



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kontrakt om prosjektadministrative oppgaver i forbindelse med bygging av ny skole og idrettshall i Hurdal kommune. Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, idet kontrakten var en tjenstekontrakt som skulle vært kunngjort etter forskriften del III. Klagenemnda fant at kontrakten var en tjenstekontrakt, men at terskelverdien i forskriften § 2-2 ikke var oversteget. Anførselen førte derfor ikke frem. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriet "referanser" var ulovlig. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 4. november 2013 i sak 2011/332

Klager: Byggeråd AS

Innklaget: Øvre Romerike Innkjøpssamarbeid

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Morten Goller, Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkteanskaffelse, ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Øvre Romerike Innkjøpssamarbeid (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. september 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kontrakt om prosjektadministrative oppgaver i forbindelse med bygging av ny skole og idrettshall i Hurdal kommune. Anskaffelsen var kunngjort ved skjema for forskriften del II. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 18. oktober 2011.
- (2) Det var i kunngjøringen punkt II.1.2 a) kryssset av for at konkurransen gjaldt "utførelse" av en bygg- og anleggsanskaffelse. I punkt II.1.6 var anskaffelsen klassifisert med CPV-kodene "71300000" (Ingeniørtjenester) og "71311000" (rådgivning ingeniørtjenester i forbindelse med bygge- og anleggsarbeid). Disse CPV-kodene hører under prioritert tjenstekategori 12. Under beskrivelsen av anskaffelsens art og omfang i konkurransegrunnlaget punkt 6, var ytelsen omtalt som "konsulenttjenester".
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 15 var det angitt følgende tekniske kvalifikasjonskrav til leverandørene:

<i>Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:</i>	<i>Dokumentasjon - bevis for at de stilte krav er oppfylt</i>
<i>Leverandøren skal ha teknisk kapasitet og faglige kvalifikasjoner til å gjennomføre kontrakten. Leverandøren og dennes underleverandører må ha</i>	<i>Som del av tilbudet skal det vedlegges referanseliste over relevante prosjekter der tilbyder har levert tilsvarende tjenester. Det skal opplyses hvilke tjenester som er levert og gis opplysninger om oppdragsgiver og kontaktpersoner/referanser hos disse. (Det bør</i>

kompetanse og god gjennomføringsevne innen de fagområder som leveransen krever. Leverandører og dennes underleverandører skal ha tilstrekkelig kompetanse til å ivareta avtalens omfang.	minst være tre referanser) - Konsulentfirmaet gir en beskrivelse for kompetanse som innehas av firmaet. Konsulentfirma må ha minimum "Sentral godkjenning" i tiltaksklasse 2, og erfaring i forhold til de oppgaver og analyser som faget krever. - Kopi av sentral godkjenning, eventuelle referanser på lokale godkjenninger vedlegges.
--	---

- (4) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 34 at tildelingen skulle skje på basis av hvilket tilbud som var det mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

Tildelingskriterium	Vekt %
<i>Pris, blir evaluert etter prisskjema</i>	40 %
<i>Faglig kompetanse på ytelsen</i>	30 %
<i>Referanser</i>	30 %
Sum	100 %

- (5) Tildelingskriteriene var nærmere beskrevet slik:

"Pris

Blir evaluert etter prisskjema vedlegg 4.

Faglig kompetanse for ytelsen

Tilbyder må tilby person med faglig kompetanse innenfor dette område. Navn på konsulent og hans stedfortreder oppgis. Kompetanse for tilbudt personell vurderes ut fra vedlagte CV-er. [...]

Referanser

3 referanser oppgis med karakter om pålitelighet, effektivitet, samarbeidsevne og kvalitet på utført arbeide. For tilbydere som tidligere har hatt oppdrag for Hurdal kommune vil erfaring av de også bli vurdert. For hvert kriterium vil det bli gitt poeng på en skala fra 1 til 6 (med 6 som best)."

- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede åtte tilbud. Blant leverandørene som innga tilbud var Byggeråd AS (heretter kalt klager) og Svendby Bygg Consult AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Innklagede informerte tilbyderne om valg av leverandør i brev datert 28. oktober 2011.
- (8) Kontrakt med valgte leverandør ble signert 30. november 2011.

