



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har kunngjort en plan- og designkonkurranse for prosjektet "Nye Haraldsplass". Klager har fremsatt anførsler knyttet til utvelgelsen av deltakere til plan- og designkonkurransen, bruk av rådgivere og kravet om anonymitet. Ingen av klagers anførsler har ført frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. september 2011 i sak 2011/195

Klager: Momentum Arkitekter AS

Innklaget: Stiftelsen Bergen Diakonissehjem

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Gro Amdal og Morten Goller.

Saken gjelder: Prekvalifisering. Bruk av rådgivere. Anonymitet.

Bakgrunn:

- (1) Stiftelsen Bergen Diakonissehjem (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. februar 2011 en plan- og designkonkurranse benevnt *"Invitasjon til prekvalifisering for plan og designkonkurranse for prosjekt for Nye Haraldsplass"*, jf. kunngjøringen punkt II.1.1). Knut-Thore Algrøy var oppgitt som kontaktpunkt. Fristen for mottak av forespørsel om deltakelse var i kunngjøringen punkt IV.4.3) angitt til å være 11. mars 2011 kl. 12.00. I punkt IV.4.4) var det opplyst at planlagt dato for å sende ut invitasjon til å inngi tilbud til utvalgte tilbydere var 11. mai 2011.
- (2) I punkt II.1.3) var CPV-klassifiseringen oppgitt til 71200000. I punkt IV.1) *"Type prosedyre"* fremgikk følgende: *"Begrenset (3 til 6 Planlagt)"*.
- (3) Av prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 1.3 *"Generelt om gjennomføring av konkurransen"* fremgår det at konkurransen ville bli gjennomført i to trinn, først kvalifikasjon/prekvalifisering, og deretter selve plan- og designkonkurransen. Kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene fremgikk av prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 2. Av prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 3.5 *"Frist for søknad om deltakelse"* fremgikk blant annet følgende vedrørende offentlighet:

"Søknad om deltakelse er ikke offentlige saksdokumenter etter lov av 19. juni 1970 om offentlighet i forvaltningen, og vil bli unntatt offentlighet. Søkerne vil få en søkeroversikt sammen med orienteringen om hvilke søkere som er valgt ut til videre konkurranse."
- (4) Av prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 5.1 *"Frister og krav ved innlevering"* fremgikk blant annet at *"Alle søknader blir behandlet konfidensielt"*. Fra punkt 4 *"Utvelgelse"* hitsettes:

"Blant søkerne som tilfredsstiller de krav som er stilt til faglige kvalifikasjoner og gjennomføringsevne, vil byggherren velge ut 3-6 søkere for deltakelse i den begrensede konkurransen. De utvalgte vil få tilsendt konkurransegrunnlaget. E-postadresse vedlegges søknaden slik at konkurransegrunnlaget kan sendes elektronisk. Alle utvalgte vil få tilsendt et identisk konkurransegrunnlag. Endelig frist for å gi et tilbud vil fremgå av konkurransegrunnlaget.

I utvelgelsen blant kvalifiserte søkere, ønsker byggherren å finne fram til et skjønnsmessig mangfold, med deltakere som anses å representere både kontinuitet og nyskaping innenfor moderne sykehus.

Dersom det er flere søkere enn 6 av samtlige som oppfyller de formelle kvalifikasjonskravene, vil vi legge vekt på følgende for videre deltakelse:

- *Finansiell styrke*
- *Organisasjonens evne til gjennomføring*
- *Organisasjonens kompetanse, ref. dokumentasjonskrav gitt i kap. 2.2.1. – 2.2.3.*
- *Angitte medarbeideres kvalifikasjoner for dette prosjektet, ref. dokumentasjonskrav gitt i kap. 2.2.1 – 2.2.3."*

- (5) Innklagede mottok syv prekvalifiseringssøknader, deriblant fra Momentum Arkitekter AS (heretter kalt klager). Klager hadde utarbeidet sin søknad i samarbeid med underrådgivere Arkitektur.is og Verte AS.

