



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjekteringstjenester for ombygging/tilbygg på et sykehjem. Klagenemnda fant at det var uklart hvem som måtte anses omfattet av et kvalifikasjonskrav til erfaring. Det vil si hvorvidt dette kun omfattet arkitekt, slik innklagede mente, eller alle faggrupper som skulle delta i prosjekteringsgruppen som tilbudet skulle omfatte. Unnlatelsen av å angi klart nok at dette kravet kun gjaldt for arkitekten og ikke samtlige av deltakerne i prosjekteringsgruppen, ble ansett i strid med kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5. Basert på dette fant nemnda også at innklagede hadde hatt plikt til å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble etter dette ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 22. april 2013 i sak 2011/235

Klager: Arkitektbedriftene i Norge

Innklaget: Sør-Fron kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Morten Goller

Saken gjelder: Uklart kvalifikasjonskrav. Avlysningsplikt.

Bakgrunn:

- (1) Sør-Fron kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. juni 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjekteringstjenester for ombygging/tilbygg på Sørheim Sykehjem. Abakus AS bisto innklagede i gjennomføringen av konkurransen. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen angitt til å overstige EØS-terskelverdi. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 15. august 2011 kl. 12.00.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1.1 fremgikk det at de etterspurte prosjekteringstjenestene omfattet utarbeidelse av skisseprosjekt, forprosjekt, utarbeidelse av detaljprosjekt, oppfølging i gjennomføringsfasen og utarbeidelse av as-built tegninger.
- (3) I grunnlaget punkt 2.1.3 fremgikk det at prosjekteringsoppdraget var oppdelt i 5 ulike faser, som var nærmere spesifisert, og at oppdraget omfattet følgende fag: Arkitekt (ARK), Prosjektering bygg (RIB), Prosjektering brann (RIBR), Prosjektering vvs (RIV), Prosjektering elektro (RIE) og Prosjektering av landskap (LARK). På slutten av punkt 2.1.3 fremgikk det følgende "*Spesielle merknader og presiseringer*":

"

Oppdragsgiver forutsetter at fase 1 gjennomføres av arkitekten, slik at de øvrige profesjonene kommer inn i prosjektet i fase 2.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

Prosjekterende for bygg (RIB) skal også vurdere de geotekniske forholdene.

RIE skal ha med pasientvarslingssystem i sin prosjektering.

Prosjekterende er ansvarlig søker.

Kommunen vil selv stå for søknaden til Husbanken."

- (4) I grunnlaget punkt 2.1.5 fremgikk det at *"Det ønskes anbud som samlet gruppeavtale hvor arkitekten er anbyder og prosjekteringsansvarlig for alle fagområder, dvs arkitekt, landskapsarkitekt, byggteknikk, brannteknikk, vvs-teknikk og elektroteknikk."*

- (5) I grunnlaget punkt 3.1.8 fremgikk det følgende kvalifikasjonskrav til tilbyderne:

"3.1.8 Erfaring

Tilbyder skal ha gjennomført minimum 2 tilsvarende oppdrag de siste 3 år. Dette skal dokumenteres med oppdragsbeskrivelse, oppdragsgiver, tidsrom og økonomisk omfang."

- (6) Kravet ble etter det opplyste senere endret, slik at det kun ble stilt krav om ett, og ikke to, tilsvarende oppdrag de siste 3 år.

- (7) I grunnlaget punkt 4.2 fremgikk det at kontrakt ville bli tildelt på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra tildelingskriteriene *"Priser"* og *"Kompetanse og erfaring"*. Om det sistnevnte kriteriet fremgikk det følgende i punkt 4.2.2.2:

- (8) *"Oppdragiver ønsker best mulig kvalitet på arbeidet. Tilbyder skal opplyse dokumentere med CV for de personene som dedikeres til oppdraget. Dokumentasjonen skal inneholde formell bakgrunn og informasjon om tilsvarende oppdrag."*

- (9) Den 20. juni 2011 stilte Arkitektbedriftene i Norge (heretter kalt klager) følgende spørsmål på nettet til innklagede:

*"Vedr konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav slik det fremkommer under pkt 3.1.8 og punkt 4.2.2.2. Her brukes det formulering som **"tilsvarende oppdrag"**.*

Hva mener dere rent konkret er tilsvarende oppdrag i denne sammenhengen?"

