



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjekteringstjenester til gjenoppbygging av Kongerød ungdomsskole etter brann. Klagenemnda fant at klagers tilbud stred mot en klar forutsetning i konkurransegrunnlaget, og dermed var rettmessig avvist fra konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 7. juni 2010 i sak 2010/67

Klager: Arken Arkitektkontor AS

Innklaget: Skien kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Siri Teigum

Saken gjelder: Avvisning.

Bakgrunn:

- (1) Skien kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. september 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjekteringstjenester til gjenoppbygging av Kongerød ungdomsskole etter brann.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 5 var det opplyst følgende om tildelingskriteriene:

"Tildelingen skal skje på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige. Følgende kriterier vil bli vektlagt:

*5.1 Pris (40 %)
Anbudssum inkl. mva.*

Det henvises til pkt. 11 Tilbudsskjema.

*5.2 Prosjektgjennomføring (60 %)
Tilbudte prosjektmedarbeidere, herunder deres formal- og realkompetanse, funksjon i prosjektet (utdanning, erfaring, egnethet etc.).*

*Dokumentasjon
Organisasjonskart for prosjektet de tilbudte/navngitte prosjektmedarbeidere inngår, samt en beskrivelse av deres rolle/oppgave i prosjektet.*

Det skal vedlegges CV for hver av de tilbudte prosjektmedarbeiderne. Foruten personalia skal CV minimum inneholde: firmanavn, nåværende stilling og fartstid i stillingen, tidligere stillinger, utdanning, relevante kurs,

I tillegg skal det for hver av de tilbudte prosjektmedarbeiderne opplyses om følgende:

Beskrivelse av prosjektmedarbeiderens kompetanse og spesialkompetanse som er relevant for dette prosjektet.

Beskrivelse av prosjekter som har overføringsverdi til oppdraget som tilbudte prosjektmedarbeidere har deltatt i. Det skal gis en kort beskrivelse av prosjektene som minimum skal omfatte: byggeherre, når utført, hva som konkret ble prosjektert og hvilke ansvar den tilbudte prosjektmedarbeideren hadde i prosjektet, hvilken fase, samt spesielle forhold som kan være relevant i forbindelse med dette prosjektet.

- (3) Fra konkurransegrunnlaget punkt 6.2 "Prosjektgjennomføring" refereres følgende:

"Hver av de tilbudte medarbeidere vil bli vurdert ut fra følgende forhold;

Formalkompetanse

Realkompetanse

Erfaring fra tilsvarende oppdrag (barnehage- og undervisningsbygg)

Relevant utdanning

Dersom det tilbys flere medarbeidere pr fag, vil gjennomsnittet av tilbudte medarbeideres poengsum legges til grunn ved evalueringen.

Dersom det kun tilbys en person pr fag, vil det ikke være mulig å sette inn andre medarbeidere i prosjektet, da det er tilbudte medarbeideres CV'er som legges til grunn ved evalueringen."

- (4) Følgende hitsettes fra konkurransegrunnlaget punkt 19.2:

Følgende spesielle kontraktsbestemmelser vil gjelde ved inngåelse av kontrakt:

- *Oppdraget er å anse som en totalrådgivning/-prosjektering hvor underrådgivere utfører hovedrådgiver (kontraktspart) sine forpliktelser overfor oppdragsgiver. Hovedrådgiver svarer for underrådgivers feil og forsinkelser.*

- *Av faktura skal fremgå periode, kontraktssum, opparbeidet honorar samt fradrag for tidligere faktura. Det skal vedlegges oppgave over forbrukte timer, utlegg og utgifter for de enkelte deler/faser av oppdraget. Den enkelte prosjektfase kan faktureres fullt ut når byggherren har godkjent ytelsen for hver fase.*

- *Det knyttes dagmulkt til avslutning av følgende faser: skisseprosjekt, forprosjekt og detaljprosjekt.*

- *Byggherren har eiendomsrett til all prosjektdokumentasjon, herunder elektronisk lagret dokumentasjon, til bruk ved forvaltning, drift og vedlikehold, senere ombygginger og påbygninger samt annet bruk som naturlig knytter seg til prosjektet.*