- (6) Klager mottok en e-post fra innklagede, ved Einar Dahle, 22. mars 2011. I e-posten var det opplyst at innklagede hadde engasjert vedkommende som prosjektleder for prosjektet, og det ble bedt om tilbakemelding på følgende:

"Vi har mottatt 7 søkere som ønsker å være med videre i selve Plan- og Designkonkurransen. Da dette ikke samsvarer med forespørselen (økt fra 3 – 6 til 7) vil vi for ordens skyld spørre alle som har innsendt søknad om å være med videre, om det er motforestillinger hos noen om denne mindre endringen av de opprinnelige forutsetningene."

- (7) Klager sendte følgende e-post til innklagede 23. mars 2011:

"Takk for mail. Vi bekrefter at vi har ingen motforestillinger om at antall konkurransedeltakere økes til 7.

Vi forstår situasjonen slik at dere har mottatt totalt 7 søkere, og alle inviteres dermed til å delta i plan- og designkonkurransen. Vi gleder oss til å komme i gang!"

- (8) Innklagede, ved Einar Dahle, sendte 31. mars 2011 en felles e-post til de syv søkerne. Dette innebar at samtlige mottakere av e-posten kunne se hvem de andre mottakerne av e-posten var, det vil se hvem de andre søkerne var. Av e-posten fremgikk følgende:

"Som følge av at en eller flere av dere har kontaktet Arkitektbedriftene (AB) for råd i saken, har vi mottatt henvendelse fra AB (se nedenfor) og vil selyfølgelig spille på lag med dem, slik at alt går rett og riktig for seg. Jeg vil nå fremme saken for Styringsgruppen for Nye Haraldsplass og deretter komme tilbake til hvem som blir med videre. Vi ønsket i utgangspunktet at alle syv som var prekvalifisert skulle få anledning å

delta i konkurransen. Men slik saken nå står vil jeg innstille på at fire får delta samt at premier blir justert i ft tidligere opplyst – ikke nødvendigvis som foreslått av Arkitektbedriftene.

Når styringsgruppen har fattet sitt vedtak vil jeg igjen ta kontakt med dere."

- (9) Under innklagedes e-post var en e-post sendt fra Arkitektbedriftene til innklagede ved Einar Dahle 30. mars 2011. Fra e-posten fremgikk blant annet:

"Jeg viser til telefonsamtale om saken.

Som vi nevnte vil vi fraråde at en inviterer samtlige 7 deltagere inn i konkurransen. En slik handling vil bryte med de grunnleggende forutsetningene for off anskaffelser, og det vil derved være grunnlag for en klage til KOFA.

Med vår erfaring i tilsvarende problemstillinger, sammen med et forhold at deltagerantallet er så vidt lavt, vil det være hensiktsmessig at en også holder deltagelsen i konkurransen lavt – dvs 3-4 stk – kanskje helst 3."

- (10) Klager besvarte innklagedes e-post av 31. mars 2011 ved e-post samme dag, hvor blant annet følgende fremgår:

"Må innrømme at dette var litt overraskende fordi etter vår oppfatning har vi allerede fått bekreftet av Knut-Thore Algrøy at vi er med videre (telefonsamtale 23.03.11). Viser til min mail av 23.03.11 hvor jeg beskriver vår oppfatning."

- (11) Innklagede sendte en e-post til klager 5. april 2011 hvor det ble opplyst at *"Det som er skjedd er pga henvendelsen fra Arkitektbedriftene hvor de legger stor vekt på det jeg omtalte i min e-post av 31.03.11, og at vi ønsker å være på lag med AB"*.

- (12) Ved en felles e-post sendt samtidig til samtlige søkere 27. april 2011 informerte innklagede om fremdriften i prosjektet, herunder at dato for behandling av reguleringsplanen i Bergen kommune ikke var fastsatt. Det ble videre informert om at en *"shortlist for de som blir med videre først presenteres i Styringsgruppen her før informasjon går ut om dette"*.

