



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Torkildsen, Tennøe & co. Advokatfirma AS
v/ Thomas Oskar Strömbom
Postboks 2884 Solli
0230 OSLO

Deres referanse:

Vår referanse:
2012/0177

Dato:
19.02.2014

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 29. juni 2012 vedrørende anskaffelse av rammeavtale for rådgivende arkitekttjenester for bygg og interiør. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Rådhusets forvaltningstjeneste (heretter innklagede) kunngjorde 7. februar 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rådgivende arkitekt/interiørarkitekt for bygg og interiør. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 estimert til kroner 300 000 eksklusiv merverdiavgift per år i avtaleperioden. Kontraktperioden var i konkurransegrunnlaget punkt 1.4.1 opplyst å være 2. april 2012 – 31. mars 2014, med opsjon på ytterligere forlengelse i 1+1 år. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 2.2 angitt å være 1. mars 2012.
- (2) Tildeling av kontrakt skulle skje etter konkurransegrunnlaget punkt 4.2 "Tildelingskriterier" på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet:

"Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
• <i>Pris</i>	• 40 %	• <i>Tilbudsbrev og komplett utfylt tilbudsskjema</i>
• <i>Tilbudt kompetanse</i>	• 60 %	• <i>Redegjørelse av tilbudt team og deres kompetanse</i>

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

○ <i>De tilbudte nøkkelpersoners spesifikke kompetanse som er relevant for denne rammeavtalen</i>		<i>og utdanning, vedlegg 3, punkt 5.</i> • <i>CV på tilbudte nøkkelpersoner."</i>
---	--	--

- (3) Krav til leverandørenes kvalifikasjoner fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 3, og i punkt 3.3.3 "*Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglige kvalifikasjoner*" ble det opplyst at ved bruk av underleverandører/samarbeidspartnere, skulle det leveres HMS-egenerklæring og skatteattester for disse.

- (4) Av konkurransegrunnlagets vedlegg 3 punkt 3 "*Pris*" fremgikk følgende:

<i>"Beskrivelse</i>	<i>Tilbudt pris</i>	<i>Enhet</i>
<i>Timepris personell</i>		
<i>Prosjektleder</i>		<i>NOK/time eks.mva</i>
<i>Arkitekt, senior (min. 5 års relevant erfaring)</i>		<i>NOK/time eks.mva</i>
<i>Arkitekt, junior</i>		<i>NOK/time eks.mva</i>
<i>DAK-operatør</i>		<i>NOK/time eks.mva"</i>

- (5) Innklagede mottok fjorten tilbud i konkurransen, herunder fra Arkitektfirmaet C. F. Møller AS (heretter valgte leverandør) og Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter AS (heretter klager).
- (6) Tilbyderne ble ved brev datert 16. mars 2012 meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Av brevet fremgikk blant annet at: "*Tilbudt kompetanse er vurdert etter tilbydernes beskrivelser av tilbudt team, og deres vedlagte CV'r.*"
- (7) Av konkurransens evalueringsmatrise fremgikk at klager var rangert som nummer to.
- (8) Av evalueringsskjema "*Tilbyders redegjørelse for tilbudt kompetanse og utdanning*", fremgikk at en tilbyder tilbød fem nøkkelpersoner, tre tilbydere tilbød fire nøkkelpersoner, seks tilbydere tilbød tre nøkkelpersoner, to tilbydere tilbød to nøkkelpersoner og to tilbydere tilbød én nøkkelperson.

- (9) Klager påklaget tildelingen ved brev 30. mars 2012, og gjorde gjeldende at innklagede hadde benyttet poengskalaen på tildelingskriteriet "Tilbudt kompetanse" feil.
- (10) Innklagede svarte på klagen i brev 19. april 2012, og det hitsettes:

"Rådhusets forvaltningstjeneste ser at poengskalaene på dette kriteriet slik det fremkommer i tabell oversendt den 26. mars 2012 kan misoppfattes, og har derfor bedt PBE foreta en revisjon av sin vurdering.

Etter tilbakemelding fra PBE foreligger ny beregning av score for kompetanse. [...]

Rådhusets forvaltningstjeneste konkluderer derfor med at CF Møller AS, også etter ny gjennomgang av tilbudene har det økonomisk mest fordelaktige tilbud når alle kriterier er vurdert, poengsatt, vektet og summert."