- *Tilbudte honorarsatser ved endringsarbeid er faste.*

- *Alle utgifter til kontorhold, sekretær- og tegnetjeneste, DAK, plotting, kopiering til eget bruk, forsendelse, disketter/CD-er for distribusjon av prosjektinformasjon og tegninger, telefon, telefaks, kommunikasjonslinjer, lokale og ordinære reiser (herunder reiser til prosjekteringsmøter, møter med byggherren og hans organisasjon, byggemøter og reiser til øvrige prosjekterende i forbindelse med utførelse av oppdraget) skal være*

inkludert i honorartilbudet og i de tilbudte timehonorarsatser. All møtevirksomhet skal foregå i Skien.

• Utgifter godtgjøres iht. følgende:

- Kopiering og eventuell innbinding av dokumenter og tegninger til tilbudsinnhenting og kontraktsinngåelse samt dokumenter og tegninger til byggherre, brukerorganisasjon og byggeplass.
- Eventuelle reiser i forbindelse med oppdraget som foretas på anmodning av eller etter avtale med byggherren iht. Statens reiseregulativ for inntil 7,5 timer pr. reisedøgn.

• Det anses ikke som avbrudd og gis ikke erstatning dersom det blir besluttet å:

- Ikke igangsette oppdraget. Alle forberedelser til igangsetting som de prosjekterende gjør før skriftlig bekreftelse fra byggherren foreligger, skjer for de prosjekterendes regning.
- Avslutte oppdraget etter at forprosjekt er utarbeidet.
- Stille prosjekteringen i bero i påvente av nødvendige politiske vedtak."

(5) Innen utløp av tilbudsfristen kom det inn åtte tilbud, herunder tilbud fra Kokkersvold AS (heretter kalt valgte leverandør) og Arken Arkitektkontor AS (heretter kalt klager).

(6) Ved brev 17. november 2009 meddelte innklagede om at klagers tilbud var innstilt som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

(7) Fra innklagedes e-post til klager 6. januar 2010 refereres følgende:

"I forbindelse med vurderingen av Deres tilbud ber vi om en avklaring på hvorledes Arken har til hensikt å løse oppdraget knyttet til arkitekttjenesten. Dette sett i forhold til antall tilbudte medarbeidere og fremdriftplanen som er fastsatt i konkurransegrunnlaget."

(8) Klager besvarte henvendelsen ved brev 7. januar 2010. Fra brevet hitsettes følgende:

"Arken Arkitektkontor AS har satt vår mest erfarne skolearkitekt, sivilarkitekt Roar Svendsen, på oppgaven som ansvarlig arkitekt for arkitektprosjekteringen på Kongerød ungdomsskole. Dette oppdraget vil ha hans største fokus i den perioden det skal prosjekteres på dette prosjektet. Vår arbeidsmetodikk er basert på følgende prinsipp:

- *Sivilarkitekt Roar Svendsen utarbeider for dette prosjektet forslag til alle vesentlige arkitektfaglige løsninger.*
- *Han presenterer deretter disse arkitektfaglige vurderingene for kontorets arkitektfaglige forum, som består av et team med samtlige sivilarkitekter i Arken Arkitektkontor. Her blir nødvendige arkitektfaglige kvalitetssikringer foretatt og nødvendige arkitektfaglige valg gjennomdiskutert.*
- *Tegningsproduksjonen blir utført av sivilarkitekt Roar Svendsen med bistand av våre tekniske tegnere/DAK operatører. Arbeid som utføres av tekniske tegnere/DAK operatører blir underlagt kontinuerlig arkitektfaglig oppfølging og kvalitetssikring av sivilarkitekt Roar Svendsen.*

- *Kontoret vårt er organisert slik at vi plasserer de som samarbeider om prosjekter nær*

- (9) Klager ble ved brev 14. januar 2010 meddelt at deres tilbud, etter fornyet vurdering, var besluttet avvist. Fra brevet refereres:

"Ved denne anbudskonkurransen har Skien kommune mottatt klage på innstillingen fra tre av tilbyderne. [...] Dette har medført at vi har foretatt en grundig kvalitetssikring av tilbudene, og foretatt en ny helhetlig vurdering basert på kriteriene i anbudskonkurransen.

