



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltar i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av interiørarkitekttjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-1 slik tildelingskriteriet "Kvalitet på leverte tjenester" ble benyttet. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 16. mai 2011 i sak 2011/118

Klager: Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter AS

Innklaget: Statsministerens kontor

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Statsministerens kontor (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. mai 2010 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av interiørarkitekttjenester. Anskaffelsen var beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 3:

"3.1 Beskrivelse av varen/tjenesten

Statsministerens kontor ønsker å inngå rammeavtale med en leverandør om interiørarkitekttjenester. Tjenesten omfatter forskjellige oppdrag innen ominnredning og tilrettelegging av arealer ved statsministerens kontor. Oppdragene gjelder i hovedsak arealdisponering, mindre ombygginger og byggeoppfølginger, idéutvikling og møbeldesign.

3.2 Varighet og omfang

De ønskes inngått en toårig rammeavtale, med mulighet til forlengelse i to år (totalt fire år). Totalt omfang på anskaffelsen antas å være ca. kr 850 000 ekskl. mva."

- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 4 var det blant annet stilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørene:

"4.3 Tilbyders faglige kvalifikasjoner

Det skal gis opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner hos leverandøren og foretakets administrative ledelse, særlig hos den eller de som har ansvaret for å utføre tjenesten. Dette skal dokumenteres med attester e.l.

Den eller de som skal ha ansvar for å utføre tjenesten må minimum ha utdanning som interiørarkitekt eller tilsvarende.

4.4 Referanser

Vi ønsker å inngå avtale med en leverandør med relevant erfaring og høy serviceinnstilling. Leverandøren må videre være pålitelig, ha høy faglig kompetanse og være effektiv. Vi ber om en referanseliste over de viktigste utførte tjenester de siste tre årene, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt, samt navnet på mottakeren. Spesielt relevant er referanser på oppdrag som gjelder arealdisponering, ombygging, byggeoppfølging, idéutvikling og møbeldesign.”

- (3) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 7:

”Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet velges etter en totalvurdering ut ifra følgende kriterier og kriterienes relative vekting:

- Kvalitet på leverte tjenester -25 %
herunder tilbyders relevante kompetanse og oppdragsforståelse*
- Leveringsevne og kapasitet -25 %
herunder evne til å kunne ta oppdrag på kort varsel, følge opp prosjektene og utbedre/korrigere forslag til løsninger og ev. feil og mangler*
- Kundeservice -25 %
herunder fleksibilitet, serviceinnstilling og rask respons ved behov for endringer/utbedringer*
- Pris -25 %”*

- (4) Innklagede mottok 28 tilbud innen tilbudsfristens utløp 21. juni 2010 kl. 12.00, blant annet fra Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter AS (heretter kalt klager) og Merete Beyer interiørarkitekt MNIL (heretter kalt valgte leverandør). Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved brev 14. desember 2010:

”Vi viser til Deres tilbud på vår anbudskonkurranse nr. 2-2010 kjøp av interiørarkitekttjenester.

Vi har mottatt tilbud fra 28 leverandører. 27 av tilbyderne ble vurdert som kvalifisert til å delta i konkurransen. Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet velges etter en totalvurdering ut fra følgende kriterier og kriterienes relative vekting:

[...]

Det er innhentet opplysninger fra noen av de oppgitte referansene.

Mange av tilbudene ble vurdert som jevn gode på kvalitet, leveringsevne, kapasitet og kundeservice. Det er noe forskjell på de tilbudte prisene.

Etter en totalvurdering, når vi har vurdert kvalitet leveringsevne og kapasitet, kundeservice og pris, har vi kommet frem til at Merete Beyer har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Vi har derfor til hensikt å skrive kontrakt med interiørarkitekt MNIL Merete Beyer.”

- (5) Innklagede ga ytterligere informasjon om valg av leverandør ved brev 10. januar 2011. Fra brevet hitsettes følgende:

”Alle tilbydere ble i brev 14. desember 2010 informert om resultatet av vurderingene, og at Statsministerens kontor hadde til hensikt å inngå kontrakt med Merete Beyer. Klagefristen ble satt til 23. desember 2010.

