



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende prosjektering av Malm skole. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 20-1 ved at vurderingen under tildelingskriteriet "Kvalifikasjoner saksbehandlere i tilbudt prosjektorganisasjonen.", ut i fra konkurransegrunnlaget, fremstår som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2010 i sak 2010/220

Klager: Arcon Prosjekt AS

Innklaget: Verran kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

(1) Verran kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. oktober 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende prosjektering av Malm skole. I kunngjøringen punkt II.1.2 "Type Bygge- og Anleggsanskaffelse" bokstav a) var det krysset av for at anskaffelsen gjaldt "Utførelse av et bygge- og anleggsarbeid etter spesifikasjoner fra oppdragsgiver", og av punkt II.1.5) fremgår det at konkurransen skulle gjennomføres etter forskrift om offentlige anskaffelser del I og III. Tilbudsfristen var fastsatt til 13. november 2009 kl. 12.00.

(2) I kunngjøringen punkt II.1.5) ble det gitt følgende beskrivelse av anskaffelsens art og omfang:

"Verran kommune skal bygge ny barne- og ungdomsskole i Malm. Det er utarbeidet et skisseprosjekt som viser følgende utbyggingsplaner:

** ca 2 950 m2 nybygg.*

** ca 1 950 m2 rehabilitering av eksisterende bygninger.*

** ca 5 700 m2 riving av gamle skolebygninger.*

Prosjekteringsperiode november 2009 til juni 2010.

Byggeperiode fra høsten 2010 til høsten 2011.

[...]"

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 1 "Tilbudsinnbydelse" har innklagede oppgitt at det "ønskes tilbud fra rådgivergrupper med solidarisk ansvar og som dekker følgende fag":

- "Prosjekteringsgruppeleder, inkl. HMS-koordinator prosjektering
- Arkitekt
- Rådgivende ingeniør bygg inkl. geoteknikk

- Rådgivende ingeniør VVS-anlegg
- Rådgivende ingeniør elektro
- Rådgivende ingeniør brann

- (4) Konkurransesgrunnlaget punkt 2 "Tilbudsskjema" inneholdt fem skjemaer som tilbyderne skulle fylle ut, blant annet et skjema kalt "Tilbudte firma", hvor tilbyderne skulle oppgi firma og fagansvarlig for de seks aktuelle fagene. Videre var et skjema kalt "Honorar", hvor tilbyderne skulle oppgi priser for "Forprosjekt", "Detaljprosjekt" og "Oppfølging" for de seks fagene. Fra punktet "Internavtale" hitsettes:

"Gruppen har utpekt en gruppeleder, jf. NS 8401 pkt. 5.55 siste ledd, hvert medlemsfirma har oppnevnt en ansvarlig saksbehandler for sin del av prosjektet.

Firma	
Gruppeleder	

- (5) Videre var det et skjema hvor pris for "Totalentreprisegrunnlag (Opsjon)" for de seks fagene skulle oppgis. Til sist var et skjema hvor det "for eventuelle rekvirerte tilleggsarbeider" skulle tilbys timepriser for prosjekteringsgruppeleder, samt timepris for ledende arkitekt, saksbehandler og teknisk tegner for de fem øvrige fagene.
- (6) Kvalifikasjonskravene fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 4 "Kvalifikasjonskrav":

"Følgende kvalifikasjonskrav vil bli lagt til grunn ved vurderingen av prosjekteringsgruppen:

Kvalifikasjonskriterium	Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon
<i>Tekniske og faglige kvalifikasjoner</i>	<i>Generell erfaring fra gjennomføring av byggeprosjekter av tilsvarende omfang</i>	<i>Liste over de viktigste tjenesteleveransene de siste 3 år, verdi, tidspunkt og oppdragsgiver.</i>
	<i>Dokumentasjon på erfaringer og kvalifikasjoner på tilbydde personer</i>	<i>CVer for tilbydde personer med oversikt over relevante prosjekt. For hver saksbehandler skal det oppgis 2 referanser</i>
<i>[...]</i>	<i>[...]</i>	<i>[...]"</i>

- (7) Av punkt 5 "Utvelgelse og tildeling", på side ti i konkurransegrunnlaget, fremgår det at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier:

"[...]

