denne saken ikke er oppstilt kvalifikasjonskrav, kun tildelingskriterier. Subsidiært at kriteriene er lovlige, og at det finnes unntak for å benytte kvalifikasjonskrav i tildelingen ved anskaffelser som omfatter intellektuelle tjenester, slik tilfellet er i den foreliggende sak.
- (30) Klagenemnda vil innledningsvis påpeke at konkurransegrunnlaget inneholder kvalifikasjonskrav, jf. grunnlaget ”1. GENERELT”, med undertittelen

"Kvalifikasjonskrav". Her fremgår det kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørenes "Organisasjon", "Faglig kapasitet og kompetanse" og "Referanser".

- (31) Av forskriftens § 11-1 sammenholdt med § 13-2 følger det 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, 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).
- (32) EF-domstolen tok ex officio 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 hvor problemstillingen har vært om et tildelingskriterium har vært ulovlig som følge av at den vurderingen som skulle foretas etter tildelingskriteriet var sammenfallende med, eller en gjentakelse av, den vurderingen som skulle foretas av leverandørenes kvalifikasjoner, dvs. at det var det samme forhold som skulle vurderes under hhv. tildelingsevalueringen og kvalifikasjonsvurderingen. 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 direkte betydning for hva som er økonomisk mest fordelaktig. Videre har nemnda 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 leverandørenes kvalifikasjoner, jf. klagenemndas saker 2009/49 premiss (58), 2008/120 premiss (41), 2008/92 premiss (97), 2009/87 premiss (26) og 2009/88 premiss (26).
- (33) I konkurransegrunnlaget "1. GENERELT", under tittelen "Kvalifikasjonskrav" var kvalifikasjonskravet knyttet til "Faglig kapasitet og kompetanse" formulert på følgende måte: "Faggruppen for prosjekteringen skal ha god kompetanse og erfaring på aktuelle fagområder, med akademisk kompetanse minst på bachelornivå (høgskoleingeniør)." For å dokumentere dette skulle tilbudet vedlegges: "CV med oversikt over akademiske og faglige kvalifikasjoner for deltakere i prosjektet". Det ble videre opplyst at prosjektgruppen som ble tilbudt skulle bestå av minimum: sivilarkitekt, sivilingeniør med byggkompetanse, eller høgskoleingeniør med byggkompetanse og lang praktisk erfaring, ingeniør med EL-kompetanse og ingeniør med VVS-kompetanse. Avslutningsvis ble det opplyst at "ved vurderingen av kompetansen i prosjektet vil de fire nevnte i prosjektgruppen bli vurdert."
- (34) Av punkt 4 i konkurransegrunnlaget "F. TILBUDSREGLER" fremgikk det at evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli foretatt etter kriteriene "Referanser 40 %", "Pris 25 %", "Faglig kompetanse til prosjektgruppen 20 %" og "Leveringstid 15 %". Videre fremgikk det at vurderingen av tildelingskriteriet "Faglig kompetanse til prosjektgruppen" ville skje etter en "skjønnsmessig vektning basert på gjennomgang av dokumentasjon, på en skala fra 1-10, deretter målt mot beste kompetanse [...]". Det var ikke uttalt noe ytterligere om hva som ville være

vurderingstemaet ved evalueringen av tildelingskriteriet. Videre var det heller ikke angitt hvilken dokumentasjon innklagede ville benytte ved tildelingsevalueringen, hvilket i foreliggende tilfellet tilsier at innklagede ville benytte den samme dokumentasjonen ved evalueringen av tildelingskriteriet og kvalifikasjonskravet.

- (35) Etter dette er klagenemnda kommet til at det ikke er klart at den vurderingen som innklagede skulle foreta av tildelingskriteriet ”*Faglig kompetanse til prosjektgruppen*” ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, den vurderingen som innklagede skulle foreta av leverandørenes kvalifikasjoner under kvalifikasjonskravet knyttet til ”*Faglig kapasitet og kompetanse*”. Tildelingskriteriet ”*Faglig kompetanse til prosjektgruppen*” må derfor anses ulovlig, jf. forskriftens § 11-1.
- (36) 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 2009/181, 2009/19, 2008/217, 2008/120, 2008/92 og 2009/88.

Klagers øvrige anførsler

- (37) Da Kåfjord kommune skulle avlyst konkurransen, finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Erstatning

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

Konklusjon:

Kåfjord kommune har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium benevnt ”*Faglig kompetanse til prosjektgruppen*”.

For klagenemnda,

2. november 2009

Andreas Wahl