- (11) Klager kommenterte innklagedes svar i e-post av 23. april 2012, og pekte blant annet på:

"Som vi har gjort rede for i klagen, er NSW av den oppfatning at de faktiske forskjeller mellom tilbudene er større enn hva den opprinnelige evalueringen gir uttrykk for. Vi kan ikke se at kommunen overhode har respondert på denne delen av klagen. Vi er fremdeles av den oppfatning at den poengmessige differansen mellom tilbyderne skulle ha vært større."

- (12) Konkurransen ble avlyst ved brev til alle tilbyderne 26. april 2012, og det fremgikk følgende:

"Rådhusets forvaltningstjeneste gjorde i brev av 19. april konkurransens deltakere oppmerksomme på at det den 30. mars forelå en rettidig klage som var blitt behandlet, og at oppdragsgivers opprinnelige beslutning om kontraktstildeling var opprettholdt. Oppdragsgiver har etter dette mottatt fornyede innsigelser og har på den bakgrunn gjort en fornyet vurdering av sin beslutning. Kontrakt om arbeidene er ikke signert.

Med bakgrunn i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 13-2 (2) finner Rådhusets forvaltningstjeneste at det er usikkert om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er valgt. Dette er et forhold som ikke kan rettes opp og av den grunn kan heftes tvil ved oppdragsgivers beslutning om valg av tilbyder."

- (13) Avlysningen av konkurransen ble påklaget av klager ved brev 30. april 2012.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. juni 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører for det første at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen som følge av manglende/mangelfulle skatteattester fra underleverandør, idet disse var eldre enn seks måneder, jf. forskriften § 8-7 jf. § 11-10. Det vises blant annet til at skatteattester ikke er offentlig tilgjengelig dokumentasjon, og at adgangen til å sette en kort tilleggsfrist ikke er ubegrenset, jf. forskriften § 12-3. Hertil fremholder klager at innklagede ikke har gitt frist om ettersending av skatteattester før tilbudsevaluering.

- (16) For det annet anføres at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn, idet det ikke foreligger uklarheter i konkurransegrunnlaget som gir rett eller plikt til avlysning. En uegnet evalueringsmatrise gir videre ikke anledning til å avlyse konkurransen, og klager finner for øvrig evalueringen i tråd med regelverket.
- (17) Hva gjelder de eventuelle uklarheter knyttet til konkurransegrunnlaget og nøkkelpersoner, fremgår det ingen steder at tilbyderne kun skal tilby én nøkkelperson per kategori personell. En slik forutsetning synes også å komme i konflikt med selve intensjonen med å benytte rammeavtale som kontraktsform. Innklagedes påberopte forståelse har følgelig ingen forankring i konkurransegrunnlagets tekst, eller avtaleformen som er benyttet. Heller ikke de respektive tilbyderne har lest konkurransegrunnlaget slik. Innklagede har videre rent faktisk vurdert og evaluert tilbudene med et ulikt antall nøkkelpersoner i to omganger, og dette viser at heller ikke kommunen har ment at konkurransegrunnlaget oppstiller begrensinger med hensyn til antall nøkkelpersoner som skulle tilbys. Etter klagers syn er det ingen holdepunkter for at det kun skulle tilbys én nøkkelperson per kategori, jf. konkurransegrunnlaget punkt 4.2. For øvrig legger ikke konkurransen opp til å gjøre en kompetansevurdering som baserer seg på antall, men derimot nettopp på kompetanse.
- (18) Hva gjelder evalueringsmodell, gir ikke uegnet evalueringsmatrise grunnlag for å avlyse konkurransen, evalueringen kan omgjøres og rettes i tråd med regelverkets krav. Det er fullt mulig å sammenligne tilbud med ulikt antall nøkkelpersonell, og det er nettopp dette innklagede har gjort i sine evalueringer.
- (19) Endelig bes om at klagenemda uttaler seg om erstatningsspørsmålet. Kontrakten skulle ha vært tildelt klager, og regelbruddet har således påført klager et betydelig fortjenestetap.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede bestrider at kommunen hadde plikt til å avvise valgte leverandør, ettersom skatteattester er "*offentlige dokumenter*", og disse er det adgang til å ettersende, jf. forskriften § 21-3.
- (21) Det anføres videre at det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen etter forskriften § 13-1 (1), ettersom konkurransegrunnlaget var uklart og evalueringsmatrisen ikke belønnet det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det vises til at feilen i konkurransegrunnlaget er knyttet til uklarhet i antallet nøkkelpersoner som skulle tilbys. Det store flertallet av tilbydere, 11 av 14, har innlevert tilbud med ett annet antall enn én nøkkelperson per kategori. I prisskjemaet er det lagt opp til bruk av fire kategorier personell, noe som indikerer fire nøkkelpersoner - én for hver kategori. Slik vil også oppdragsgiver best kunne se sammenhengen mellom pris og kvalitet.
- (22) Antallet tilbudte nøkkelpersoner varierer imidlertid mellom én og fem, og viser at kun et fåtall har forstått at det skulle tilbys én nøkkelperson i hver kategori. Dette medfører at tilbudene ikke kan sammenlignes, og usikkerheten rundt antall nøkkelpersonell kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Når 11 av 14 tilbydere har misforstått konkurransegrunnlaget kan ikke dette ha vært tilstrekkelig klart, og uklarheten innebærer et brudd på lov om offentlige anskaffelser § 5. Sett i lys av den vekt, 60 %, som innklagede etter konkurransegrunnlaget skulle tillegge kompetansekriteriet, og særlig den vekt som skulle tillegges nøkkelpersonenes spesifikke kompetanse, kan usikkerheten rundt antallet nøkkelpersoner ha påvirket utfallet av konkurransen.