Under denne kvalitetssikringen er det avdekket feil i evalueringen. Etter vår første vurdering ble Arken Arkitekter AS (heretter kalt Arken) innstilt som nr. 1. Vår kvalitetssikring viser imidlertid at vi dessverre må avvise Deres tilbud i medhold av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13 (1).

Dette begrunnes i følgende; Arken har valgt å tilby kun én medarbeider på arkitekttjenesten, vedkommende er også tilbudt som prosjekteringsgruppens leder. Fremdriftsplanen, som en bindende del av konkurransegrunnlaget, tilsier imidlertid at det ikke er praktisk mulig for Arken å løse dette oppdraget med å sette kun én arkitekt på oppdraget. Fremdriftsplanen er også lagt til grunn i forhold til timeantall og dermed totalpris på oppdraget.

I e-post av 06.01.10 etterspurte vi en nærmere forklaring på hvorledes Arken hadde til intensjon å løse arkitektoppdraget innenfor det som var tilbudt. I konkurransegrunnlaget er det presisert at det ikke gis anledning til å sette andre personer på oppgaven enn de som er tilbudt, nettopp fordi disse ikke har vært en del av vurderingen og dermed påvirket vektingen av tildelingskriteriene. [...]

I svar datert 07.01.10 opplyser Deres firma at oppdraget delvis skal løses ved bruk av tekniske tegnere/DAK-operatører. Vi har vurdert lovligheten av dette, og har kommet frem til at forskrift om offentlige anskaffelser ikke gir oss anledning til å akseptere dette da vedkommendes kompetanse ikke er blitt vurdert under tildelingsprosessen.

Et overslag over timeforbruket iht oppgitt fremdriftsplan skulle tilsi at den tilbudte medarbeideren ville måtte bruke rundt 1400 timer på oppdraget. Dette er det ikke praktisk mulig å gjennomføre for en person på seks måneder. Da vi heller ikke finner å kunne akseptere bruk av andre arkitekter (fagteam) eller for øvrig andre fagpersoner i Deres firma, må vi dessverre avvise tilbudet og endre vår innstilling. Oppdraget vil etter dette gå til Kokkersvold AS."

- (10) Avvisningen ble påklaget ved klagers brev 4. februar 2010. Fra brevet refereres:

"Arken AS forutsetter [...] at evalueringen kun gjelder personer som arbeider med tilbudt kompetanse i prosjektet og som har innvirkning på leveransens resultat og kvalitet.

[...]

Vedtaket av 14. januar d.å. påklages med dette idet det hevdes å foreligge feil ved saksbehandlingen, lovanvendelsen og vurdering av de faktiske forhold.

Omgjøring av opprinnelig innstilling må være et resultat av klagen fra Kokkersvold AS [...]. Klagen skulle vært forelagt Arken AS for uttalelse før kommunen endret sin avgjørelse.

[...]

Som presisert i Arken AS sitt brev 7. januar d.å. og utdypet i vårt møte er det en selvfølge at den ansvarlige og utøvende arkitekt på prosjektet henter bistand fra det firmaet han er en del av. Som en del av den fremlagte og etterspurte dokumentasjon er det levert en oversikt over alle ansatte i selskapet. Slik dokumentasjon skulle være unødvendig dersom tanken var å utøve enhver funksjon alene.

[...]

Det er misvisende å beregne timebruken slik Kokkersvold AS og Skien kommune har gjort. [...] Arken AS inntar selvfølgelig for at det er praktisk mulig å gjennomføre prosjektet til stipulert tid innenfor de rammer kommunen har satt i anbudsinnbydelsen."

- (11) Fra innklagedes svar på klage 24. februar 2010 refereres følgende:

Nøyaktig hjemmel som er lagt til grunn for vår vurdering av saken er FOA § 20-13 (1) bokstav e.