Evalueringen vil være basert på vekting av tildelingskriteriene multiplisert med karaktersetting, 1-10 hvor 10 er best og 1 er dårligst. Dette vil til sammen gi en poengsum. [...] Følgende underkriterier og vekting legges til grunn:

Tildelingskriterier	Dokumentasjonskrav	Vekting
Pris	<i>Utfylt tilbudsskjema</i>	50 %
Gjennomførings- og aktivitetsplan	<i>Gjennomføringsplan som viser hvordan tilbyder har forstått oppgaven, samarbeid med brukere</i>	20 %

	<i>og andre aktører</i>	
Kvalifikasjoner saksbehandlere i tilbudt prosjektorganisasjonen. <i>Tilbudt saksbehandler skal ha kompetanse og erfaring fra tilsvarende prosjekt.</i>	<i>CV for saksbehandlere</i> <i>Liste over relevante prosjekt for saksbehandler</i> <i>2 referanser for hver saksbehandler</i>	30 % "

- (8) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede ti tilbud, deriblant Arcon Prosjekt AS (heretter kalt klager) og fra RG-Prosjekt AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (9) Innklagede sendte meddelelse om tildeling av kontrakt til klager ved brev 3. desember 2009, hvor anskaffelsesprotokollen var inntatt. Vedlagt brevet var en vektingstabell og et udatert dokument benevnt "*Vekting av anbud prosjektering Malm skole.*" som blant annet inneholdt en gjennomgang av evalueringen og vektingen av de innkomne tilbudene. Det fremgår av brevet med vedleggene at kontrakten ble tildelt valgte leverandør, som hadde fått 9 poeng etter vektingen, mot klagers 8,8 poeng. Det fremgår videre at klagefristen var satt til 17. desember 2009. Fra dokumentet "*Vekting av anbud prosjektering Malm skole.*" hitsettes følgende vedrørende evalueringen av tilbudene:

"Vekting.

Vektingen skjer ut fra følgende kriterier: Pris, gjennomførings- og aktivitetsplan samt referanseprosjekter og CV. [...]

Referanseprosjekter og CV.

Generell erfaring fra gjennomføring av byggeprosjekter av tilsvarende omfang. Det skal listes opp de viktigste tjenesteleveransene de siste 3 år, verdi tidspunkt og oppdragsgiver. Det skal dokumenteres erfaring og kvalifikasjoner på tilbydde personer. Se s. 10 i tilbudsgrunnlaget. [...]"

- (10) Klager sendte innklagede et brev 8. desember 2009 og ba om å få tilsendt kopi av "*tilbudene fra RG-prosjekt AS og Letnes Nord AS, samt evt. annen korrespondanse/protokoller/møtereferat*" og "*innkjøpsprotokoller*". Klager ba videre om en redegjørelse for eventuell bruk av bistand i forbindelse med utarbeidelsen av "*tilbudsdokumentasjon*" og evalueringen av de innkomne tilbud, og om at klagefristen ble forlenget til 8. januar 2010.
- (11) Klager påklaget kontraktstildelingen ved brev til innklagede 10. desember 2010. I brevet ble innsynsbegjæringen, forespørselen om en redegjørelse for bruk av bistand og forespørselen om utsettelse av klagefrist/karenstid opprettholdt. Klager anførte at innklagedes skjønn ved tilbudsevalueringen var "*vilkårlig, ulovlig og det representerer en irregulær forskjellsbehandling til fordel for*" valgte leverandør. Klager viste til at tildelingskriteriet "*Gjennomførings- og aktivitetsplan*" ikke var blitt evaluert i samsvar med den fastsatte vektingsmetoden, ettersom innklagede ikke hadde benyttet den samme karacterskalaen som ved tildelingskriteriet "*Pris*". Videre ble det vist til at klager "*vanskelig kan vektes til 4 poeng for denne posten når byggherre i siste post, referanseprosjekt og CV, har gitt selskapet scoren 10*". Klager informerte også om at selskapet vurderte å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse.