I etterkant har flere tilbydere bedt om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør og vurderinger av sitt tilbud opp mot det valgte tilbudet. På grunn av julehøytiden og

for å få tilstrekkelig tid til å gi denne nærmere begrunnelsen, ble tilbyderne i brev av 23. desember 2010 informert om at klagefristen var forlenget til 20. januar 2011, og at vi ville sende ut en nærmere begrunnelse i løpet av uke 1 og 2. Tilbyderne ble bedt om å bekrefte forlenget vedståelsesfrist til 1. februar 2011.

Vurdering av tilbudene

De innsendte tilbudene ble vurdert ut fra de kriteriene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget, kvalitet på leverte tjenester, leveringsevne og kapasitet, kundeservice og pris. Disse ble vektet likt med 25 % hver. Det ble i tillegg gjennomført telefonintervju med referanser etter et fastsatt skjema for alle tilbydere.

Det innsendte materialet og referanser viser at mange tilbydere er gode på kriteriene kvalitet, leveringsevne og kundeservice. Det var en del forskjell på pris. Flere leverandører oppga forskjellige timepriser ut fra tilbudt kompetanse. For disse er det beregnet en gjennomsnittspris. Gjennomsnittlig timepris ble vurdert på følgende poengskala:

600 – 650 10 poeng

651 – 700 9 poeng

701 – 750 8 poeng

751 – 800 7 poeng

801 – 850 6 poeng

951 – 900 5 poeng

Det er trukket poeng for kostnader knyttet til administrasjon, trykking, kopiering og lignende.

Etter en evaluering av alle de 27 mottatte og godkjente tilbudene ble Merete Beyer interiørarkitekt MNIL valgt som det totalt sett økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Merete Beyer interiørarkitekt MNIL

Merete Beyer ble valgt med bakgrunn i god dokumentasjon, meget god referanse og et godt pristilbud. Hun får svært god tilbakemelding på oppgaveforståelse, går raskt i kjernen på problemene, kunnskaper på det bygningstekniske området, leveringsevne, kapasitet, tilgjengelighet og kundeservice. Merete Beyer kom også godt ut på pris. Hennes referanse ga et solid inntrykk som bekreftet den innsendte dokumentasjonen.

NSW, Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter MNAL

Deres innsendte tilbudsmateriale og referanseuttalelse har blitt vurdert i forhold til de krav som ble satt i anbudsdokumentet. Disse vurderingene har blitt konkretisert i en poengsum innen hvert tildelingskriterium.

	Merete Beyer	NSW
Kvalitet på leverte tjenester	10	10
Leveringsevne og kapasitet	9	9
Kundeservice	9	9
Pris	8	6
	36	34

Deres tilbud ble vurdert som et faglig meget godt tilbud. Referansen under kvalitet på leverte tjenester, leveringsevne og kapasitet og kundeservice er meget gode og ble vurdert å være tilnærmet like god som for den valgte leverandøren. På pris ble deres tilbud dyrere enn den valgte leverandøren.

Vi håper denne nærmere begrunnelsen er tilfredsstillende.”

- (6) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 5. april 2011. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte tildelingskriteriet ”Kvalitet på leverte tjenester”. Under dette kriteriet har innklagede blant annet vurdert tilbydernes kompetanse, et element som også er vurdert som kvalifikasjonskrav. Det vises til konkurransegrunnlaget punkt 4.3 hvor innklagede har bedt om opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner ”særlig hos den eller de som har ansvaret for å utføre tjenesten”.
- (8) På grunn av sakens resultat, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (9) Tildelingskriteriet ”Kvalitet på leverte tjenester”, er ikke ulovlig. Ved vurderingen av kriteriet skulle det blant annet legges vekt på ”tilbyders relevante kompetanse”. Dette kan oppfattes som en gjentakelse av kravet til kompetanse i punkt 4.3. Bruken av uttrykket ”relevante” har imidlertid bevisst vært benyttet for å gjøre det klart for tilbyderne at vurderingen av tilbudt kompetanse i tildelingsfasen går utover minimumskravene som er stilt i punkt 4.3, blant annet tjenestekvalitet og oppdragsforståelse hos tilbudt personell.
- (10) Innklagede bemerker at det ikke kan ses gode grunner til at samme forhold ikke skal kunne vektlegges både i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. At tilbyders kvalifikasjoner ikke er egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er åpenbart uriktig for en rekke tjenesteytelser, herunder interiørarkitekttjenester. Kvaliteten på tjenesten vil her være uløselig knyttet til kvalifikasjonene til den som leverer tjenesten.
- (11) Det påpekes videre at dersom konkurransegrunnlaget volder problemer for tilbyderne ved utformingen av tilbudene, er alle parter best tjent med at dette tas opp med oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp, slik at forholdene kan avklares på dette stadiet. I dette tilfellet har verken klager eller de øvrige tilbyderne kontaktet innklagede med spørsmål om tildelingskriteriene før levering av tilbud.
- (12) På grunn av sakens resultat, gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder interiørarkitekttjenester som er en uprioritert tjeneste i kategori 27. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 estimert til kroner 850 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art

forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens § 2-1 (5).