I denne saken er det i tillegg et spørsmål om tilbudet omfattes av "kan" avvisningsregelen etter annet ledd bokstav a. Vi har vurdert at kapasitetsspørsmålet er innenfor "skal" avvisningsregelen etter første ledd, og vi går derfor ikke nærmere inn på en vurdering etter annet ledd.

[...]

Skien kommune mener at Arken Arkitektkontor AS som firma har kapasitet og kompetanse til å utføre oppdraget. Men fordi det i denne konkrete saken rent faktisk ikke er tilbudt mer enn en person, har vi ikke anledning til å godta at Arken Arkitektkontor AS setter andre personer på oppdraget da disse ikke er evaluert og vektet i tildelingsrunden."

- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 12. mars 2010.

- (13) Innklagede avventer kontraktsinngåelse inntil klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved avvisningen av klagers tilbud. Etter klagers oppfatning har innklagedes saksbehandling vært ukorrekt og bygger på feil faktum og rettsanvendelse.

- (15) Innklagede måtte vite at ansvarlig arkitekt ikke selv utfører alt arbeid og at utførte arkitekttimer forutsetter tilsvarende bruk av "ikke-arkitektfaglige" ressurser. Øvrige tilbydere har heller ikke oppgitt samtlige av sine kontoransatte som på en underordnet måte deltar i prosjektet. Klager viser videre til konkurransegrunnlaget punkt 19.2 som forutsetter at den tilbudte prosjektmedarbeider bistås under gjennomføringen. Etter klagers oppfatning er det ikke relevant hvilket beløp eller prosentandel av kontraktsummen som vil medgå til rene arkitektoppgaver og hvor mye som vil medgå til ikke-arkitektfaglige arbeider.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede anfører at anskaffelsesregelverket er fulgt. Etter innklagedes oppfatning er sakens kjerne hvorvidt det var anledning til å anta et tilbud hvor andre ressurser enn de som var oppgitt i tilbudet skal utføre en vesentlig del av oppdraget. Det vises til at det i konkurransegrunnlaget var presisert at hvor det tilbys en person per fag, vil det ikke være mulig å sette inn andre medarbeidere i prosjektet. Dette ble gjort for å hindre sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Klager hadde tilbudt en person til prosjekteringsgruppens leder og arkitekt. Det er ikke bestridt at medarbeideren har kompetanse til å utføre arbeidet. Medarbeideren skal utføre arbeid i forprosjektet til en verdi av kr 865 030. Det resterende arbeidet, pålydende kr 550 000, utgjør cirka 40 prosent av kontraktsverdien og er oppgitt til å skulle utføres av andre enn den tilbudte ressursen. Klagers tilbud inneholder dermed et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e. For fullstendighetens skyld er klager den eneste som har tilbudt kun én person til utførelsen av det aktuelle arbeidet.
- (17) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda er kommet til nedenfor gjengis ikke partenes øvrige anførsler, jf. sak 2009/219 (premiss 30).

Klagenemndas vurdering:

- (18) 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. Anskaffelsen gjelder prosjekteringstjenester som er en prioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser Vedlegg 5 kategori (12), og følger etter sin verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriften del I og del III.
- (19) Klager har anført at tilbudet urettmessig ble avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav e fordi innklagede måtte legge til grunn at også andre personer i klagers firma kom til å utføre ikke arkitektfaglige oppgaver under en eventuell avtale, jf. konkurransegrunnlaget punkt 19.2, 6. kulepunkt.
- (20) Innklagede har imøtegått klagers anførsel ved å vise til at tilbudet er basert på at 40 prosent av kontraktsverdien utføres av andre enn sivilarkitekt Roar Svendsen. Dette er ikke bestridt av klager og legges til grunn i det følgende.
- (21) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav e at et tilbud skal avvises dersom: *"det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*.
- (22) I konkurransegrunnlaget punkt 6.2 var det opplyst om evalueringen av tildelingskriteriet *"Prosjektgjennomføring"* at *"dersom det kun tilbys en person pr fag, vil det ikke være*

mulig å sette inn andre medarbeidere i prosjektet, da det er tilbudte medarbeideres CV'er som legges til grunn ved evalueringen."