- (10) Innklagede besvarte spørsmålet på nettet på følgende måte samme dag:

"Med tilsvarende oppdrag menes utforming av bygg som er rettet mot personer som har behov for heldøgns helse- og sosialtjenester. Jfr Husbankens veileder HB 8.F.7 – rom for trygghet og omsorg."

- (11) I e-post av 4. juli 2011 uttalte klager at kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende oppdrag var i strid med forskriften § 17-9 (5), og uttalte blant annet at:

"På en slik bakgrunn er det ikke grunnlag for å kreve identiske kvalifikasjoner som oppgaven selv.

For å oppnå forholdsmessighet må en akseptere annen relevant erfaring fra prosjektering av skoler, hoteller mv. Dette må gjelde fordi en innenfor bransjen anser slik erfaring som fullt ut "overførbar".

I tillegg kommer at et krav om identiske kvalifikasjoner som oppgaven selv, i praksis vil utelukke svært mange, og derved forhindre tilfredsstillende konkurranse.

[...]

På denne bakgrunn ber vi om at konkurransegrunnlaget på disse to punkter presiseres slik som anmerket, og meddeles alle de bedrifter som har sagt seg interessert i å delta i konkurransen."

- (12) I brev av 8. juli 2011 avslo innklagede å ta klagers anmodning til følge, og uttalte blant annet følgende:

"I denne saken har oppdragsgiver foretatt en saklig og forsvarlig vurdering i forhold til den bestemte typen bygg det her er snakk om og hvilke særegne problemstillinger som knytter seg til en type bygg som et sykehjem. Oppdragsgiver har på bakgrunn av sin vurdering funnet det nødvendig å sette et krav til at tilbyder skal ha gjennomført tilsvarende oppdrag tidligere."

- (13) I anskaffelsesprotokollen fremgår det at det totalt var 29 "Leverandører som har blitt invitert eller som har bedt om tilgang", og at det var 8 leverandører som leverte tilbud.

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 19. august 2011.

- (15) I brev av 6. september 2011 meddelte innklagede at kontrakt ennå ikke var inngått, og i brev av 9. september 2011 meddelte innklagede at kommunen ikke ville avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda hadde behandlet saken. Samme dag ble tilbyderne meddelt at kommunen hadde til hensikt å inngå kontrakt med Arkitektene Berg og Østvang AS.

- (16) I innklagedes tilsvarende svar til klagenemnda av 19. september 2011 opplyste innklagede at kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende oppdrag gjelder prosjektering av sykehjem og at det kun omfatter arkitekten som gruppeleder og ikke hver enkelt deltaker i prosjekteringsgruppen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved det oppstilte kvalifikasjonskravet til erfaring fra tidligere oppdrag fordi dette kravet må anses ulovlig av tre forskjellige grunner.
- (18) Kvalifikasjonskravet er for det første i strid med forskriften §§ 3-1 (5) og 17-4 (2) fordi det er uforholdsmessig. Kvalifikasjonskravet er uforholdsmessig fordi innklagede ikke har gitt en tilfredsstillende redegjørelse for hvorfor det var forholdsmessig å kreve erfaring fra prosjektering av sykehjem og det innenfor bransjen er en kjent sak at prosjektering av tilsvarende bygg er fullt ut overførbart til prosjektering av sykehjem.

Bare sistnevnte er nok til å gjøre kvalifikasjonskravet ulovlig. Generell prosjekteringserfaring med ombygging vil ha større betydning enn prosjekteringserfaring med sykehjem. Det samme vil erfaring med prosjektering basert på kunnskap om Evidenced Based Design, Healing Environment, holistisk tenkning og prosjekteringserfaring med å ta hensyn til utsyn, dagslys, farger bygningsmessig utforming, natur, kunst, god logistikk, effektiv organisering av funksjoner, bedre arbeidsmiljø, lavere sykefravær, mer tid til beboere, involvering av brukerne osv. Innklagede kunne derfor kun lovlig stille krav om erfaring fra tilsvarende/sammenlignbare prosjekter eller lignende, det vil si alle typer prosjektering som er overførbar til prosjektering av sykehjem. Kravet om erfaring fra tilsvarende/sammenlignbare prosjekter må også begrenses til kun å gjelde de deltakerne i prosjekteringsgruppen som dette har en reell betydning for.

