



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av avtale om byggeledelsesarbeider i forbindelse med grunnlagsinvestering i Djupvik havn. Klagenemnda fant at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium som gjaldt "Faglig kompetanse til byggeledelse", og at innklagede dermed skulle ha avlyst konkurransen. På denne bakgrunn fant klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 30. november 2009 i sak 2009/86

Klager: AR-ING AS

Innklaget: Kåfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Kåfjord kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 20. november 2008 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av avtale om byggeledelse av kommunale grunnlagsinvesteringer i forbindelse med tilrettelegging av Djupvik havn i Kåfjord kommune. Innklagede benyttet forenklet kunngjøring i Doffin.
- (2) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fire tilbud, herunder tilbud fra AR-ING AS (heretter kalt klager) og Barlindhaug Norfico AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (3) Fra punkt 4 i 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:

- 1. Pris*
- 2. Referanser fra tilsvarende byggelederoppdrag. Her vektlegges kvalitet på utførelsen av byggeledelsen (som innhentet hos referanse), ikke kvantitet*
- 3. Faglig kompetanse til byggeledelse"*

- (4) I konkurransegrunnlagets punkt "1. GENERELT" var det oppstilt følgende 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:

De ansvarlige for byggeledelsen 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

Der foretaket selv ikke har den nødvendige kompetansen skal det angis hvilket foretak man vil innhente denne kompetansen hos, som underrådgivere.

De ansvarlige for byggeledelsen skal ha erfaring og gode referanser fra minst 3 tilsvarende prosjekt. Liste med oversikt over tilsvarende prosjekter siste 5 år, med oppstilling av oppdragsgiver, omfang, kontaktperson for referanse, e-post og telefon vedlegges tilbudet.”

- (5) Kåfjord formannskap vedtok 13. februar 2009 administrasjonens innstilling om å tildele kontrakten til Barlindhaug Norfico AS. Av administrasjonens saksframlegg til formannskapet fremgikk det følgende om vurderingen av tilbyderne:

”De innkomne tilbud på byggeledelse har gjennomgått en helhetsvurdering, hvor det ligger tre ulike kriterier til grunn.

Når det gjelder pris på byggeledelse er tilbudene som følger (alle priser er pr måned inkl. mva):

AR-Ing AS	kr. 49.938,50
Barlindhaug Norfico AS	kr. 56.250,-
PTL AS	[...]
Rambøll AS	[...]

Vi ser at tilbyderne Barlindhaug og AR-Ing kommer gunstigst ut sett ut fra pris på tjenesten, hvor AR-Ing har det rimeligste tilbudet. Pris vektet med 50 % i vurderingen.

Det andre kriteriet kommunen har lagt til grunn for sin vurdering er satt ut fra referanser de har oppgitt. Her har vi innhentet tre referanser fra hver av tilbyderne. Referansene vektet med 30 % av totalen i vurderingen.

Referansene er valgt ut fra at de er nye og at de omfatter sammenlignbare tjenesteområder som det Kåfjord kommune etterspør, altså grunnlagsinvesteringer på industri og havneområder der det er mulig, men vi har også innhentet referanser fra annen nærings- og forretningsvirksomhet.

Ifølge referanseinnhenting har vi rangert tilbyderne slik:

1. Barlindhaug Norfico AS Tromsø
 2. AR-Ing AS Skjervøy
- [...]

Firma Barlindhaug og AR-Ing har begge fått meget gode referanser. Det går et lite skille her hvor Barlindhaug må sies å være noe bedre anbefalt, sett ut fra at de har flere direkte sammenlignbare prosjekt (grunnlagsinvesteringer i sjørettet aktivitet og kaibygging) å vise til, og dette firmaet har større faglig referansespekter å vise til. [...]

Det siste kriteriet er kompetanse som vektes med 20 %. Vi har lagt hovedvekt på kompetansen til de personer som faktisk skal jobbe med prosjektet. Bedriftenes kompetanse som helhet er interessant, men det Kåfjord kommune har vektlagt er hovedvekt på de utførende i byggeledelsesprosjektet.