- (14) Klager har anført at tildelingskriteriet "*Kvalitet på leverte tjenester*" er ulovlig. Anførselen er begrunnet med at innklagede har vurdert tilbydernes kompetanse både ved evalueringen av dette kriteriet, og ved vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner.
- (15) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 7 at innklagede ville tildele kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Av forskriften § 11-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier, jf. for eksempel klagenemndas saker 2008/92 premiss (90) og 2010/100 premiss (33).
- (16) EU-domstolen vurderte ex-officio sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). I saken uttales blant annet at oppdragsgiver ikke kan benytte leverandørenes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist som tildelingskriterier. Begrunnelsen synes å være at dette er forhold som angår leverandørenes evne til å oppfylle kontrakten, og som derfor må oppstilles som kvalifikasjonskrav og ikke som tildelingskriterier, jf. premissene 25-32.
- (17) Etter "*Lianakis*"-dommen, har klagenemnda behandlet en rekke saker der spørsmålet har vært om et tildelingskriterium er ulovlig som følge av at vurderingen som skulle foretas under kriteriet er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, den vurderingen som skulle foretas av leverandørenes kvalifikasjoner. Nemnda har lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, jf. blant annet sakene 2009/86 premiss (20) og 2010/100 premiss (35).
- (18) Spørsmålet om sammenfallende vurderinger er også behandlet i EU-domstolens sak T-387/08:

"The applicant claims that it is criticised for having exceeded the maximum number of pages permitted for best practice documents, and that the Publications Office thereby confused award and selection criteria. It takes the view that the documents concerned had already been evaluated in the selection procedure. It states that criteria designed to assess a tenderer's general suitability to perform the contract in question cannot be regarded as award criteria.

71 *The Commission challenges the arguments put forward by the applicant.*

– *Findings of the Court*

72 *As a preliminary point, it must be noted that a distinction must be drawn between selection criteria and award criteria. The examination of the tenderers' suitability and the award of the contract are two distinct procedures and are governed by different rules (see to that effect and by analogy Case 31/87 Beentjes [1988] ECR 4635, paragraphs 15 and 16, and Case C-532/06 Lianakis and Others [2008] ECR I-251, paragraphs 26 to 32).*

73 *It must be pointed out that, in essence, the applicant complains that the Publications Office carried out a double review of the best practice criteria by reference to award sub-criterion No 3.2.*

74 *In the present case, as the Commission pointed out in its written pleadings, the nature of the review undertaken with regard to this award sub-criterion had entirely*

different functions during the selection stage and during the award stage. The review carried out during the selection stage was, in accordance with the specifications, an assessment of the technical and professional capacity of the various tenderers. By contrast, the review carried out during the award stage covered compliance with the criterion of the number of pages to be included in the tender in relation to that aspect. Therefore, if the tender had satisfied the selection criterion as to the content of the best practice documents, the Publications Office would not in any way have been precluded as a result from taking into account in its examination of the award criteria and sub-criteria the fact that the volume of best practice documents exceeded the maximum number of pages permitted. Consequently, and contrary to what is claimed by the applicant, there was no double review with regard to the best practice documents.

75 It follows from the foregoing that the plea alleging infringement of the principle of equal treatment and of the obligation of transparency must be rejected."