- (19) Kvalifikasjonskravet er for det andre i strid med loven § 5 (2) og forskriften § 3-1 (1) fordi det er unødvendig konkurransebegrensende. Kvalifikasjonskravet er unødvendig konkurransebegrensende fordi svært få hele prosjekteringsgrupper har prosjekteringserfaring med sykehjem. Kravet er derfor ulovlig på dette grunnlag, uavhengig av om klagenemnda skulle komme til at kravet er forholdsmessig. Erfaring fra prosjektering av sykehus, andre helseinstitusjoner, eldreboliger, psykiatriske institusjoner, bofellesskap/hybelbygg, andre institusjoner med døgnbeboere, skoler og internatskoler, pasienthotell og ordinære hotell, bør ha klar overføringsverdi til prosjektering av sykehjem. Arkitektutdanningen gir også generell kompetanse i plassering og forming av bygningsvolumer, terrengtilpasning, planløsningsmetodikk og byggeteknikk og praksis fra yrkeslivet gir erfaring med tverrfaglig samarbeid, brukersamarbeid, oppfølging på byggeplass og kvalitetssikring. Dette er viktigere enn snever erfaring fra en liten del av fagfeltet. Som innklagede også har påpekt, finnes det også nyttige veiledere som arkitekten kan benytte ved prosjekteringen. Innklagede har heller ikke godtgjort at kommunen foretok undersøkelser på forhånd for å forsikre seg om at kravet ikke var unødvendig konkurransebegrensende. Selv om det kom inn tilbud fra 8 leverandører i foreliggende konkurranse og ingen ble avvist, kunne enda flere levert tilbud dersom kvalifikasjonskravet til erfaring ikke var blitt stilt. At det kun kom inn tilbud fra 6 leverandører i den andre konkurransen, kan heller ikke tillegges vekt, da det ikke er opplyst hvilke andre krav som var satt slik at det ikke er mulig å vurdere hvorfor ikke flere leverte inn tilbud.
- (20) For det tredje er kvalifikasjonskravet i strid med kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 fordi det ikke klart nok fremgår hvem dette kravet gjaldt for, kun arkitekten eller alle deltakerne i prosjekteringsgruppen. Hvis innklagede mente at dette kun gjaldt for arkitekten, skulle innklagede uttalt dette direkte.
- (21) Siden kvalifikasjonskravet er ulovlig, skulle konkurransen vært avlyst.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede bestrider at kvalifikasjonskravet er ulovlig.
- (23) Kvalifikasjonskravet er ikke uforholdsmessig. I forbindelse med utarbeidelsen av konkurransedokumentene foretok innklagede en vurdering av hvilke krav det var nødvendig å stille, og fant blant annet at det var nødvendig å stille krav om erfaring fra tilsvarende prosjekt som følge av de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende ved

prosjektering av et sykehjem. Her må det tas hensyn til både ansatte og beboere, som er andre enn for eksempel ved bygging av en skole eller et hotell. Beboerne er som regel eldre med nedsatt syns- og hørselsfunksjon, hvilket skaper bestemte behov med hensyn til valg av farger, materialer, tekstiler, møbler og inneklima. Det er også spesielle sosiale aspekter som må ivaretas for å skape en hyggelig og trygg atmosfære. Dette gjelder også med tanke på de pårørende som kommer på besøk. Med tanke på de ansatte, har Arbeidstilsynet en egen veileder, "*Arbeidsmiljøet i helseinstitusjoner*". Denne gir retningslinjer for organisering og tilrettelegging av arbeidet og utforming og dimensjonering av arbeidsrom og lokaler. Dette er viktig å ivareta både med hensyn til de ansatte og brukerne. Innklagede har i tillegg til å vektlegge disse retningslinjene, også lagt til grunn uttalelser fra fagpersonell i kommunen og lagt vekt på informasjon i Husbankens veileder for utforming av omsorgsboliger og sykehjem, "*Rom for trygghet og omsorg*". Dette tilsier at det var viktig å stille krav til erfaring for å sikre at anskaffelsen ble mest mulig hensiktsmessig og effektiv i henhold til loven § 1, og dette må være innenfor oppdragsgivers skjønn.