- (13) Innklagede, ved Einar Dahle, sendte en felles e-post 27. juni 2011 til samtlige søkere, hvor det fremgikk at Bergen bystyre hadde vedtatt reguleringsplanen 20. juni 2011 og at innklagede dermed ville starte plan- og designkonkurransen. Det ble videre informert om hvilke fire søkere som ble invitert til å delta i konkurransen, klager var ikke blant de inviterte. Fra e-posten hitsettes:

"Styringsgruppen for Nye Haraldsplass hadde et meget vanskelig valg med å velge ut de arkitektfirma som skal delta i konkurransen. I samråd med Arkitektbedriftene kom vi til at antallet deltakere reduseres fra syv påmeldte til fire deltakende.

Samtidig justeres honoreringen. Et foreløpig Konkurransesprogram vil bli oversendt de som er utvalgt til videre deltagelse. Fra dette programmet fremgår informasjon som er nyttig på nåværende tidspunkt, herunder fremdriftsplan for konkurransen og utsendelse av nødvendig dokumentasjon og underlag."

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post 1. juli 2011.

(15) Av klagen fremgår det at klager, på grunn av *"uklar formulering"* i innklagedes e-post sendt 22. mars 2011, tok kontakt med innklagede *"per telefon og fikk bekreftet av Knut-Thore Algrøy at vi var blant de søkere som var invitert videre til konkurransen"*. Klager har videre opplyst at *"Denne forståelsen bekreftet vi i vår svarmail dater 23.03.11"*, og at klagers *"bekreftelse ble ikke kommentert av [innklagede]"*.

(16) Vedlagt klagen var en utskrift fra internett av en artikkel vedrørende den aktuelle konkurransen datert 18. februar 2011. Artikkelen er skrevet av Norske arkitekters landsforbund, hvor blant annet følgende fremgår:

"Stiftelsen Bergen Diakonissehjem inviterer gjennom Doffin til begrenset Plan- og designkonkurranse om utbygging av Nye Haraldsplass sykehus. [...]"

[...]

Det oppgis også at det skal avholdes et midtveismøte med deltakerne, hvilket vanskelig kan kombineres med en P D-konkurranses krav til anonymitet. [...]"

(17) Vedrørende kontraktsinngåelse har innklagede opplyst følgende i e-post til klagenemndas sekretariat 10. august 2011:

"Primo september vil underlag for Plan- og Designkonkurransen bli utsendt. Forslagene er planlagt innlevert ultimo november 2011 med etterfølgende juryarbeide. Jeg forventer at kontrakt for å gå videre med selve prosjekteringsarbeide med det forslaget som bli valgt, blir signert primo 2012."

Anførsler:

Klagers anførsler:

(18) Klager, med underrådgivere, ble informert av innklagede om at klager ble invitert videre til plan- og designkonkurransen. Denne forståelsen ble bekreftet fra vår side ved to anledninger, og er ikke tilbakevist fra innklagede. Når innklagede ga endelig tilbakemelding om hvem som ble invitert videre i konkurransen, var klager ikke lenger blant de inviterte søkerne. Klager ønsker å bli gjeninnstilt i konkurransen. Det vil da være fem inviterte søkere, i samsvar med tilbudsgrunnlaget hvor det stod at tre til seks søkere ville bli invitert videre. Klager har ikke et mål om at konkurransen skal avlyses, men at innklagede skal stå for det som er sagt.

(19) Etter klagers forståelse skal samtlige søkere bli vurdert for utvelgelse, og ikke bare et visst antall. Når innklagede opplyser at man ville øke antallet fra tre til seks, til tre til syv, slik at alle påmeldte kunne vurderes, fremstår det som om innklagede har introdusert en ny vurderingsrunde i utvelgelsen som verken er i samsvar med tilbudsgrunnlaget eller tidligere korrespondanse.