- (9) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. desember 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig direkteanskaffelse

- (10) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen etter forskriften del III. Anskaffelsen skulle ikke vært kunngjort som en bygg- og anleggsanskaffelse med terskelverdi på 40,5 millioner kroner. Anskaffelsen er en tjenesteanskaffelse, ettersom prosjektadministrative oppgaver er en prioritert tjeneste i kategori 12. Innklagede har også oppgitt CPV-koder som tilhører denne kategorien i kunngjøringen.
- (11) Forventet kontraktsverdi vil trolig være rundt 5 millioner kroner, og utvilsomt langt over terskelverdien på 1,6 millioner kroner. Av kommunestyres vedtak i møte 17. juni 2009 fremgår det at prosjektrammen var på 140 millioner kroner. Kommunestyret har senere vedtatt å bygge idrettshall i stedet for gymsal, noe som formodes å øke prosjektrammen ytterligere. Normalt honorar for prosjektledelse er i størrelsesorden 1,75-2 % (2,45-2,8 millioner kroner) og byggeledelse rundt 1,5-1,75 % av prosjektkostnad (2,1-2,45 millioner kroner). Kunngjøring etter del II i stedet for del III utgjør en feil som ikke kan rettes, slik at konkurransen skulle vært avlyst og kunngjort på nytt.

Ulovlig tildelingskriterium

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved at det er uklart hvorvidt det kun er kompetansen til de utførende personer, eller leverandøren generelt som ville vektlegges under tildelingskriteriet "*referanser*". Det var etterspurt tre referanser ved tildelingskriteriet "*referanser*". I kvalifikasjonskravene var det også etterspurt referanseliste med minst tre referanseprosjekter. Det kan synes som om det her foreligger en sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Det vises i den forbindelse også til de tre referanseuttalelsene som valgt tilbyder har fremlagt som dokumentasjon til tildelingskriteriet, hvor det gis karakter på "*firmaets/personens effektivitet*", samt "*firmaets samarbeidsevner*".
- (13) På bakgrunn av det resultat som klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig direkteanskaffelse

- (14) Det er ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Konkurransen gjaldt prosjektadministrative tjeneste i forbindelse med bygging av ny skole og idrettshall i Hurdal kommune. Byggingen av selve skolen ble kunngjort etter forskriften del III, og ble utlyst i TED (Tender Electronic Daily) 17. juni 2011. Det legges ikke inn tjenestekategorier ved publisering av bygg- og anleggsanskaffelser. Kommunen beregnet anskaffelsen til ikke å overskride terskelverdien for bygg- og anleggsanskaffelser.

- (15) Innklagede stipulerte verdien av kontrakten til under 1,6 millioner ekskl. mva. ved kunngjøringen av konkurransen. Skolen er under bygging og skal stå ferdig i desember 2013. Bokførte kostnader for kontrakten pr. september 2013, er 1 479 469 kroner.