- (23) Som følge av at 11 av 14 tilbydere har tilbudt et annet antall nøkkelpersoner enn hva som er forutsatt, fire stykker, en for hver faggruppe, er det videre umulig å foreta en forsvarlig vurdering av den tilbudte kvaliteten. Selskapene som tilbyr flere enn fire nøkkelpersoner, vil nødvendigvis få høyere poengsum enn de øvrige. En evalueringsmodell som ikke evner å utpeke "*det økonomisk mest fordelaktige tilbudet*" vil være i strid med regelverket, jf. loven § 5.
- (24) Disse feilene kunne ikke rettes i tildelingsomgangen og medfører avlysningsplikt, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienström) og klagenemndas praksis i en rekke saker, blant annet sak 2011/148 premiss (23).
- (25) Innklagede er innforstått med at regelbruddene kan danne grunnlag for erstatning basert på den negative kontraktsintesse. Vilåårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse finner innklagede imidlertid ikke å være tilstede.

Sekretariatets vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale for rådgivende arkitekttjenester for bygg og interiør, som er en tjenesteanskaffelse i kategori (12). Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 estimert til kroner 300 000 eksklusiv merverdiavgift per år i avtaleperioden. Kontraktsperioden var i konkurransegrunnlaget punkt 1.4.1 opplyst til å være 2. april 2012 – 31. mars 2014 med opsjon på ytterligere forlengelse i 1+1 år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften § 2-1 (2).

Avlysning

- (27) Av forskriften § 13-1 (1) følger det at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en "*saklig grunn*". Avlysning kan skje frem til kontrakt er inngått.
- (28) Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt beror på en helhetsvurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på tidspunktet for når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den. Videre vil også tilfeller hvor det har oppstått en feil som følge av innklagedes eget forhold og feilen ikke kan repareres ved andre tiltak enn avlysning av konkurransen, måtte anses som saklig grunn, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2012/156 premiss (41) og 2011/326 premiss (24). Det følger videre av klagenemndas praksis at vurderingen av om det subjektivt er noe å legge oppdragsgiver til last, må tas i en separat vurdering av mulig erstatningsansvar, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/78 og 2012/156, samt klagenemndas leder i avvisningssak 2010/280. Dette vil ikke være relevant i vurderingen av om det foreligger en saklig grunn til avlysning, men kun i spørsmålet om det foreligger erstatningsplikt som følge av avlysningen.
- (29) I brev av 26. april 2012 opplyste innklagede tilbyderne om at konkurransen ble avlyst, grunnet usikkerhet om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet var valgt. Innklagede har i senere prosesskrift angitt to grunner for at konkurransen ble avlyst. For det første fordi konkurransegrunnlaget var uklart, og for det annet fordi evalueringsmatrisen som ble benyttet ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Sekretariatet vil til dette bemerke at dersom den feilen som senere påberopes som avlysningsgrunn, er en feil som er begått i evalueringsfasen, er dette ofte en feil som lar seg rette så lenge konkurransen fremdeles er i denne fasen, og det vil i så fall verken foreligge en avlysningsrett- eller plikt.