- (23) Det følger videre av konkurransegrunnlaget punkt 19.2 "*Spesielle bestemmelser*", kulepunkt 6, at "*alle utgifter til kontorhold, sekretær- og regnetjeneste, DAK, plotting, kopiering til eget bruk, forsendelse, disketter/CD-er for distribusjon av prosjektinformasjon [...] skal være inkludert i honorartilbudet og i de tilbudte timehonorarsatser.*"
- (24) Det er på det rene at klager hadde tilbudt én medarbeider til å utføre oppdraget, og at det ikke ble innlevert CV'er for andre personer med tilbudet. Imidlertid fremgår det av klagers brev, datert 7. januar 2010, at "*[s]ivilarkitekt Roar Svendsen utarbeider for dette prosjektet forslag til alle vesentlige arkitektfaglige løsninger [og] [h]an presenterer deretter disse arkitektfaglige løsningene for kontorets arkitektfaglige forum, som består av et team med samtlige sivilarkitekter i Arken Arkitektkontor.*" Kontorets arkitektfaglige forum skulle deretter foreta "*nødvendige arkitektfaglige kvalitetssikringer*". Videre ble det opplyst om at tegningsproduksjonen skulle utføres av "*sivilarkitekt Roar Svendsen med bistand av tekniske tegnere/DAK-operatører*". Dette bekreftes også i klagen til nemnda hvor klager uttrykker at det ikke er rom for å la en høyt utdannet og kostbar sivilarkitekt utføre den del av arbeidet som ikke krever arkitektkompetanse.
- (25) Klagenemnda er kommet til at klagers tilbud strider mot en klar forutsetning i konkurransegrunnlaget punkt 6.2 om at samtlige prosjektmedarbeidere skulle oppgis i tilbudet. Etter nemndas syn må teamet med sivilarkitekter og tekniske tegnerne/DAK-operatører anses som "*prosjektmedarbeidere*" omfattet av konkurransegrunnlaget punkt 6.2.
- (26) Klagers henvisning til kontraktsbestemmelsen i konkurransegrunnlaget punkt 19.2 endrer ikke nemndas oppfatning. Kontraktsbestemmelsen avklarer hva som er inkludert i honoraret, noe som ikke er relevant for innklagedes evaluering av kompetansen som reelt sett er tilbudt av klager. Nemnda kan heller ikke finne holdepunkter for klagers påstand om at øvrige tilbud ikke har oppgitt samtlige av sine kontoransatte som deltar i prosjektet. Klagers anførsel kan etter dette ikke føre frem.
- (27) Når det gjelder det rettslige grunnlaget for avvisning bemerker klagenemnda at det er bestemmelsen i forskriften § 20-13 (1) bokstav f som kommer til anvendelse.
- (28) Av bestemmelsen følger at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når det "*på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene*".
- (29) Klagers tilbud ble evaluert på bakgrunn av forutsetningen om at sivilarkitekt Roar Svendsen skulle utføre arkitektdelen av prosjektet alene. Når klager senere redegjorde for at også andre medarbeidere skulle utføre arbeid, herunder tegningsproduksjon og kvalitetssikring i prosjektet, var ikke denne forutsetningen lenger tilstede. Det var da ikke lenger mulig for innklagede å evaluere klagers tilbud hva gjaldt tildelingskriteriet "*Prosjektgjennomføring*".

- (30) Etter klagenemndas syn er derfor forskriften § 20-13 (1) bokstav f den riktige avvisningsbestemmelsen, og det foreligger avvisningsplikt etter denne. Klagenemnda bemerker at avvisningsbestemmelsene tidvis overlapper hverandre, og bruk av feil bestemmelse endrer ikke det faktum at klagers tilbud rettmessig ble avvist.
- (31) Nemnda tilføyer avslutningsvis at dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen uansett annulleres frem til kontrakt er inngått, jf. forskriften § 22-3 annet ledd.

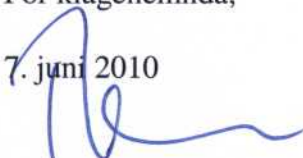
Konklusjon:

Skien kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For klagenemnda,

7. juni 2010



Tone Kleven