- (12) Innklagede bekreftet mottak av klagen ved brev til klager 16. desember 2009, og informerte samtidig om at "*[k]arenstiden utvides til den 08.01.10*".
- (13) Innklagedes kommunestyre vedtok 17. desember 2009 å gi rådmannen fullmakt til å inngå kontrakt "*med det mest fordelaktige anbudet på prosjekteringen av Malm skole*", og at rammen på prosjektet "*settes til kr. 4 455 000,- inkl. MVA*".
- (14) Klager opprettholdt innsynsbegjæringen ved brev 17. desember 2009, ettersom begjæringen ikke var "*etterkommet*" eller "*kommentert*" fra innklagedes side. Klager satte 20. desember 2009 som frist for å få overlevert den etterspurte dokumentasjonen.
- (15) Innklagede opprettholdt sin avgjørelse om kontraktstildeling ved brev til klager 22. desember 2009. Innklagede avviste at skjønnsutøvelsen var vilkårlig og at det forelå forskjellsbehandling mellom tilbyderne. Videre avviste innklagede klagers innsynsbegjæring, under henvisning til at innklagede "*i brev til alle anbydere av 18.12.09 [har] opplyst at mottatte anbud vil bli unntatt offentlighet inntil avtale er inngått. Etter dette tidspunkt vil anbudsdokumenter bli ansett som offentlig. Det er satt merknadsfrist til nærværende til 24.12.09.*". Innklagede opplyste samtidig om at det ikke forelå ytterligere korrespondanse mellom byggherre og tilbydere, og heller ikke andre anbudsdokumenter, innkjøpsprotokoller eller annen korrespondanse som ikke var sendt tilbyderne. Innklagede informerte også om at innklagede selv hadde forestått utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget og anbudsdokumenter, og at det heller ikke var benyttet ekstern bistand ved tilbudsevaluering.
- (16) Klager opprettholdt klagen ved brev 5. januar 2010, og anførte i tillegg at innklagede ikke hadde hjemmel for å nekte innsyn og således handlet i strid med offentleglova.
- (17) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 18. januar 2010.
- (18) Innklagede besvarte klager ved brev 3. februar 2010, hvor avgjørelsen om å tildele kontrakt til valgte leverandør ble opprettholdt.
- (19) Klager sendte 8. februar 2010 et prosessvarsel etter tvisteloven § 5-2 til innklagede, med krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse.
- (20) Klager brakte saken inn for Inderøy tingrett ved stevning datert 17. mars 2010. Innklagede innga tilsvaer i saken 29. april 2010. Ved brev 20. mai 2010 til klager og innklagede underrettet Inderøy tingrett om virkningene av at partene hadde avtalt stansing av saken i ni måneder i medhold av tvisteloven § 16-17. Av brevet fremgår det at stansingstiden løp fra 19. mai 2010, og at saken vil bli hevet uten ytterligere varsel dersom ingen av partene krever å få saken i gang igjen innen to år.
- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 12. juli 2010.
- (22) I e-post til klagenemndas sekretariat 3. mai 2011 har innklagede, som svar på spørsmål frå sekretariatet, opplyst at kontrakten ble ansett som en tjenesteanskaffelse, med en estimert verdi over "*terskelverdien på 1,7 millioner*". Innklagede opplyste videre at det var en feil at det i kunngjøringen ble krysset av for at anskaffelsen gjaldt "*Utførelse av et bygge- og anleggsarbeid etter spesifikasjoner fra oppdragsgiver*", jf. punkt II.1.2.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (23) Klager anfører at tildelingskriteriet "*Kvalifikasjoner saksbehandlere i tilbudt prosjektorganisasjonen.*" er ulovlig. Det vises til at tildelingskriteriet har leverandørens kompetanse som tema, noe som i første rekke hører hjemme under kvalifikasjonsvurderingen, jf. forskriften § 17-9, EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 (Lianakis) og konkurransegrunnlaget punkt 4. Klagenemndas begrensninger av tillatte tildelingskriterier fremkommer blant annet av sak 2009/87 premiss (26).