Ulovlig tildelingskriterium

- (16) Innklagede bestrider at det er foretatt en sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier ved tildelingskriteriet "*referanser*". Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 12 om kvalifikasjonskrav og 34 om tildelingskriterier at vurderingen av tilbydernes referanser ikke er sammenfallende.
- (17) På bakgrunn av det resultat som klagenemnda har kommet til, gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Konkurransen gjelder kontrakt om prosjektadministrative oppgaver i forbindelse med bygging av ny skole og idrettshall i Hurdal kommune. Anskaffelsen ble kunngjort i Doffin 29. september 2011, ved kunngjøringsskjema for anskaffelser som følger forskriften del II. Klager har anført at anskaffelsen skulle vært kunngjort som en tjenestekontrakt etter forskriften del III, fordi kontraktens verdi oversteg terskelverdien for tjenestekontrakter. Anførselen innebærer et spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (19) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (20) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (21) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli eller senere.
- (22) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b, slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom kontrakt i foreliggende sak ble underskrevet 30. november 2011, skal klagenemnda behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse.
- (23) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (24) I foreliggende sak ble innklagede orientert om at klagen inneholdt en påstand om ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas fristavbrytende brev 17. september 2013. Kontrakt ble inngått 30. november 2011, og klagen anses derfor som rettidig.
- (25) Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (26) Av loven § 7b (1), slik den lød før 1. juli 2012, følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7.april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (27) Klager har anført at innklagede har brutt kunngjøringsreglene ved at anskaffelsen skulle ha vært kunngjort etter forskriften del III, fordi anskaffelsen gjelder en tjenstekontrakt som overstiger EØS-terskelverdiene i forskriften § 2-2 (1). Innklagede har kunngjort anskaffelsen etter forskriften del II, og anfører at terskelverdiene ikke var oversteget. Innklagede har prinsipalt fremholdt at anskaffelsen var en bygge- og anleggsanskaffelse, og at terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter derfor skal legges til grunn.
- (28) Klagenemnda tar først stilling til om anskaffelsen gjelder en bygg- og anleggskontrakt eller en tjenstekontrakt.
- (29) I kunngjøringen hadde innklagede krysset av for at anskaffelsen gjaldt "*utførelse*" av en bygge- og anleggsanskaffelse. Under beskrivelsen av anskaffelsens art og omfang var imidlertid ytelsen omtalt som "*konsulenttjenester*". Anskaffelsen ble utelukkende kunngjort med CPV-klassifiseringene 71300000 (Ingeniørtjenester) og 71311000 (Rådgivning ingeniørtjenester i forbindelse med bygge- og anleggsarbeid), som hører under prioritert tjenstekategori 12, jf. vedlegg 5 i forskriften. Det var ikke oppgitt CPV-koder som gjaldt "*utførelse*" av bygg- og anleggsarbeid som nevnt i forskriften § 4-1 c). Klagenemnda finner på denne bakgrunn at anskaffelsen var en prioritert tjenstekontrakt i kategori 15, jf. forskriften § 4-1 d). En eventuell feil i kunngjøringen på dette punkt, fører imidlertid ikke alene til en ulovlig direkteanskaffelse i foreliggende sak, ettersom tjenesten er tilkjennegjort ovenfor leverandørene ved riktige CPV-koder.
- (30) Prioriterte tjensteanskaffelser skal kunngjøres etter forskriften del III dersom den anslåtte verdien overstiger 1,6 millioner kroner ekskl. mva, jf. forskriften § 2-2 (1). Dersom verdien av den aktuelle kontrakten overstiger dette, har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse jf. loven § 7-1 b) første ledd.
- (31) Anskaffelsens estimerte verdi var ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Klager har vist til at normalt honorar for denne typen tjenester langt overskrider terskelverdien for tjensteanskaffelser, basert på alminnelig prosentsats av prosjektets totale verdi og størrelse.
- (32) Innklagede har ikke forklart eller dokumentert på hvilket grunnlag man beregnet at anskaffelsen hadde en verdi på under 1,6 millioner. Det er imidlertid forklart at bokførte kostnader for kontrakten pr september 2013 er 1 479 469 kroner, og at endelige

kostnader ser ut til å forbli under 1,6 millioner kroner – ettersom prosjektet skal stå ferdig i desember 2013.

- (33) Klagenemnda har ikke grunnlag for å bedømme om det skal tas utgangspunkt i en slik prosentsats som klager anfører. I mangel av andre holdepunkter for hva som ville ha vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at det beløp innklagede faktisk har betalt for de utførte tjenester må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for kontraktsverdien, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2011/165 premiss (40) med videre henvisninger. Klagenemnda legger derfor til grunn at kostnadene for tjenestene vil forbli under 1,6 millioner kroner, slik innklagede forklarer.
- (34) Terskelverdien for kunngjøringsplikt etter forskriften del III for prioriterte tjenestekontrakter vil da ikke være oversteget. Innklagede har dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b.