(20) I e-posten 22. mars 2011 opplyser innklagede om at det er mottatt syv søkere, og at dette ikke samsvarer med forespørselen. Dette fremstår som uforståelig for klager, da antall søkere ikke var begrenset i forespørselen. I samme e-post spurte innklagede samtlige søkere om det var motforestillinger i forhold til å endre maks antall konkurransedeltakere fra seks til syv. Dette kan bare forstås som at innklagede ville

invitere alle syv søkere videre til selve konkurransen, og ikke til en ny vurderingsrunde for utvelgelse. Ettersom e-posten fra innklagede var såpass uklart formulert, tok klager kontakt per telefon og fikk bekreftet av Knut-Thore Algrøy at klager var blant de søkere som var invitert videre til konkurransen. Dette var en helt klar tilbakemelding om at klager var videre til selve konkurransen, og ikke til en ny vurderingsrunde.

- (21) Klager stiller spørsmålsteget ved henvisningen til Arkitektbedriftene og innlemmingen av deres kommentarer som kriterier i utvelgelsesprosessen. Klager kan ikke forstå at dette er i tråd med konkurransegrunnlaget. Klager er selv medlem i Arkitektbedriftene, men forstår ikke hvorfor deres kommentarer er videreformidlet direkte til alle søkere, og brukt på denne måten.
- (22) Klagers forståelse av en plan- og designkonkurranse er at slike konkurranser skal avholdes anonymt. E-postkorrespondansen fra innklagede er kopiert åpent til alle søkere, slik at anonymitet er umuliggjort. Det vises til kommentarer fra Norske arkitekters landsforbund på dette punktet.

Innklagedes anførsler:

- (23) I invitasjonen til prekvalifisering var det oppgitt at tre til seks søkere ville bli valgt ut for deltakelse i den begrensede konkurransen. Da innklagede kun mottok syv søkere, ønsket man å endre denne passusen til at tre til syv søkere kunne bli valgt for videre deltakelse i den begrensede konkurransen. Dette for at alle syv påmeldte kunne vurderes, og hvor innklagede da ville velge mellom tre til syv deltakere. Innklagede valgte å gå videre med fire deltakere. Det vises i den forbindelse til korrespondansen med Arkitektbedriftene, som innklagede kontaktet for råd i prosessen. Basert på Arkitektbedriftenes anbefaling valgte innklagede fire deltakere blant de som da var påmeldt. Innklagede skulle ikke velge ut alle påmeldte. Vi forespurte for øvrig også alle syv om det var kommentarer derfra i forhold til avviket fra tre til seks, til syv, og ingen hadde innsigelser så langt.
- (24) Vedrørende telefonsamtale med Knut-Thore Algrøy nevnes at det var mange arkitektfirma som viste interesse/meldte seg på/sjekket Doffin og så videre. Algrøys bekreftelse gikk på at klager ville være blant de seks, senere syv firma, som innklagede senere skulle velge ut tre eller fire fra.
- (25) Alle syv som var med i sluttvurderingen var, og er, meget kvalifisert til videre deltakelse i selve plan- og designkonkurranse, da alle har god og rikelig erfaring i forhold til sykehusprosjekter. De utvalgte ble derfor valgt ved loddtrekning, da innklagede ikke klarte å skille de fra hverandre.
- (26) Innklagede anfører at det var lov å kontakte Arkitektbedriftene med spørsmål knyttet til prosessen. Innklagede har vært opptatt av å være ryddig i denne saken, og kontaktet derfor Arkitektbedriftene for å få veiledning. At noen ikke liker det, får så være. Intensjonen fra innklagedes side var å gjennomføre konkurransen i tråd med regelverket, og det ble derfor tatt kontakt med de som kjenner dette bedre enn innklagede, altså Arkitektbedriftene. Innklagede kan ikke se at det ikke er anledning til å rådføre seg med noen som har god erfaring fra og kjennskap til slike saker. E-posten fra Arkitektbedriftene ble sendt til alle de påmeldte selskapene, for å sikre at alle skulle få samme informasjon og for å vise at innklagede etter beste evne opptrådte ryddig og korrekt.