Innklagedes anførsler:

- (24) Innklagede anfører at tildelingskriteriet "*Kvalifikasjoner saksbehandlere i tilbudt prosjektorganisasjonen.*" er fullt lovlig og innenfor vanlig praksis ved utlysning av anbud. Det presiseres at dette tildelingskriteriet gjelder den enkelte saksbehandlers kvalifikasjoner, og ikke anbyders kvalifikasjon som sådan.

- (25) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (26) 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.
- (27) Anskaffelsen gjelder prosjektering av Malm skole, og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse etter forskriften del III. Etter klagenemndas syn er imidlertid anskaffelsen en prioritert tjenestekontrakt etter forskriften Vedlegg 5, kategori (12). Innklagede har altså krysset av for feil type anskaffelse i kunngjøringen, noe innklagede har opplyst i e-post til klagenemndas sekretariat 3. mai 2011. Ettersom prosjektet hadde en ramme på 4 455 000 kroner inklusiv merverdiavgift, følger anskaffelsen forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 (4) og 2-2 (1). Innklagedes feilaktige klassifisering av anskaffelsen i kunngjøringen får dermed ingen reell betydning.
- (28) Klager har anført at tildelingskriteriet "*Kvalifikasjoner saksbehandlere i tilbudt prosjektorganisasjonen.*" er ulovlig. Klager har vist til at tildelingskriteriet har leverandørens kompetanse som tema, noe som i første rekke hører hjemme under kvalifikasjonsvurderingen.
- (29) Av konkurransegrunnlaget punkt 5 "*Utvelgelse og tildeling*" fremgår det at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 22-2 (2).
- (30) Det følger forutsetningsvis av forskriften § 20-1 at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører ikke kan gjentas som tildelingskriterier. 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 tilbyderens 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) til (32).

- (31) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at 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 dermed er relevant for tildelingskriteriet økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. klagenemndas saker 2008/120 premiss (56)-(57) og 2009/88 premiss (26). Klagenemnda har likevel lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke kan være sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, jf. sakene 2008/120 premiss (41) og 2008/92 premiss (90).
- (32) I konkurransegrunnlaget punkt 4 "*Kvalifikasjonskrav*" var det stilt krav til "*prosjekteringsgruppen[s]*" kvalifikasjoner. Ett av kravene til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner var "*Dokumentasjon på erfaringer og kvalifikasjoner på tilbydde personer*", gjennom det tilhørende dokumentasjonskravet: "*CV'er for tilbydde personer med oversikt over relevante prosjekt. For hver saksbehandler skal det oppgis 2 referanser.*" Av konkurransegrunnlaget punkt 5 "*Utvelgelse og tildeling*" fremgår det at tildelingskriteriet "*Kvalifikasjoner saksbehandlere i tilbuds prosjektorganisasjonen.*", nærmere presisert som at "*Tilbudt saksbehandler skal ha kompetanse og erfaring fra tilsvarende prosjekt*", skulle vektes 30 prosent. I det tilhørende dokumentasjonskravet var det krav om at tilbyderne skulle inngi "*CV for saksbehandlere*", en liste "*over relevante prosjekt for saksbehandler*" og "*2 referanser for hver saksbehandler*".
- (33) På denne bakgrunn blir det første spørsmålet for klagenemnda om tildelingskriteriet "*Kvalifikasjoner saksbehandlere i tilbuds prosjektorganisasjonen.*" er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner.
- (34) Etter klagenemndas syn følger det direkte av ordlyden i det nevnte kvalifikasjonskravet med tilhørende dokumentasjonskrav, at det er prosjekteringsgruppens, herunder tilbudte personer/saksbehandlere, erfaringer, kvalifikasjoner og kompetanse som er relevant for kvalifikasjonsvurderingen. Videre følger det av dokumentasjonskravet til tildelingskriteriet at innklagede har etterspurt samme type dokumentasjon som for kvalifikasjonskriteriet, det vil si CV, liste over relevante prosjekt og to referanser. Det fremgår videre eksplisitt av ordlyden i tildelingskriteriet at det var saksbehandlernes "*kompetanse og erfaring*" som skulle evalueres. Dette innebærer at evalueringen av tildelingskriteriet skulle skje på bakgrunn av den samme dokumentasjonen som ved vurderingen av kvalifikasjonskravet, og at vurderingene knytter seg til de samme momentene, det vil si erfaring, kvalifikasjoner og kompetanse. Etter nemndas syn fremstår videre ordene "*prosjekteringsgruppen*" og "*prosjektorganisasjonen*" som overlappende, og nemnda kan ikke se at begrepene "*tilbydde personer*" og "*saksbehandler*" er innholdsmessig forskjellige. Slik kvalifikasjonskravet og tildelingskriteriet er formulert, fremstår det dermed som om det er den enkelte saksbehandlers erfaringer, kvalifikasjoner og kompetanse som er gjenstand for vurderingen av kvalifikasjonskravet, og for evalueringen av tildelingskriteriet. Innklagede kan således ikke høres med sin anførsel om at tildelingskriteriet gjelder den