Samlet sett og ut fra en helhetsvurdering vil derfor Kåfjord kommune tilby Barlindhaug Norfico AS oppdraget med byggeledelse av byggearbeidene ved Djupvik industriområde. Det ble meget jevnt mellom tilbyderne Barlindhaug og AR-Ing AS ut fra de tre vurderingstemaene Kåfjord kommune hadde lagt til grunn.

Etter vurderingsgjennomgang hvor 1 er optimal poengscore blir resultatene som følger for tilbyderne samlet sett:

1. Barlindhaug Norfico AS	Tromsø	0,94 poeng
2. AR-Ing AS	Skjervøy	0,92 poeng
[...]		

Barlindhaugs tilbud har også en merverdi i form at de innenfor gitt pristilbud påtar seg alle de funksjoner som både prosjektleder og byggherre har, og med utgangspunkt for å ivareta byggherrens interesse i prosjektet. Dette er imidlertid ikke vektlagt i helhetsvurderingen da tilbudsgrunnlaget ikke omfattet en utvidet byggeledelse, men nevnes kun til orientering.”

- (6) Klager brakte saken inn for klagenemnda i brev av 17. april 2009.
- (7) I e-post av 8. mai 2009 opplyste innklagede at kontrakt ville bli signert med valgte leverandør 14. mai 2009.
- (8) I innklagedes tilsvarende til klagenemnda av 20. mai 2009 ble det opplyst at anskaffelsen fulgte forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, i tillegg til bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Tildelingskriteriene er ikke egnet

- (9) Innklagede har, bortsett fra priskriteriet, benyttet ulovlige kriterier for vurdering og valg av tilbud. Kriteriene skal være entydige og objektive, og ikke basert på en skjønnsmessig vurdering eller vektlegging av uvesentlige forhold.

Kvalifikasjonskrav er benyttet som tildelingskriterium

- (10) Kriterier for vurdering og valg av tilbud er ulovlig med henvisning til konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav, herunder tilbyderens 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. Skjønnsmessig 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.

Tildelingskriteriene er ikke tilknyttet kontraktens gjenstand

- (11) Innklagede har vektlagt "kompetanse" og "referanser" til henholdsvis 30 prosent og 20 prosent av tildelingskriteriene totalt sett. Tildelingskriteriene er ulovlige ved at innklagede ikke har mulighet til å kontrollere at den oppgitte kompetansen/referansen er den person som følger opp prosjektet i praksis fra et stort firma. Valg av tilbyder skal kun gjøres ut fra pris alene, eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Andre motiver for valg av tilbyder er utelukket ved offentlige anskaffelser.

Inhabilitet

- (12) Klager stiller avslutningsvis spørsmål ved habiliteten til valgte tilbyder. Valgt tilbyder har også utarbeidet anbudsgrunnlaget og prosjektert utbyggingen. Ut fra vurderingen av tildelingskriteriene, vil klager påstå at tilbyderen var valgt før tilbudsrunderen.

Innklagedes anførsler:

Tildelingskriteriene er ikke egnet

- (13) For å kunne vurdere tilbydernes kompetanse og gjennomføringsevne ved byggelederoppdrag som det her er snakk om, er det av betydning å vurdere erfaring og tidligere oppdrag. Erfaring må knyttes til prosjekter av tilsvarende vanskelighetsgrad som oppgis i referanser. Den faglige kompetansen vil være avgjørende for kvaliteten på utførelsen av byggelederoppdraget, som igjen vil kunne påvirke økonomien i prosjektet. Klager kan derfor ikke høres med at vektlegging av referanser og faglig kompetanse er ulovlig og uvesentlig. Innklagede anfører videre at tildelingskriteriene er tilstrekkelig entydige og objektivt angitt. Kriteriene vil være gjenstand for en viss skjønnsmessig vurdering og dette er det adgang til. Det hevdes derfor at kriterier for valg av tilbud som er angitt i konkurransegrunnlaget er relevante og angitt og anvendt innenfor lovens ramme.

