



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Det fremgikk ikke tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at innklagedes tilbudsevaluering ikke var sammenfallende med, eller en gjentakelse av, innklagedes kvalifikasjonsvurdering. Innklagede hadde dermed benyttet et ulovlig tildelingskriterium og pliktet å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 28. juni 2010 i sak 2010/31. - 6

Klager: Arkitektbedriftene i Norge

Innklaget: Stavanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. januar 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rehabiliteringsarbeider til et hybelkollektiv for personer med spesielle behov. Anskaffelsen hadde i følge innklagedes utsagn en anslått verdi til omtrent 400 000 kroner. I følge konkurransegrunnlaget bestod den av byggledelse, arkitekttjenester og rådgivende ingeniørtjenester innenfor elektro, bygningsteknikk og varme og ventilasjon.
- (2) Konkurransen var kunngjort som en nasjonal kunngjøring. Det fremgikk ikke av kunngjøringen hvilken del av anskaffelsesforskriften som ville gjelde. Imidlertid fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget:

"ANSKAFFELSESPROSEDYRE

Anskaffelsesprosedyre er åpen anbudskonkurranse i henhold til Forskrift om offentlige anskaffelser, del II, anskaffelser under terskelverdiene.

[...]

KVALIFIKASJONSKRAV

Oppdragsgiver vil kvalifisere tilbyder på bakgrunn av innlevert dokumentasjon for å sikre at tilbyder er egnet til å gjennomføre oppdraget. Dette gjelder både teknisk, økonomisk og gjennomføringsmessig.

- Godkjenning iht. plan- og bygningslov
- Attest for betalte skatt og trygdeavgifter
- Attest for betalt merverdiavgift
- HMS erklæring
- Dokumentasjon av foretaksregistrering firmaattest

- Erfaring og kompetanse fra tilsvarende oppdrag

TILDELINGSKRITERIER

[...]

Kriterier for valg av tilbud

Det økonomisk mest fordelaktige anbud for hvert enkelt prosjekt vil bli valgt på bakgrunn av innlevert anbud med dokumentasjon.

Prioritert liste med følgende vekting legges til grunn:

Kriterier:	
Kompetanse • Tilbudt saksbehandlers erfaring generelt og erfaring fra tilsvarende prosjekt. • Øvrig tilbudet nøkkelpersonells og kontorets referanseprosjekter for tilsvarende prosjekt. • Stavanger eiendom og andre oppdragsgiveres erfaringsgrunnlag vektlegges.	40 – 50 %
Pris • Timepriser vil bli vurdert for eventuelle tilleggsarbeider • 100 timer vil bli tillagt anbudssummen	25 – 35 %
Kapasitet / bemanning • Kontorets kapasitet i perioden. Orientering om ressursbruk skal vedlegges tilbudet.	10 – 20 %
Kvalitetssikring og styring • Beskrivelse av system for styring og kvalitetssikring vektlegges	10 – 20 %

- (3) Innen tilbudsfristen 22. januar 2010 mottok innklagede i alt ti tilbud til sammen for de fem aktuelle fagområdene. To av tilbudene dreide seg om arkitekttjenester.
- (4) Valgte leverandør for arkitekttjenestene var Abacus AS. Kontrakter i alle fagområdene ble inngått 9. og 10. februar 2010.
- (5) Arkitektbedriftene i Norge (heretter kalt klager) klaget konkurransen inn til klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 4. februar 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (6) Innklagede har brutt regelverket ved å bruke "Kompetanse" som tildelingskriterium. I følge konkurransegrunnlaget skal det under dette kriteriet vektlegges saksbehandlers erfaring generelt og erfaring fra tilsvarende prosjekter. Også øvrig tilbudt nøkkelpersonells, og kontorets, referanseprosjekter vil bli vektlagt. Kriteriet relaterer seg både til det konkrete tilbudte personellet og leverandøren som sådan. Forhold ved leverandøren og konkret tilbudt personell er dermed vektlagt både i kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen.