- (24) Kvalifikasjonskravet er ikke unødvendig konkurransebegrensende. Abakus AS, som har bistått innklagede ved gjennomføringen av anskaffelsen, har fra tidligere oppdrag erfaring som viser at det er mange arkitektbedrifter som besitter den etterspurte erfaring. I foreliggende tilfelle mottok innklagede tilbud fra 8 leverandører, hvor alle tilbyderne hadde den etterspurte erfaring. Antall tilbud som ble mottatt var i samsvar med det som var forventet. I en tidligere konkurranse om forprosjektering av sykehjemsplasser, hvor det ikke ble stilt krav om erfaring fra tilsvarende bygg, mottok innklagede kun tilbud fra 6 leverandører. Dette underbygger at kvalifikasjonskravet i foreliggende konkurranse ikke var unødvendig konkurransebegrensende. For øvrig fremgår det av anskaffelsesprotokollen hvilke firma som ba om konkurransegrunnlaget og hvem som leverte tilbud.
- (25) Siden kvalifikasjonskravet ikke er ulovlig, skulle konkurransen heller ikke vært avlyst.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager er bransjeorganisasjonen til praktiserende arkitekter, landskaps- og interiørarkitekter i Norge som er potensielle leverandører i aktuelle konkurranse. Selv om det muligens kan være negativt for valgte leverandør at klagers anførsler tas til følge, vil dette kunne være positivt for andre potensielle leverandører og klager som bransjeorganisasjon for disse. I tillegg er kontrakt også inngått i denne saken. Klagenemnda finner derfor at klager må anses for å ha saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder prosjekteringstjenester som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 12. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen angitt til å overstige EØS-terskelverdi. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det var uklart hvem som måtte oppfylle kvalifikasjonskravet til erfaring

- (27) I innklagedes tilsvarende svar til klagenemnda av 19. september 2011 har innklagede opplyst at kvalifikasjonskravet om erfaring fra tilsvarende oppdrag kun gjaldt arkitekten og ikke hver enkelt deltaker i prosjekteringsgruppen. Som følge av dette har klager anført at kvalifikasjonskravet er ulovlig fordi det er uklart og dermed i strid med kravene til

forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5. Dette siden det etter klagers syn ikke fremgår klart nok hvem dette kravet gjaldt for, kun arkitekten eller alle deltakerne i prosjekteringsgruppen. Klager hadde i utgangspunktet oppfattet det slik at kvalifikasjonskravet gjaldt samtlige deltakere i prosjekteringsgruppen. Klagenemnda legger til grunn at innklagede har lagt sin forståelse til grunn ved gjennomføringen av anskaffelsen. Det er på det rene at det tilbud som skulle gis i konkurransen omfattet flere fag enn arkitekten, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.

- (28) I EU-domstolens dom C-19/00 ("SIAC Construction") ble det vedrørende tildelingskriterier fastslått at disse må utformes på en tilstrekkelig klar og tilgjengelig måte, slik at de *"allows all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way"*. Dette har klagenemnda i sin tidligere praksis funnet at ut fra kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 må gjelde for alle delene av konkurransegrunnlaget, herunder de kvalifikasjonskrav som oppdragsgiver oppstiller, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/249 premiss (33).
- (29) Etter å ha gjennomgått konkurransegrunnlaget, ser klagenemnda at det her både finnes forhold som taler for at kvalifikasjonskravet kun må anses for å gjelde arkitekten og forhold som taler for at dette må anses for å gjelde alle deltakerne i prosjekteringsgruppen. Forhold som taler for det førstnevnte, er blant annet at det er arkitekten som ifølge grunnlaget punkt 2.1.5 er *"anbyder og prosjekteringsansvarlig for alle fagområder"*. Videre er det i angivelsen av kvalifikasjonskravet i punkt 3.1.8 brukt entall ved angivelsen av hvem som skal ha erfaring, *"Tilbyder"* istedenfor *"Tilbyderne"*. Dette for eksempel i motsetning til i kvalifikasjonskravet i punkt 3.1.7, hvor det heter at *"De tilbudte prosjekterende skal ha [...]"*. På den annen side er det på det rene at det er en rekke fag som skal delta i prosjekteringsgruppen, og det kan da være naturlig at samtlige av deltakerne må tilfredsstille de kvalifikasjonskrav som er oppstilt, med mindre noe annet uttrykkelig er presisert. Når det gjelder tildelingskriteriet fremgår det at den dokumentasjon som skulle innleveres omfattet alle personene som ble dedikert til oppdraget, og her skulle dokumentasjonen også blant annet omfatte *"informasjon om tilsvarende oppdrag"*. Dette gjør at klagenemnda finner det uklart om konkurransegrunnlaget må forstås slik innklagede har opplyst, og kvalifikasjonskravet kan dermed ikke anses utformet på en tilstrekkelig klar og tilgjengelig måte, slik at det *"allows all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way"*. Unnlattelsen av å utforme kvalifikasjonskravet på en tilstrekkelig klar og tilgjengelig måte, det vil si angi klart nok at det kun gjaldt for arkitekten og ikke samtlige av deltakerne i prosjekteringsgruppen, utgjør et brudd på kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5.