- (27) Dersom anonymiteten ikke ble opprettholdt ved utsendelse av e-poster, så beklages selvfølgelig dette. Innklagede var, og er, opptatt av at anonymiteten skal være i selve innleveringen og forslagene til plan- og designkonkurransen. Selv om deltakerne nå ble kjent for hverandre gjennom e-poster, så ville de også bli det på det felles oppstartsmøtet som vil bli avholdt medio september 2011, ved oppstart av konkurransen og utlevering av diverse underlag/forutsetninger.

Klagenemndas vurdering:

- (28) 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. Konkurransen gjennomføres som en plan- og designkonkurranse. I tillegg til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen dermed forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og IV, jf. forskriften § 2-1 (1) og (6).

Hvorvidt klager har krav på å få delta i plan- og designkonkurransen

- (29) Klager anfører at klager har krav på å få delta i selve plan- og designkonkurransen, blant annet basert på at innklagede, ved Knut-Thore Algrøy, ifølge klager skal ha bekreftet dette i en telefonsamtale med klager.
- (30) Det fremgår av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at konkurransen skulle gjennomføres som en begrenset plan- og designkonkurranse. Det innebærer at kun et begrenset antall søkere ville bli invitert til å delta i selve konkurransen. I foreliggende sak var det opplyst at tre til seks søkere ville bli invitert til videre deltakelse i konkurransen, jf. prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 4 "*Utvelgelse*".
- (31) Etter klagenemndas syn er formuleringen i innklagedes e-post sendt til klager 22. mars 2011 meget uklar. Klager har også påpekt at formuleringen i e-posten er uklar, og at dette var årsaken til at klager tok kontakt med innklagede per telefon. Nemnda finner det uklart om innklagede i e-posten retter en forespørsel til søkerne om å endre antall mulige deltakere i plan- og designkonkurransen, eller om innklagede på det tidspunktet faktisk hadde prekvalifisert samtlige syv søkere. Til dette bemerkes at innklagede ikke på det nevnte tidspunkt hadde rett til å endre forutsetningen i kunngjøringen og prekvalifiseringsgrunnlaget om at tre til seks søkere ville bli utvalgt for deltakelse. Kunngjøringen og prekvalifiseringsgrunnlaget gir ikke rom for å utvelge syv søkere for videre deltakelse. Det avgjørende er at innklagede faktisk endte opp med å utvelge fire søkere, noe som er i tråd med forutsetningene i de nevnte dokumenter. Nemnda finner det derfor ikke nødvendig å ta endelig stilling til hvordan e-posten av 22. mars 2011 skal forstås.
- (32) Ut over e-posten sendt 22. mars 2011 er det fremlagt lite skriftlig dokumentasjon knyttet til klagers anførsel. Klagers e-poster sendt 23. og 31. mars 2011 viser at klager mente å ha fått en bekreftelse av innklagede på videre deltakelse. Dette dokumenterer imidlertid ikke i seg selv at klager var utvalgt for videre deltakelse. Som en følge av at klagenemnda har skriftlig saksbehandling, har nemnda i begrenset grad mulighet til å ta stilling til faktisk uenighet mellom partene, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sakene 2008/162 og 2006/13. Klagenemnda må basere sin avgjørelse på de skriftlige bevis som er fremkommet i saken. Nemnda har dermed ikke grunnlag for å uttale seg om hva som faktisk ble uttalt i telefonsamtalen mellom klager og Knut-Thore Algrøy.

Det vises til at innklagede har opplyst at klager i telefonsamtalen kun fikk bekreftelse på at klager ville være blant de søkere som innklagede ville foreta en utvelgelse blant.

- (33) Mangelen på skriftlige bevis i denne saken innebærer at det ville vært nødvendig med muntlig bevisførsel (vitneavhør) for å ta stilling til klagers anførsel. Ettersom klagenemnda kun har skriftlig saksbehandling, finner nemnda at klagers anførsel må avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndforskriften § 9.