enkelte saksbehandlers kvalifikasjoner, og ikke anbyders kvalifikasjon som sådan. Dersom innklagede hadde ment at kategoriene *"tilbydde personer"*, *"saksbehandler"*, *"prosjekteringsgruppen"* og *"prosjekteringsorganisasjonen"* ikke er overlappende, burde dette ha blitt tydeliggjort i konkurransegrunnlaget.

- (35) Evalueringen av tildelingskriteriet fremstår dermed som sammenfallende med vurderingen av kvalifikasjonskravet. Det vises i den forbindelse til innklagedes dokument *"Vekting av anbud prosjektering Malm skole."*, sendt som vedlegg til tildelingsmeddelelsen 3. desember 2009, hvor det er oppgitt at evalueringen av det påklagede tildelingskriteriet faktisk gjaldt *"erfaring og kvalifikasjoner på tilbydde personer"*. Av det nevnte dokument fremgår det videre at tildelingskriteriet skulle evalueres på bakgrunn av *"Generell erfaring fra gjennomføring av byggeprosjekter av tilsvarende omfang. Det skal listes opp de viktigste tjenesteleveransene de siste 3 år, verdi tidspunkt og oppdragsgiver"*. Til dette bemerker nemnda at en slik evaluering av tildelingskriteriet bygger på de samme momentene som vurderingen av kvalifikasjonskravet *"Generell erfaring fra gjennomføring av byggeprosjekter av tilsvarende omfang"*, noe som også representerer en gjentakelse av vurderingen av kravene som ble stilt til tilbydernes kvalifikasjoner. Innklagede har således benyttet et ulovlig tildelingskriterium, og dermed handlet i strid med forskriften § 20-1.
- (36) Da tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriften § 17-2 første ledd, er bruk av et ulovlig tildelingskriterium i hvert fall som et klart utgangspunkt 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. I tråd med fast praksis i klagenemnda tas det derfor ikke stilling til klagers øvrige anførsler, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/108 premiss (32), 2010/100 premiss (40) og 2009/80 premiss (32).
- (37) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemnds forskriften § 12.

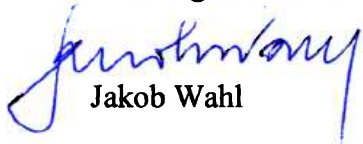
Konklusjon:

Verran kommune har brutt forskriften § 20-1 ved at vurderingen av tildelingskriteriet *"Kvalifikasjoner saksbehandlere i tilbudt prosjektorganisasjonen."*, ut fra konkurransegrunnlaget, fremstår som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 9. mai 2011

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,



Jakob Wahl