- (19) EU-domstolen avgjorde spørsmålet ut fra de konkrete evalueringer som ble foretatt, og saken kan derfor tas til inntekt for at det er grunn til å legge større vekt på dette enn de formuleringer som er brukt i konkurransegrunnlaget. Det var imidlertid selve evalueringen som var påberopt av klager, og av denne grunn er det usikkert hvilken rekkevidde avgjørelsen har. Det er for øvrig uansett et krav om at tildelingskriteriene utformes så klart at de *"allow all reasonably well-informed tenderers of normal diligence to interpret them in the same way"* jf. eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-448/01. Når forhold relatert til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten vurderes i tildelingsfasen, må det derfor uansett kreves at det i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen gjøres tilstrekkelig klart for tilbyderne at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner,.
- (20) Ettersom anskaffelsen i foreliggende sak er en uprioritert tjeneste, er det også grunn til å nevne en annen avgjørelse fra EU-domstolen, sak C-95/10. Domstolen uttalte følgende:

"42 It should be noted that such a broad approach to the applicability of the principle of equal treatment could lead to the application, to the service contracts referred to in Annex II B to Directive 2004/18, of other essential provisions of that directive, for example, as the national court observes, provisions which establish the qualitative criteria for the selection of candidates (Articles 45 to 52) as well as the contract award criteria (Articles 53 to 55). That would involve the risk of rendering entirely ineffective the distinction drawn by Directive 2004/18 between the services of Annexes II A and II B, as well as the application of that directive on two levels, under the terms used by the case-law of the Court.

43 Furthermore, according to the case-law of the Court, the contracts relating to the services listed in Annex II B to Directive 2004/18 are specific in nature (Commission v Ireland, paragraph 25). Thus, at least some of those services have particular characteristics that would justify the contracting authority taking into account, on a personalised and specific basis, the individual bid presented by the candidates. This is the case, for example, for 'legal services', 'personnel placement and supply services', 'education and vocational education services' or 'investigation and security services'.

44 Consequently, the general principles of transparency and equal treatment do not impose on the contracting authorities an obligation, such as that laid down by Article 47(2) of Directive 2004/18, for contracts concerning the services set out in Annex II B to that directive.

- (21) Dommen innebærer at skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og den tolkingen dette har gitt opphav til i Lianakis-avgjørelsen, ikke er en nødvendig følge av direktivet når det gjelder uprioriterte tjenester. I forskrift om offentlige anskaffelser del II er det imidlertid stilt opp tilsvarende regler som i forskriften del III for kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Reglene må derfor som utgangspunkt forstås på samme måte, selv om det kan være grunn til å vise noe større tilbakeholdenhet med å overprøve innklagedes vurdering av hvorvidt et tildelingskriterium er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (22) Spørsmålet blir etter dette om det fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbydernes relevante kompetanse under tildelingskriteriet *"Kvalitet på leverte tjenester"*, ikke var sammenfallende med vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.
- (23) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 4.3 *"Tilbyders faglige kvalifikasjoner"* at det skulle gis opplysninger om *"utdanning og faglige kvalifikasjoner hos leverandøren og foretakets administrative ledelse, særlig hos den eller de som har ansvaret for å utføre tjenesten"*. I konkurransegrunnlaget punkt 7 var det opplyst at innklagede ved evalueringen at tildelingskriteriet *"Kvalitet på leverte tjenester"* blant annet ville vurdere *"tilbyders relevante kompetanse"*. Slik klagenemnda tolker kvalifikasjonskravet i punkt 4.3, fremstår det som om innklagede her ville vurdere både foretaket og ledelsens kompetanse. Når det gjelder tildelingskriteriet *"Kvalitet på leverte tjenester"* taler bruken av uttrykket *"tilbyder"* for at foretakets kompetanse ville bli vektlagt også her. For øvrig er det ikke gitt noen nærmere beskrivelse av hvilken kompetanse som vil bli vektlagt. Slik konkurransegrunnlaget er formulert, kan det etter dette ikke sies å fremgå tilstrekkelig klart at vurderingen av tildelingskriteriet *"Kvalitet på leverte tjenester"* ikke er sammenfallende med vurderingen av tilbydernes faglige kvalifikasjoner. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte tildelingskriteriet *"Kvalitet på leverte tjenester"*.
- (24) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriften § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium i hvert fall som klar hovedregel har plikt til å avlyse konkurransen for å reparere feilen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (*"Wienstrom"*) og klagenemndas saker 2008/217 og 2009/182 med flere.
- (25) På bakgrunn av sakens resultat, behandles ikke klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Statsministerens kontor har brutt forskriften § 11-1 ved å benytte tildelingskriteriet *"Kvalitet på leverte tjenester"*.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

16. mai 2011

Tone Kleven