Kvalifikasjonskrav er benyttet som tildelingskriterium

- (14) Innklagede er av den oppfatning at kvalifikasjonskrav unntaksvis kan benyttes i tildelingen når oppdraget omfatter intellektuelle tjenester. Dette begrunnes med at personenes kompetanse i slike tilfelle vil kunne være identisk med den kvalitet som tjenesten har. Det hevdes at dette er tilfellet i denne saken hvor oppdraget omfatter kontrollfunksjon som betinger særlig kompetanse hos enkeltpersoner og må derfor betraktes som intellektuell tjeneste. Kriteriene kan således lovlig anvendes ved tildelingsevalueringen.

Tildelingskriteriene er ikke tilknyttet kontraktens gjenstand

- (15) Innklagede anfører at samtlige kriterier er relevante i forhold til tilbudets verdi og at det er knyttet til kontraktens gjenstand. Det er innhentet uttalelser fra oppgitte referanser hva gjelder faglig dyktighet og disse danner et godt grunnlag for en vurdering som er svært lite skjønnspregt. De kriterier og anvendelsen av dem som er angitt i konkurransegrunnlaget bidrar til forutberegnlighet for tilbyderne og gir ikke rom for "ubetinget fritt skjønn". Det hevdes derfor at kriterier for valg av tilbud og det rom for skjønn disse vurderingene gir, er innenfor lovens krav.

Inhabilitet

- (16) Det fremgår av innklagedes saksfremlegg at de tilleggsytelser som inngår i valgte leverandørs tilbud ikke er vektlagt i vurderingen. Det 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 disse punktene.

Klagenemndas vurdering:

- (17) 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 det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (18) 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

- (19) Klager har blant annet anført at tildelingskriteriet "*Faglig kompetanse til byggeledelse*" 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 anført at kriteriet er lovlig, og at det finnes unntak for å benytte kvalifikasjonskrav i tildelingen ved anskaffelser som omfatter intellektuelle tjenester, slik tilfellet er i den foreliggende sak.
- (20) 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 2009/82 premiss (31), 2008/92 premiss (90), 2008/136 premiss (80) og 2008/199 premiss (13).
- (21) 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).

- (22) I konkurransegrunnlaget "1. GENERELT", under tittelen "Kvalifikasjonskrav" var kvalifikasjonskravet knyttet til "Faglig kapasitet og kompetanse" formulert på følgende måte: "De ansvarlige for byggeledelsen skal ha god kompetanse og erfaring fra byggeledelse innenfor havn og kaiutbygging, med akademisk kompetanse minst på bachelornivå (høgskoleingeniør)". For å dokumentere dette skulle tilbudet vedlegges: "CV med oversikt over akademiske og faglige kvalifikasjoner for byggeleder(ne)". Avslutningsvis ble det opplyst at de ansvarlige for byggeledelsen skulle ha erfaring og gode referanser fra minst 3 tilsvarende prosjekt. Dette skulle dokumenteres ved: "Liste med oversikt over tilsvarende prosjekter siste 5 år, med oppstilling av oppdragsgiver, omfang, kontaktperson for referanse, e-post og telefon".
- (23) Av punkt 4 i konkurransegrunnlaget "F. TILBUDSREGLER" fremgikk det at evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli foretatt etter følgende tildelingskriterier i prioritert rekkefølge:
- "1. Pris
2. Referanser fra tilsvarende byggelederoppdrag. Her vektlegges kvalitet på utførelse av byggeledelsen (som innhentes hos referanse), ikke kvantitet
3. Faglig kompetanse til byggeledelse"
- (24) Det var ikke uttalt noe ytterligere om hva som ville være vurderingstemaet ved evalueringen av tildelingskriteriene, herunder kriteriet om "Faglig kompetanse til byggeledelse". Videre var det heller ikke angitt hvilken dokumentasjon innklagede ville benytte ved tildelingsevalueringen, hvilket i foreliggende tilfelle tilsier at innklagede ville benytte den samme dokumentasjonen ved evalueringen av tildelingskriteriet og kvalifikasjonskravet.
- (25) Etter dette er klagenemnda kommet til at det ikke er klart at den vurderingen som innklagede skulle foreta av tildelingskriteriet "Faglig kompetanse til byggeledelse" 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 byggeledelse" må derfor anses ulovlig, jf. forskriftens § 11-1.
- (26) 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

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

Konklusjon:

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

For klagenemnda,
30. november 2009


Per Christiansen