Avlysningsplikt

- (30) Det neste klagenemnda må ta stilling til er om den feil innklagede har begått, å unnlate å utforme kvalifikasjonskravet klart nok, er en feil som medfører at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (31) Dette er ikke direkte regulert verken i loven eller forskriften om offentlige anskaffelser. I klagenemndas saker 2010/157, 2010/188 og 2011/249 ble det konstatert avlysningsplikt som følge av at det forelå forhold som gjorde konkurransegrunnlaget uklart og at dette var feil som innklagede ikke kunne reparere på annen måte enn ved avlysning og ny kunngjøring uten uklart konkurransegrunnlag. Følgende ble uttalt om avlysningsplikten i klagenemndas 2011/249 premiss (137) – (139):

"(137) Førsteinstansdomstolen oppstilte i sak T-345/03 (premiss 147) følgende retningslinje når en feil i en konkurranse gir plikt til å avlyse konkurransen:

"Ifølge fast retspraksis kan en uregelmæssighed ved proceduren imidlertid kun føre til annullation af den pågældende beslutning, hvis det påvises, at den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat, hvis uregelmæssigheden ikke var forekommet, og sagsøgeren havde haft adgang til de pågældende oplysninger fra begyndelsen af proceduren, samt hvis der var en – om end begrænset – mulighed for, at sagsøgeren kunne have udvirket, at proceduren fik et andet udfald [...]"

(138) Dette utgangspunktet ble fulgt opp i førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-50/05 (premiss 61-62), og klagenemnda har lagt dette til grunn i blant annet sak 2011/171 (premiss 59-61).

(139) Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, med andre ord avholdt leverandører fra å delta."

- (32) I foreliggende sak er feilen at det ikke var angitt klart nok at kvalifikasjonskravet til erfaring kun gjaldt arkitekten og ikke samtlige av deltakerne i prosjekteringsgruppen. Når dette i konkurransegrunnlaget kunne forstås på begge måter, er dette et forhold som kan ha påvirket hvem som valgte å gi inn tilbud, og hvilke personer de som innga tilbud valgte å tilby i prosjekteringsgruppen. Dersom innklagedes fortolkning legges til grunn, må det, ut fra de opplysningene som foreligger i saken, kunne legges til grunn at det nok var flere som kunne ha deltatt i konkurransen, enn dersom klagers opprinnelige fortolkning legges til grunn. Klagenemnda er derfor kommet til at den feilen som her foreligger medfører at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. Dette gjør også at klager mangler saklig interesse i å få avgjort hvorvidt kvalifikasjonskravet også var uklart og medførte avlysningsplikt på de andre grunnlag klager har anført for dette. Disse anførslene avvises derfor fra behandling, jf. klagenemndforskriften § 9 (2), jf. § 6 (2).

Konklusjon:

Sør-Fron kommune har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 ved ikke å angi klart nok at kvalifikasjonskravet til erfaring kun gjaldt for arkitekten og ikke samtlige av deltakerne i prosjekteringsgruppen.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Bergen, 22. april 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