Innklagedes anførsler:

- (7) Innklagede bestrider at regelverket er brutt. Kriteriet "*Kompetanse*" er både beskrevet og anvendt forskjellig i kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen. I kvalifikasjonsvurderingen inngår "*Erfaring og kompetanse fra tilsvarende oppdrag*". Dette går på om tilbyders bedrift/firma har den nødvendige kompetansen til å utføre oppdraget. I tildelingsevalueringen inngår "*Tilbudt saksbehandlers erfaring generelt og erfaring med tilsvarende prosjekt*". Dette henspiller på kompetansen til de konkrete tilbudte saksbehandlere/personer.

Klagenemndas vurdering:

- (8) Klagen er rettidig. Klager er en bransjeorganisasjon for potensielle leverandører av arkitekttjenester. Det er i tidligere nemndpraksis lagt til grunn at Arkitektbedriftene i Norge derfor har rettslig klageinteresse etter forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 6, jf sakene 2008/12 premiss (33) og 2010/12 premissene (13-15).
- (9) Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr 41 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr 402. Anskaffelsesverdien er under 500 000 kroner, hvilket i utgangspunktet skulle medført at bare forskriften del I kom til anvendelse, jf § 2-1. Imidlertid følger det av konkurransegrunnlaget at forskriften del I og II følges. Slik innklagede har formulert konkurransegrunnlaget, må innklagede anses å ha forpliktet seg på avtalerettslig grunnlag til å følge både forskriften del I og II, jf eksempelvis klagenemndas sak 2003/146.

Ulovlig tildelingskriterium

- (10) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf forskriften § 13-2. Av forskriften § 11-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, jf eksempelvis sak 2008/92 premiss (90) om den likelydende § 20-1.
- (11) EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen synes å være at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premissene (25-32).
- (12) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker om lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at "*Lianakis*"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet, og dette kan ha betydning for hva som er økonomisk mest fordelaktig, jf nemndas saker 2008/120 premissene (56-57) og 2009/88 premiss (26).

- (13) Spørsmålet blir således om det fremgår utvetydig av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.
- (14) Det aktuelle kvalifikasjonskravet er at tilbyderne hadde "*Erfaring og kompetanse fra tilsvarende oppdrag*". Dette skulle sikre "*at tilbyder er egnet til å gjennomføre oppdraget*".
- (15) Tildelingskriteriet "*Kompetanse*" hadde underkriterier hvorav det første var "*Tilbudt saksbehandlers erfaring generelt og erfaring fra tilsvarende prosjekt*." Ett annet underkriterium var "*Øvrig tilbudt nøkkelpersonells og kontorets referanseprosjekter for tilsvarende prosjekt*."
- (16) Klagenemnda ser at det i kvalifikasjonsvurderingen er benyttet "*tilbyder*" og at "*saksbehandler*" nevnes i tilbudsevalueringen. Dette kan synliggjøre en viss forskjell i de to vurderingstemaene, nemlig at leverandøren som bedrift vurderes i kvalifikasjonsvurderingen og det konkrete tilbudte personellet vurderes i tildelingsevalueringen.
- (17) Men i det andre undertildelingskriteriet nevntes det at "*kontorets referanseprosjekter for tilsvarende prosjekt*" vil bli evaluert, hvilket ikke synes å relatere seg til det konkrete tilbudte personellet. Det virker videre ut fra ordlyden å være en viss innholdsmessig overlapping mellom "*tilsvarende oppdrag*" i kvalifikasjonsvurderingen og "*referanseprosjekter fra tilsvarende prosjekt*" i tildelingsevalueringen. Ettersom innholdet i de to vurderingstemaene ikke er spesifisert ytterligere i konkurransegrunnlaget, etterlates det en viss tvil om hva som egentlig skal vurderes i tildelingsevalueringen i forhold til kvalifikasjonsvurderingen. Når en slik tvil foreligger, er det ikke utvetydig eller klart at tildelingsevalueringen ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, kvalifikasjonsvurderingen.
- (18) På denne bakgrunn finner klagenemnda at tildelingskriteriet "*Kompetanse*" er ulovlig.
- (19) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf forskriftens forutsetning i § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf EU-domstolens sak C-448/01 ("Wienstrom") premiss (95) og klagenemndas tidligere praksis.

Konklusjon:

Stavanger kommune har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte "*Kompetanse*" som tildelingskriterium.

For klagenemnda,
28. juni 2010

Magn Elsheim