- (30) Dersom det foreligger et uklart konkurransegrunnlag, er dette imidlertid en feil som i mange tilfeller ikke kan repareres og innklagede vil kunne ha en plikt til å avlyse konkurransen. Dette vil imidlertid bero på en konkret vurdering av om konkurransen kunne fått et annet utfall om feilen ikke var begått, og om feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, jf. klagenemndas sak 2011/157 premiss 137 følgende, samt sakene 2010/157 og 2010/188.
- (31) Den fremholdte uklarheten i konkurransegrunnlaget er knyttet til hvor mange nøkkelpersoner som skulle tilbys i konkurransen. Innklagede har vist til at antall tilbudte nøkkelpersoner varierte mellom én og fem, og at kun et fåtall av tilbyderne forstod at det skulle tilbys én nøkkelperson i hver priskategori. Under tildelingskriteriet *"Tilbudt kompetanse"* var det som et underpunkt vist til tilbudte nøkkelpersoners spesifikke kompetanse. Kriteriet skulle vurderes ut fra disse personers CV-er. Det fremgikk imidlertid ikke hvor mange nøkkelpersoner som skulle tilbys. I konkurransegrunnlagets vedlegg 3 *"Tilbudsskjema og dokumentasjon på tildelingskriterier"* fremgikk det under punkt 3 *"Pris"*, en tabell med fire kategorier personell som skulle prissettes. Det kunne imidlertid ikke direkte utledes hvilke stillinger som utgjorde nøkkelpersonell. Basert på dette finner sekretariatet at det ikke var klargjort hvor mange nøkkelpersoner som skulle tilbys, og om disse ble antatt ut fra én eller flere av stillingskategoriene. Det er videre klart at antall nøkkelpersoner ikke ble forstått likt av alle tilbyderne. Dette forhold må derfor anses uklart i det foreliggende konkurransegrunnlaget, og det må kunne legges til grunn at dette både kan ha virket inn på deltagelsen i konkurransen og at konkurransen kunne ha fått et annet utfall om denne uklarheten ikke hadde eksistert, mao. dersom oppdragsgiver i utgangspunktet hadde formulert det klart at det kun skulle tilbys én nøkkelperson i hver priskategori. En omformulering av dette, med dertilhørende nytt mottak av tilbud, er ikke mulig å gjøre etter at tilbudsfristen i en åpen anbudskonkurranse er løpt ut. På denne bakgrunn finner sekretariatet at det forelå *"saklig grunn"* til avlysning etter forskriften § 13-1 (1). Klagers anførsel fører ikke frem.

Hvorvidt klager har saklig klageinteresse i å få avgjort de øvrige anførsler som er fremmet i saken

- (32) Det følger av forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, annet ledd, at *"[k]lage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning"*.
- (33) For å avgjøre hvorvidt klager har *"saklig interesse"* etter klagenemndforskriften § 6 (2) har klagenemnda stilt krav til at interessen i å få avgjort anførselen eller anførslene må være aktuell. I dette ligger det at klager må ha et reelt behov for avklaring av spørsmålet, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/180 premiss (23). I dette tilfellet har klager anført at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen grunnet manglende/mangelfulle skatteattester fra underleverandør, idet disse var eldre enn seks måneder, jf. forskriften § 8-7 jf. § 11-10.

- (34) Ettersom sekretariatet har kommet til at innklagedes avlysning av konkurransen er i samsvar med regelverket, mangler klager i henhold til klagenemndas faste praksis aktuell saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførsler som er fremsatt, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2009/74 og 2009/214. Følgelig avvises klagens øvrige anførsler fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 6 (2) jf. § 9.
- (35) Når det gjelder klagers anførsel om erstatning, bemerker sekretariatet at klagenemnda her kun har en rett, men ikke plikt til å uttale seg om erstatningsspørsmålet. Sekretariatet finner det i nærværende sak ikke hensiktsmessig å foreligge saken for nemnda, kun for å få en vurdering av anførselen knyttet til erstatning.
- (36) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Eirik Vikan Rise
gruppeleder (e.f.)

Silje Bruun Teigen
Rådgiver