Hvorvidt innklagedes bruk av rådgiver er i strid med regelverket

- (34) Klager anfører at innklagde har handlet i strid med regelverket ved å legge til grunn Arkitektbedriftenes uttalelser i utvelgelsesprosessen.
- (35) Av den dokumentasjonen som er lagt frem for nemnda fremgår det at innklagede har hatt en telefonsamtale med Arkitektbedriftene, samt mottatt en e-post hvor Arkitektbedriftene blant annet uttaler seg om deltakerantallet i plan- og designkonkurransen. Innklagede har opplyst at valget om å invitere fire deltakere til plan- og designkonkurransen ble tatt på bakgrunn av veiledningen som ble gitt av Arkitektbedriftene.
- (36) Det klare utgangspunkt er at det ikke er i strid med regelverket å innhente eksterne råd ved oppdragsgivers gjennomføring av en anskaffelsesprosess. I konkurransegrunnlaget punkt 4 "*Utvelgelse*" var det oppgitt at innklagede ville velge ut "*3-6 søkere for videre deltakelse i den begrensede konkurransen*". Innklagede valgte å invitere fire søkere til å delta i plan- og designkonkurransen, noe som er i samsvar med opplysningene gitt i kunngjøringen og prekvalifiseringsgrunnlaget. Nemnda kan dermed ikke se at innklagede har handlet i strid med regelverket ved å følge Arkitektbedriftenes råd. På denne bakgrunn er nemnda kommet til at klagers anførsel ikke fører frem.

Hvorvidt det foreligger brudd på kravet om anonymitet ved plan- og designkonkurranser

- (37) Klagenemnda legger til grunn at samtlige søkere fikk kjennskap til hverandres identitet etter at fristen for mottak av forespørsel gikk ut og før konkurransegrunnlaget ble sendt ut, ved innklagedes e-post av 31. mars 2011. Klager anfører at dette er i strid med reglene vedrørende gjennomføringen av plan- og designkonkurranser.
- (38) Det følger av forskriften § 4-2 bokstav g at en plan- og designkonkurranse er en anskaffelsesprosedyre som gjør det mulig for en oppdragsgiver "*å få utarbeidet en plan eller design som deretter kåres av en jury*". Av § 23-1 (9) følger det at grunnlaget for juryens beslutninger og uttalelser "*skal være planer og design som den anonymt har fått til vurdering*", og at anonymiteten "*skal bevares inntil juryens uttalelse eller avgjørelse foreligger*". Dette er det eneste eksplisitte kravet om anonymitet ved plan- og designkonkurranser, og bestemmelsen regulerer kravet om anonymitet i forholdet mellom juryen og deltakerne i plan- og designkonkurransen. Forskriften inneholder imidlertid ingen eksplisitte krav om anonymitet når det gjelder opplysning av navnet på søkerne i en plan- og designkonkurranse til de andre søkerne. Nemnda kan heller ikke se at noe slikt krav følger av de grunnleggende prinsipper og krav i loven § 5 og forskriften § 3-1.
- (39) I prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 3.5 "*Frist for søknad om deltakelse*" er det oppgitt at søknadene vil bli unntatt offentlighet, og at søkerne vil få "*en søkeroversikt sammen med orienteringen om hvilke søkere som er valgt ut til videre deltakelse*". En orientering

om hvem som var valgt ut til videre deltakelse ble sendt samtlige søkere den 27. juni 2011, men søkerne hadde altså forut for denne dato fått *"en søkeroversikt"* ved e-postene sendt åpent til samtlige søkere 31. mars 2011, 27. april 2011 og 27. juni 2011. Nemnda kan imidlertid ikke se at dette innebærer et brudd på anskaffelsesregelverket. Det vises til at selve søknadene, etter det klagenemnda har fått opplyst, er behandlet konfidensielt og i samsvar med prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 5.1 *"Frister og krav ved innlevering"*.

- (40) På denne bakgrunn er nemnda kommet til at innklagede, ved å sende ut e-poster til samtlige søkere etter at fristen for mottak av forespørsel gikk ut og før den endelige utvelgelsen slik at samtlige søkere så hvem de øvrige var, ikke har handlet i strid med anskaffelsesregelverket. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Klagers anførsler ble ikke behandlet, eller førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,
19. september 2011

Gro Amdal