Ulovlig tildelingskriterium

- (35) I tillegg til lov om offentlige anskaffelser, følger anskaffelsen etter sin art og opplyste verdi forskriftens del I og II, jf. §§ 2-1 og 2-2. Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (36) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at det er foretatt en ulovlig sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og at det var uklart hvorvidt kompetansen til de utførende personer, eller leverandøren generelt, skulle vektlegges under tildelingskriteriet "*referanser*".
- (37) Under kvalifikasjonskravet om teknisk kapasitet og faglige kvalifikasjoner skulle leverandørene dokumentere sin gjennomføringsevne og kompetanse med blant annet referanselister over relevante prosjekter, og med minst 3 referansepersoner som kunne kontaktes. Ved tildelingskriteriet "*referanser*" var det bedt om at "*3 referanser oppgis med karakter om pålitelighet, effektivitet, samarbeidsevne og utført arbeide*".
- (38) Av forskriften § 13-2 (2) fremgår det at oppdragsgiver, når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal benytte kriterier "*som har tilknytning til kontraktsgjenstanden*". I dette ligger et krav om at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. for eksempel klagenemndas saker 2011/367 premiss (40) og 2012/121 premiss (57).
- (39) Etter forskriften § 8-4 (1) og (2) kan oppdragsgiver stille minimumskrav til leverandørene som "*skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene*". Det følger forutsetningsvis av forskriften § 11-1 at krav anvendt som kvalifikasjonskrav ikke kan gjentas som tildelingskriterier. I regelverket skilles det dermed mellom å oppstille krav for evaluering av tilbydernes evne til å gjennomføre kontrakten, og evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/367 (41).
- (40) I EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 (*Lianakis*) tok domstolen ex officio opp spørsmålet om skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. 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 var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, jf. premiss (25)-(32).

- (41) Klagenemnda har etter at dommen ble avsagt behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne type tildelingskriterier, se for eksempel klagenemndas sak 2012/186 premiss (43) med videre henvisninger. I disse sakene har klagenemnda lagt til grunn at vurderinger som i utgangspunktet hører under kvalifikasjonsvurderingen, i visse tilfeller også kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. også Rettens avgjørelser i T-461/08 og T-39/08. Dette forutsetter samtidig at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, og at dette fremgår tydelig utvetydig av konkurransegrunnlaget, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2011/347, premiss (47), og 2012/30, premiss (20).
- (42) I foreliggende sak var erfaring, kompetanse og referanser vurdert i kvalifikasjonsfasen. I slike tilfelle er det opp til innklagede å godtgjøre at likelydende tildelingskriterium gjelder oppdragsspesifikke kvaliteter, og ikke forhold som er vurdert under kvalifikasjonskravene. Tildelingskriteriet "*referanser*" er uklart med hensyn til om det er de utførende personers kvaliteter som skulle vurderes, eller om vurderingen retter seg mot leverandøren som sådan. Uklarheten forsterkes av at tildelingskriteriet "*faglig kompetanse på ytelsen*", i motsetning til "*referanser*", eksplisitt knyttet seg til utførende personell. På bakgrunn av dette var det ikke synlig hva som skulle vurderes under kvalifikasjonskravet, og hva som ville gi uttelling i tildelingsevalueringen. Selv om likeartede forhold etter omstendighetene kan vurderes ved både kvalifikasjons- og tildelingsfasen, har innklagede i foreliggende sak ikke i tilstrekkelig grad tilkjennegjort i konkurransegrunnlaget at de to vurderingene ikke sammenfaller.
- (43) Tildelingskriteriet "*referanser*" er på dette grunnlag ulovlig.

Avlysning

- (44) Klagenemnda må videre ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, er en feil som innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (45) Basert på Førsteinstansdomstolen (nå kalt Retten) sine avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61):

"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, mao. avholdt leverandører fra å delta."

- (46) Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium, da konkurransegrunnlaget ikke klargjorde at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke var sammenfallende med vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Et tildelingskriterium vil regelmessig ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om de overhodet skal delta i konkurransen og ved utformingen av

tilbudet. Betydningen vil kunne variere med den vekt det aktuelle tildelingskriterium er gitt ved evalueringen.

- (47) Tildelingskriteriet "*referanser*" var tillagt 30 % vekt ved tildelingen. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn, blant annet i sak 2011/367 premiss (55), at det som utgangspunkt bør legges til grunn at ethvert ulovlig tildelingskriterium kan ha virket inn på utfallet av konkurransen, og at bruk av et slikt kriterium normalt vil utløse en plikt til å avlyse konkurransen. Slik saken er opplyst kan ikke klagenemnda se at det er grunnlag for å gjøre unntak fra denne hovedregelen i den foreliggende sak.

Klagers øvrige anførsler

- (48) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til er det ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Øvre Romerike innkjøpssamarbeid har brutt ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium, og ved ikke å avlyse konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

Bergen, 4. november 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim