



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling for anskaffelse av forskjellige konsulenttjenester innen ulike faggrupper for teknisk drift. Klager fremsatte flere anførsler om at konkurransen var gjennomført i strid med regelverket, herunder mangelfulle forhandlinger, mangelfull tildelingsevaluering og bruk av ulovlige tildelingskriterier. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. august 2014 i sak 2014/57

Klager: Pöyry Industry AS

Innklaget: Hvaler kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Kai Krüger

Saken gjelder: Forhandlinger, tildelingsevaluering, ulovlig tildelingskriterium, avlysning

Bakgrunn:

- (1) Fredrikstad kommune kunngjorde 10. januar 2014, på vegne av Hvaler kommune (heretter innklagede), en konkurranse med forhandling for anskaffelse av syv rammeavtaler for konsulenttjenester innen ulike faggrupper for teknisk drift. Rammeavtalenes varighet var to år og anskaffelsens verdi er i kunngjøringen angitt til totalt mellom 1 400 000 og 1 600 000 kroner eksklusive mva. Frist for å inngi tilbud var i kunngjøringen punkt IV.3.5. angitt til 4. februar 2014.

- (2) I kunngjøringen punkt II.1.5 fremgikk følgende om formålet for anskaffelsen:

"Rammeavtalens formål er å sikre Hvaler kommune sitt behov for konsulent tjenester for de aktuelle fagområder når kapasiteten og kompetansen til egne ansatte ikke dekker behovet i tilstrekkelig grad. Rammeavtalen baseres på fortløpende avrop som betales etter medgått tid.

(...)"

- (3) Av kunngjøringen punkt IV.1.2 fremgikk at det var planlagt å invitere minimum to og maks seks leverandører til å delta i konkurransen. Det fremgikk videre under *"List opp kriteriene som vil bli benyttet for å begrense antall tilbydere"* at:

"Begrensning i antall tilbydere vil skje etter evaluering av de innkomne tilbud, hvor det vil bli satt opp en rangering. Maks antall tilbydere vil bli vurdert av oppdragsgiver ut fra de innkomne tilbud, og vil kunne utvides dersom det blir vurdert som hensiktsmessig og for å sikre konkurransen".

- (4) I kunngjøringen var det gitt ytterligere opplysninger om de ulike delkontraktene. Delkontrakt nummer 1. Gruppe 1 – VA, gjaldt 1. Prosjektering og 2. Byggeledelse, prosjektledelse og gjennomføring konkurranser. I tillegg var det listet opp CPV-

klassifiseringer som gjaldt tjenester innen ingeniør og byggteknikk, arkitekttjenester og andre ingeniørtjenester. Delkontraktnummer 2, Gruppe 2 – Elektro, gjaldt prosjektering, kontraktsoppfølging og kontroll av leveranse før overtakelse. Tilsvarende CPV-klassifiseringer var oppgitt her som for delkontraktnummer 1.

- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.3, fremgikk det blant annet at det årlige behovet for konsulenttjenester var stipulert til å være ca. 350 000 – 400 000 kroner eksklusive mva. innen hvert av områdene.
- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 fremgikk det blant annet at kontraktstildelingen ville bli foretatt etter prosedyren "*Konkurranse med forhandling ett-trinns, jf. forskriften § 5-1*".
- (7) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.4. fremgikk krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

"Krav - eksempler	Dokumentasjonskrav - eksempler
<i>Leverandøren skal oppfylle krav til godkjenning</i>	<i>Dersom foretaket ikke innehar sentral godkjenning, skal det vedlegges dokumentasjon som sannsynliggjør at tilsvarende lokal godkjenning kan oppnås. Dokumentasjonen skal avspeile foretakets gjennomføringsevne.</i>
<i>Leverandøren skal ha et godt og velfungerende kvalitetssikringssystem.</i>	<i>Som dokumentasjon skal leverandør vedlegge attest for firmaets kvalitetssystem/styringssystem utstedt av uavhengige organer som bekrefter at leverandøren oppfyller visse kvalitetssikringsstandarder, eksempelvis ISO 9001:2002."</i>

- (8) Av konkurransegrunnlaget punkt 4, fremgikk det at tildeling av kontrakt ville gjøres på grunnlag av det tilbud som var det mest økonomisk fordelaktige, basert på kriteriene "*pris*", vektet 30 %, og "*kvalitet*", vektet 70 %.
- (9) Det fremgikk videre at "*kvalitet*" var delt inn i tre underkriterier. Det første var "*Personlig faglig kompetanse 60 %*". Dette skulle dokumenteres med CV for det personell som skulle stilles til disposisjon. Det neste var "*Kapasitet 20 %*". Dette skulle dokumenteres med "*Oversikt over antall ansatte som kan bidra til å oppfylle avtalen*". Det siste underkriteriet var "*Referanser 20 %*". Dette skulle dokumenteres slik:

"Det skal gis opplysninger om referanser og referanseprosjekt. Beskrivelsen må inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og e-post). Referanser vil kunne bli kontaktet ved behov for klargjøring av oppdragets relevans. Det er likevel slik at det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen. Egenreferanse kan vektlegges."

- (10) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.1. fremgikk blant annet følgende under overskriften "*Vektingsmodell*":

"Kvalitet evalueres etter skjønnsmessig vurdering og poengsetting innenfor skala 1-10 for hvert underkriterium for hver tilbyder. Tilbyder som oppnår høyest poengscore samlet for underkriteriene gis 10 poeng. De øvrige evalueres forholdsmessig".

- (11) Et prisskjema var vedlagt konkurransegrunnlaget og skulle fylles ut av tilbyderne. Det fremgikk at det skulle oppgis timesats i henhold til tabell som var delt inn i bemanning, stilling, timesats, stipulert årlig kjøpsvolum antall timer og totalsum i kroner eks. mva. Under bemanning var det angitt tre kategorier: *"Tilbudt fast konsulent"*, med stipulert årlig kjøpsvolum 130 timer, *"Tilbudt stedfortreder for fast konsulent"*, med stipulert årlig kjøpsvolum 60 timer, og *"Antall personell til å øke kapasiteten eller til rutine-preget arbeid"*, med stipulert årlig kjøpsvolum 10 timer. Det fremgikk også at *"I evalueringen vil det legges til grunn et stipulert årlig behov pr. gruppe på 200 timer. Dette timetallet skal ikke medføre noen forpliktelser for kommunen eller rettigheter for tilbyder"*.
- (12) I e-post av 17. mars 2014 fra innklagede til alle leverandørene fremgikk følgende:

"Hvaler kommune beklager at evaluering av konkurransen har gått utover det tidsestimat som var satt for konkurransen. Dette har sammenheng med den store responsen vi fikk i denne konkurransen, som har medført at evalueringen har krevd større ressurser enn forventet.

Prosedyre for konkurransen er Konkurransen med forhandling ett-trinn. Hvaler kommune har gjennom evalueringen konstatert at de tilbud som er med i konkurransen inneholder tilstrekkelig informasjon og dokumentasjon for å evaluere tildelingskriteriet Kvalitet. Det vurderes derfor at det ikke er hensiktsmessig å gjennomføre forhandlinger med noen av tilbyderne innenfor hver av de 7 gruppene.

I tillegg til kriteriet Kvalitet vil Pris være det kriteriet som til slutt legges til grunn for innstilling til kontrakt. Hvaler kommune velger på denne bakgrunn å gi alle tilbyderne i konkurransen den samme muligheten til å revidere sin pristilbud. Deretter vil Hvaler kommune foreta innstilling til kontrakt med det tilbud som totalt sett er det mest økonomisk fordelaktige tilbudet basert på de to kriteriene Pris og Kvalitet.

Frist for å sende inn revidert prisskjema, Konkurransen grunnlagets vedlegg 4, er Mandag 24. mars kl. 12.00. (...)"

- (13) Innklagede sendte 18. april 2014 brev til deltakerne i konkurransen om sin innstilling til kontrakt for Gruppe 1 VA. Det fremgikk blant annet at det ikke ble gjennomført forhandlingsmøter med tilbydere, men at alle tilbydere fikk mulighet til å innlevere revidert pristilbud. Det fremgikk videre at *"For kriteriet Kvalitet vurderte oppdragsgiver at den dokumentasjon som var innlevert i opprinnelig tilbud var tilstrekkelig, og at et forhandlingsmøte ikke ville ha noen effekt. Dette medførte også at alle tilbydere fikk lik mulighet til å være med i konkurransen."*
- (14) I samme brev var det også opplyst at det deltok totalt 11 tilbydere på kontraktsområdet Gruppe 1 VA, herunder Pöyry Industry AS (heretter klager) og Cowi AS. Innklagede innstilte på kontrakt med Cowi AS (heretter valgte leverandør). Klager oppnådde total poengsum på 8, 29, mens valgte leverandør oppnådde 9, 74. Begrunnelse for valget av leverandør var følgende:

"Cowi oppnådde høyest poengsum for alle underkriterier. Cowi tilbyr konsulenter som vurderes å ha den beste faglige kompetansen for oppdragsgivers behov, tilbudet vurderes å ha den beste kapasitet og tilgjengelighet og har gode referanser. Det er også vektlagt positiv egenreferanse for tilbyderen".

- (15) Tilsvarende brev ble sendt fra innklagede 18. april 2014 vedrørende Gruppe 2. Innklagede innstilte også på at kontrakt skulle tildeles valgte leverandør for dette området. Valgte leverandør oppnådde 9, 62 poeng, mens klager oppnådde 8, 11 poeng. Innklagede begrunnet valget med følgende:

"For kriteriet Kvalitet oppnår Cowi og Rambøll like mange poeng, men totalt for begge kriterier oppnår Cowi høyest total poengsum. Ut fra oppdragsgivers behov vurderes den kompetanse og de tilbudte konsulenter Cowi tilbyr å være den beste. Kapasitet og referanser gir også Cowi høyest score".

- (16) I brev av 25. april 2014, ble tildelingsbeslutningen for gruppe 1 og 2, påklaget av klager. Klager ba også om redegjørelse og innsyn i tildelingsevalueringen.
- (17) Innklagede besvarte klagen i e-post av 7. mai 2014. Under overskriften *"Ytterligere begrunnelse for evalueringen av tilbud fra Cowi for Gruppe 1 og 2 for tildelingskriteriet Kvalitet"* fremgikk følgende:

"Gruppe 1 VA: Cowi er gitt full poengscore for dette kriteriet, ytterligere begrunnelse er:

Personlig faglig kompetanse: Cowi vurderes som den tilbyder med best personlig faglig kompetanse for det teamet av konsulenter som tilbys. Cowi besitter god kunnskap til Hvalers VA-anlegg gjennom flere gjennomførte prosjekter. Tilbudt team har spesialkompetanse for undervannsledninger og undervannskartlegginger, maskinteknikk på prosessteknisk utstyr som omfatter pumper, rør og ventiler. Tilbudt team består også av personell med lang erfaring innen fagområdet, og har også flere med dykkerkompetanse.

Kapasitet: Cowi vurderes som tilbyder med den beste kapasiteten. Cowi tilbyr konkret et team, og har i lokalt i Fredrikstad tilgjengelig en kapasitet på 45 personer.

Erfaring: Cowi vurderes som best også på dette kriteriet. Cowi har gjennomført et stort antall prosjekter, og en god del av dem i Hvaler kommune. Hvaler kommune har en meget god egenerfaring med Cowi. Totalt sett medfører dette at Cowi scorer høyest poengsum for dette kriteriet.

Gruppe 2 Elektro: Totalt sett scorer Cowi høyest poengsum sammen med Rambøll for dette kriteriet.

Personlig faglig kompetanse: Cowi vurderes som tilbyder med den beste personlige og faglige kompetanse for det teamet av konsulenter som tilbys. Teamet har meget god kompetanse på områder som er aktuelle for oppdragsgiver, hvor hovedtyngden ligger innenfor elektro.

Kapasitet: Cowi har god kapasitet med totalt 21 personer lokalt ved Fredrikstad kontoret.

Erfaring: Cowi viser til relevante referanseprosjekter som gir beste score på dette kriteriet. Cowi har gode anbefalinger fra bransjen".

- (18) Klager sendte en utvidet klage 14. mai 2014 vedrørende tildelingen av kontraktene for Gruppene 1 og 2. Klagen gjaldt anførsel om mangelfulle forhandlinger, mangelfull

begrunnelse, mangelfull tildelingsevaluering, ulovlig tildelingskriterium og at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.

- (19) Innklagede besvarte klagen i brev av 18. mai 2014, og klagen ble ikke tatt til følge. I brevet var det gitt opplysninger om leverandørenes tilbudte totalpriser. Når det gjaldt anførselen om mangelfull tildelingsevaluering viste innklagede blant annet til at:

"For kriteriet referanser er det vektlagt at "Cowi har gjennomført et stort antall prosjekter, og en god del av dem i Hvaler kommune. Hvaler kommune har en meget god egen erfaring med Cowi". Oppdragsgiver beklager at formuleringen "Cowi har gode anbefalinger fra bransjen", kan misoppfattes. Oppdragsgiver har selvfølgelig lagt til grunn i evalueringen de referanseprosjekter som er oppgitt i tilbudet, samt egenreferanse.

Det kan ikke være noen tvil om at det for kriteriet referanser kun er evaluert Cowi/firma sine referanser og at kravet til forutberegnelighet i § 5 er oppfylt."

- (20) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) i brev av 22. mai 2014. Klagen er avgrenset til kontraktsområde 1 VA og kontraktsområde 2 Elektro.
- (21) Innklagede bekreftet utsettelse av kontraktsinngåelse for kontraktsområde 1 og 2, inntil saken er behandlet av klagenemnda per e-post av 2. juni 2014. For de øvrige kontraktsområdene er rammeavtale med innstilt leverandør opplyst å være signert.
- (22) Foranlediget av dokumentasjon i saken, ba sekretariatet ved e-post 12. august 2014 innklagede om å redegjøre nærmere for vurderingene som innklagede gjennomførte i evalueringen av kriteriet "kapasitet" til tildelingskriteriet "kvalitet". Innklagede besvarte henvendelsen i brev av 13. august 2014. Det er blant annet forklart at:

"I den grad en leverandør har tilbudt flere ansatte enn det som anses nødvendig basert på innklagede erfaring med hva som trengs av ressurser ved de største oppdragene, har imidlertid ikke slik overkapasitet gitt positiv uttelling. Det vises i den forbindelse til at både COWI og klager har fått 9 poeng i Gruppe 2 Elektro, selv om COWI har tilbudt 21 personer og klager har tilbudt 5 personer. Dette skyldes altså at det ikke er ansett å gi noe merverdi for innklagede at det tilbys mer enn 5 personer innen denne gruppen.

I evalueringen av Gruppe 1 VA har imidlertid COWI tilbudt 45 personer og oppnådd 10 poeng, mens klager har tilbudt 8 personer og fått 8 poeng. Vurderingen har vært at det innen dette fagfeltet har en merverdi for innklagede at det tilbys mer enn 8 ansatte, selv om 45 ikke er nødvendig. Tilbudet fra COWI er vurdert slik at det i større grad enn klagers tilbud sikrer god tilgjengelighet og mulighet for rask responstid, noe som innen VA- feltet i mange tilfeller er nødvendig for å løse akutte situasjoner/ delta på kort varsel".

- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Mangelfulle forhandlinger

- (24) Innklagede har brutt forskriften § 11-8 (3), jf. § 3-1, samt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og god forretningsskikk, jf. loven § 5, ved at det ikke er gjennomført reelle forhandlinger. Klager har hverken fått tilbakemelding på, eller fått mulighet til å forbedre sitt tilbud overfor den beste tilbyderen både på kvalitet og pris, og oppdragsgiver har gjennomført konkurransen i strid med kravene i forskriften.

Mangelfull tildelingsevaluering

- (25) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved at tildelingsevalueringen er mangelfull. Det vises til at innklagede har vektlagt samme forhold under de to underkriteriene "*personlig faglig kompetanse*" og "*referanser*", til tildelingskriteriet "*kvalitet*". Under "*personlig faglig kompetanse*" oppga innklagede at "*Cowi besitter god kunnskap til Hvalers VA-anlegg gjennom flere gjennomførte prosjekter*" og at "*tilbudt team består også av personell med lang erfaring innenfor fagområdet, og har også flere med dykkerkompetanse*". Videre er det vist til at det under kriteriet "*referanser*" ble vektlagt at "*Cowi har gjennomført et stort antall prosjekter i Hvaler kommune. Hvaler kommune har en meget god egenerfaring med Cowi*".
- (26) I tillegg fremstår det som at egenerfaringer er det helt avgjørende forholdet ved tildeling av kontrakten. Egenerfaring kan bare vektlegges dersom dette skriftlig kan dokumenteres på en objektiv måte. Det er ikke opplyst at det foreligger slik dokumentasjon.
- (27) Dykkerkompetanse er heller ikke etterspurt i konkurransegrunnlaget og oppdragsgiver har da ikke anledning til å vektlegge dette.
- (28) I begrunnelsen under kontraktsområde 2 Elektro, fremholder innklagede at "*Cowi har gode anbefalinger fra bransjen*". Dette er forhold som innklagede ikke kan vektlegge under tildelingskriteriet. Det er kun konkrete referanseprosjekter som kan vektlegges. Når det da vises til gode anbefalinger fra bransjen i tildelingsevalueringen, innebærer det et brudd på kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5.

Ulovlig tildelingskriterium

- (29) Innklagede har brutt forskriften § 13-2 (2), ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium. I en rekke KOFA-saker er det redegjort for at tildelingskriterier som er "*essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question*", jf. blant annet Lianakis-dommen premiss (30), må anses som ulovlige tildelingskriterier. Dette innebærer at tildelingskriterier knyttet til et selskap som sådan, og ikke selve ytelsen som er tilbudt – i dette tilfellet et konsulentteam – vil være ulovlige.
- (30) Det følger av det vedlagte prisskjemaet til konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver i utgangspunktet har bedt om en fast konsulent, samt en stedfortreder. Vurderingen av øvrig kapasitet hos leverandøren vil da ikke være egnet til å identifisere hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Det vises til at den totale kontraktsverdien på de syv rammeavtalene er anslått til mellom 1,4 – 1,6 millioner kroner, hvilket utgjør 0,5 årsverk samlet for alle kontraktsområdene.
- (31) Underkriteriet "*kapasitet*" (20 %), som omhandler antall ansatte som kan bidra til å oppfylle avtalen, er på denne bakgrunn et ulovlig tildelingskriterium. Tildelingskriteriet har ikke tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, som er et konsulentteam på to personer på hvert kontraktsområde.

- (32) Underkriteriet "*referanser*" (20 %) er også et ulovlig tildelingskriterium, jf. forskriften § 13-2 (2). Det vises til måten kriteriet skulle dokumenteres på, og til klagenemndas sak 2012/186 og sak 2012/30, hvor tilsvarende kriterium ble ansett for å være ulovlig.

Avlysningsplikt

- (33) Innklagede har plikt til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 13-1 (1). Innklagede har gjennomført mangelfulle forhandlinger, foretatt mangelfull tildelingsevaluering og benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Det er derfor ikke tvil om at feilene som er begått har hatt betydning for klager. På denne bakgrunn har innklagede en klar plikt til å avlyse konkurransen og kunngjøre på nytt.

Innklagedes anførsler:

Mangelfulle forhandlinger

- (34) Det bestrides at det er foretatt mangelfulle forhandlinger. Regelverket stiller ikke konkrete krav til forhandlingenes form og innhold, samt krav om at det må avholdes et møte i en anskaffelsesprosess som gjennomføres som en konkurranse med forhandling. Samtlige tilbydere ble informert om innklagedes vurderinger knyttet til kvalitet og at det var pris det var mulig å gjøre noe med, og samtlige ble informert om at reviderte tilbud på pris kunne innleveres innen en frist. Ved denne fremgangsmåten ble både innklagedes behov for en effektiv anskaffelsesprosess, samt hensynet til likebehandling og forutberegnelighet for leverandørene ivaretatt.

Mangelfull tildelingsevaluering

- (35) Det bestrides at det foreligger mangelfull tildelingsevaluering. For kontraktsområde 1 VA i evalueringen av underkriteriet "*personlig faglig kompetanse*", viser begrunnelsene som er gitt, at det er den kompetansen som valgte leverandørs tilbudte team har på Hvaler kommunes utstyr/anlegg som er vektlagt. En del av denne kompetansen har blitt tilegnet gjennom utføring av prosjekter for Hvaler kommune. Under evalueringen av underkriteriet "*referanser*", er det derimot egenerfaring og andre oppdragsgivers erfaring fra de oppgitte referanseprosjektene som er vurdert. En slik evaluering er i tråd med konkurransegrunnlaget og fremstår ikke som uforutsigbart eller uventet for en leverandør. Det er to helt ulike sider av tilbudene som vurderes på bakgrunn av to forskjellige dokumentasjonsgrunnlag. Evalueringen er således i tråd med konkurransegrunnlaget.
- (36) Det er relevant og lovlig å vektlegge valgte leverandørs "*dykkerkompetanse*" i tildelingsevalueringen. Dette forholdet ligger innenfor en naturlig fortolkning av underkriteriet "*personlig faglig kompetanse*".
- (37) Innklagedes evaluering av tilbudene i gruppe 2 Elektro, er heller ikke mangelfull eller i strid med kravet til forutberegnelighet. Innklagede informerte tilbyderne om at formuleringen av evalueringen av underkriteriet "*referanse*": "*Erfaring: Cowi viser til relevante referanseprosjekter som gir beste score på dette kriteriet. Cowi har gode anbefalinger fra bransjen*", var uheldig og kunne misforstås. Innklagede informerte derfor om at det var, "*de referanseprosjekter som er oppgitt i tilbudet, samt egenreferanse*", som var lagt til grunn i evalueringen. Innklagede har dermed avklart hva som var ment med en uklar formulering, og det er ikke holdepunkter for å legge til grunn klagers forståelse av hva innklagede har ment med dette.

Ulovlig tildelingskriterium

- (38) Det bestrides at det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium, da underkriteriet "*kapasitet*" har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden. Kriteriet skulle dokumenteres med "*oversikt over antall ansatte som kan bidra til å oppfylle avtalen*". Det er således på det rene at det er det konkrete team som den enkelte leverandør stiller til disposisjon for innklagede som er evaluert under dette kriteriet.
- (39) Det bestrides at underkriteriet "*referanser*" er et ulovlig tildelingskriterium. I kvalifikasjonsvurderingen etterspørres leverandørenes grunnleggende evner til å gjennomføre oppdraget. Erfaring utover et minimum av godkjenninger er en del av kvalifikasjonskravene. Underkriteriet "*referanser*" og hvilke referanseprosjekter det tilbudte personell kan vise til sier mye om deres kompetanse, og derfor også hvordan de vil utføre de etterspurte tjenestene. Dette er følgelig med på å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Avlysningsplikt

- (40) Subsidiært bestrides det at det foreligger avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (41) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av konsulenttjenester som er prioriterte tjenester i kategori 12. Anskaffelsens verdi var estimert til totalt mellom 1 400 000 og 1 600 000 kroner eksklusive mva. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig tildelingskriterium

- (42) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 13-2 (2), ved å bruke ulovlige tildelingskriterier. Det første kriteriet som er anført er ulovlig er underkriteriet "*Kapasitet*", til tildelingskriteriet "*Kvalitet*", med tilhørende dokumentasjonskrav om "*Oversikt over antall ansatte som kan bidra til å oppfylle avtalen*". Klager viser til at kriteriet er knyttet til gjennomføring av kontrakten, og ikke selve ytelsen som er tilbudt. I følge klager, har innklagede bedt om et konsulentteam, og en vurdering av øvrig kapasitet hos leverandørene er ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (43) Av forskriften § 13-2 (2) følger det at når kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må tildelingskriteriene ha tilknytning til kontraktens gjenstand. Tildelingskriteriene må videre være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. for eksempel klagenemndas saker 2011/367 premiss (40) og 2012/121 premiss (57). Tilsvarende gjelder også for underkriterier jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2011/203, premiss (114).
- (44) Etter forskriften § 8-4 (1) og (2) kan oppdragsgiver stille minimumskrav til leverandøren som "*skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene*". Det følger forutsetningsvis av forskriften § 11-1 at krav anvendt under kvalifiseringen av leverandører 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 premiss (41).

- (45) I EU-domstolens sak C-532/06 (Lianakis), vurderte retten ex officio sontringen mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav. Domstolen uttalte blant annet at tilbydernes erfaring, personell og utstyr og evne til å oppfylle oppdraget innen en fastsatt frist, ikke kunne benyttes som tildelingskriteriet i stedet for kvalifikasjonskrav. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav heller enn tildelingskriterier, jf. premiss (25) til (32).
- (46) Etter at Lianakis-dommen ble avsagt har klagenemnda behandlet flere lignende saker, blant annet 2011/118 og 2011/81. Klagenemnda har lagt til grunn at Lianakis-dommen trolig ikke stenger for at vurderinger som i utgangspunktet hører under kvalifikasjonsvurderingen, i visse tilfeller også kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, så fremt tildelingskriteriet ikke er "*essentially linked to the evaluation of the tenderer's ability to perform the contract in question*", jf. Lianakis premiss (30) og klagenemndas sak 2008/120 premiss (46).
- (47) I sak 2008/120 la klagenemnda også til grunn at det må fremgå tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter, ikke er sammenfallende med eller gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Dette er lagt til grunn i etterfølgende praksis, jf. blant annet 2011/118 og 2011/81. Dette samsvarer med de generelle kravene til tildelingskriterier slik de er formulert for eksempel i EU-domstolens avgjørelse i 19/00 (SIAC) i premiss (42): "*the award criteria must be formulated, in the contract documents or the contract notice, in such a way as to allow all reasonable well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way*". Når forholdet relatert til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten vurderes i tildelingsfasen, må det derfor 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, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/118 premiss (19) og sak 2011/81/ premiss (27). Dette gjelder også for anskaffelser som følger reglene i forskriften del II, jf. klagenemndas sak 2011/118 med videre henvisninger.
- (48) I konkurransegrunnlaget var det blant annet stilt krav om at leverandørene skulle oppfylle krav til godkjenning, for å være kvalifisert. Kravet til godkjenning var ikke nærmere beskrevet. Dokumentasjonskravet viste til at dersom foretaket ikke hadde sentral godkjenning, skulle det vedlegges dokumentasjon som sannsynliggjorde at tilsvarende lokal godkjenning kunne oppnås. Dokumentasjonen skulle avspeile foretakets gjennomføringsevne. Slik kvalifikasjonskriteriet med tilhørende dokumentasjonskrav var formulert i konkurransegrunnlaget, viser det til systemet for godkjenning for ansvarsrett etter plan- og bygningsloven, og det er utvilsomt foretakets samlede kompetanse som er avgjørende under dette kriteriet.
- (49) I tildelingsevalueringen skulle blant annet tilbudene vurderes i henhold til leverandørens "*kapasitet*", som var et underkriterium til "*kvalitet*". "*Kapasitet*" skulle dokumenteres med en "*Oversikt over antall ansatte som kunne bidra til å oppfylle avtalen*", altså de tilbudte ressurser. Det er således klart at dette var noe annet (leverandørens personell) og ikke overlappende med det som skulle vurderes i kvalifikasjonsvurderingen (godkjenning

av foretaket som sådan). Det er således ikke grunnlag for å hevde at kvalifikasjonsvurderingen var overlappende med eller sammenfallende med det som skulle vurderes under tildelingsevalueringen når det gjaldt kriteriet "*kapasitet*", jf. EU-domstolens sak C-532/06 (Lianakis), og klagenemndas etterfølgende praksis knyttet til sontringen mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav, jf. klagenemndas saker 2011/118, 2011/81 samt 2008/120.

- (50) Spørsmålet er således om kriteriet "*kapasitet*" i seg selv er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriften § 13-2 (2).
- (51) I foreliggende sak skulle innklagede anskaffe konsulenttjenester på syv ulike tekniske fagområder, og formålet med anskaffelsen var å sikre innklagedes behov for bistand når kapasitet og kompetanse til egne ansatte ikke dekket behovet i tilstrekkelig grad. I et slikt tilfelle kan kapasiteten til den enkelte leverandør si noe om sannsynligheten for at innklagede raskt vil kunne få bistand av kompetente personer til å forestå tjenestene som anskaffelsen skulle dekke. Det fremgikk også av det vedlagte prisskjemaet at leverandørene kunne tilby "*annet personell til å øke kapasiteten*". Tildelingskriteriet må således forstås slik at det honorerer leverandørenes tilgjengelige kapasitet for oppdragsgiver. Ut fra kontraktens gjenstand og formålet med anskaffelsen må tildelingskriteriet anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og tilstrekkelig tilknyttet kontraktsgjenstanden jf. forskriften § 13-2 (2). Klagers anførsel på dette punkt har ikke ført frem.
- (52) Klager har deretter anført at underkriteriet "*referanser*" også er et ulovlig tildelingskriterium.
- (53) Spørsmålet er om kriteriet "*referanser*" er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriften § 13-2 (2).
- (54) Klager har blant annet vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2012/186 som støtte for sin anførsel hvor nemnda fant at tildelingskriteriet "*Referanseprosjekter*" var ulovlig. Anskaffelsen gjaldt totalentreprise ved bygging av omsorgsboliger og et av kvalifikasjonskravene var at tilbyderne måtte ha "*erfaring total entreprise*". Etter klagenemndas syn var tildelingskriteriet knyttet til tilbydernes erfaring og kompetanse som foretak, og uttalte at "*All den tid tildelingskriteriet ikke knyttes opp mot tilbudt personell eller konkrete arbeidsoppgaver, fremstår kriteriet "referanseprosjekt" som et kriterium som utelukkende retter seg mot leverandørenes evne til å oppfylle kontrakten [...]*". Avgjørelsen forutsetter således at referanser kan vektlegges ved tildelingen, om disse er direkte knyttet opp mot tilbudt personell mv og ikke bare firmaets generelle egnethet.
- (55) I sak 2010/357 ble det lagt til grunn at tildelingskriteriet "*referanser*" var ulovlig. I dette tilfelle var det imidlertid også lagt vekt på referanseprosjekter under kvalifikasjonsvurderingen, og spørsmålet var dermed særlig om det fremgikk tilstrekkelig klart av tildelingskriteriet at det ikke var noe overlapp eller gjentakelse.
- (56) I foreliggende sak, var referanser eller lignende ikke stilt som kvalifikasjonskrav, slik at problemstillingen knyttet til overlapp/gjentakelse ikke oppstår. Spørsmålet er dermed om

det fremgår tilstrekkelig klart at de etterspurte referansene knyttet seg til tilbudt personells erfaring fra tilsvarende arbeider.

- (57) I konkurransegrunnlaget var "*referanser*" oppstilt som et underkriterium til tildelingskriteriet "*kvalitet*". "*Referanser*" var ikke beskrevet i konkurransegrunnlaget for øvrig, men det skulle dokumenteres med opplysninger om referanser og referanseprosjekt. Kriteriet var ett av tre underkriterier til tildelingskriteriet "*kvalitet*", hvor to av underkriteriene, "*Personlig faglig kompetanse*" og "*Kapasitet*" klart var knyttet opp mot personellet som skulle stilles til disposisjon og som kunne bidra til å oppfylle avtalen. Etter den angitte vektingsmodellen i konkurransegrunnlaget punkt 4.1. skulle tildelingskriteriet "*kvalitet*" evalueres etter en skjønnsmessig vurdering.
- (58) Slik tildelingskriteriet "*kvalitet*" med tilhørende underkriterier var beskrevet i konkurransegrunnlaget fremstod det som at kriteriene måtte ses i sammenheng. En naturlig forståelse av kriteriet "*referanser*" er da at dette kriteriet, på tilsvarende måte som de to øvrige underkriteriene, må forstås slik at kriteriet var knyttet til personellet som skulle bidra til å oppfylle avtalen. Dette kunne med fordel vært gjort enda klarere, men etter en objektiv fortolkning av ordlyden synes dette mest nærliggende. Til forskjell fra sak 2012/186, var dermed kriteriet "*referanser*" i foreliggende sak ikke knyttet til foretaket og dets evne til å oppfylle kontrakten som sådan. Det er således heller ikke grunnlag for å hevde at det som skulle vurderes under kvalifikasjoner var overlappende med eller sammenfallende med det som skulle vurderes under tildelingsevalueringen når det gjaldt kriteriet "*referanser*", jf. EU-domstolens sak C-532/06 (Lianakis), og klagenemndas etterfølgende praksis knyttet til sontringen mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav, jf. klagenemndas saker 2011/118, 2011/81 samt 2008/120.
- (59) Det tilbudte personells referanser må også anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriften § 13-2 (2). I foreliggende sak skulle som nevnt innklagede anskaffe konsulenttjenester på ulike tekniske områder, med det formål å bistå innklagede ved behov for spesialkompetanse. Det er klart at det tilbudte personells referanser kan si noe om kvaliteten på tjenestene som anskaffelsen skulle dekke. Klagers anførsel om at innklagede har benyttet ulovlige tildelingskriteriet har ikke ført frem.

Mangelfulle forhandlinger

- (60) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 11-8 (3), jf. § 3-1, samt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og god forretningsskikk jf. loven § 5, ved at det ikke er gjennomført reelle forhandlinger. Klager hevder å verken ha fått tilbakemelding på, eller fått mulighet til å forbedre sitt tilbud overfor den beste tilbyderer både på kvalitet og pris.
- (61) Foreliggende konkurranse følger forskriften del I og II, og innklagede hadde valgt å gjennomføre konkurransen som en konkurranse med forhandling i en ett-trinns prosedyre, jf. forskriften § 5-1.
- (62) Forskriften § 11-8 regulerer måten konkurranse med forhandling skal gjennomføres. Det følger av forskriften § 11-8 (1) at en konkurranse med forhandling kan forløpe i flere faser for å redusere antall tilbud, og at en første reduksjon av tilbud kan skje i forkant av forhandlingene. Betingelsen er at det fortsatt er tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre

reell konkurranse. Deltakerne i en konkurranse med forhandling kan altså ikke nødvendigvis regne med at det vil bli adgang til å forbedre tilbudet.

- (63) Av forskriften § 11-8 (3) følger det at forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler i § 3-1, herunder kravene til likebehandling og god forretningsskikk. Klagenemnda har lagt til grunn at forskriften § 11-8 (3) må forstås slik at oppdragsgiver har en plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas sak 2008/123. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas sak 2011/1 premiss (33) og sak 2013/113 premiss (56).
- (64) I foreliggende tilfelle fikk alle tilbyderne som hadde levert tilbud anledning til å innlevere nytt pristilbud. Samtlige tilbydere fikk samtidig tilbakemelding om at innklagede vurderte den innsendte dokumentasjonen i tilbudene når det gjaldt tildelingskriteriet "*kvalitet*", på den måten at det var tilstrekkelig for å kunne evaluere tilbudene. Innklagede har forklart dette ved at tilbydernes beskrivelse av "*kvalitet*" var av relativt statisk art, og slik at det ikke ble vurdert som forhold hvor leverandørene kunne gjøre endringer av betydning.
- (65) Slik saken ligger an, kan ikke klagenemnda se at det har hatt betydning at tilbakemeldingen på leverandørenes tilbud kom per e-post og ikke i et eget møte med hver enkelt tilbyder. Innklagede har etter nemndas vurdering sørget for at forhandlingene har vært reelle og innklagede har opptrådt i tråd med de alminnelige regler i forskriften § 3-1, § 11-8, og de grunnleggende prinsippene i loven § 5. Klagers anførsel har ikke ført frem.

Mangelfull tildelingsevaluering

- (66) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved at tildelingsevalueringen er mangelfull på flere punkter.
- (67) Det første klager viser til, er at innklagede har vektlagt samme forhold i vurderingen av underkriteriene "*personlig faglig kompetanse*" og "*referanser*", til tildelingskriteriet "*kvalitet*", under tildelingsevalueringen av Gruppe 1 VA. Under "*personlig faglig kompetanse*" oppga innklagede at "*Cowi besitter god kunnskap til Hvalers VA-anlegg gjennom flere gjennomførte prosjekter*" og at "*tilbudt team består også av personell med lang erfaring innenfor fagområdet, og har også flere med dykkerkompetanse*". Videre er det vist til at det under kriteriet "*referanser*" ble vektlagt at "*Cowi har gjennomført et stort antall prosjekter i Hvaler kommune. Hvaler kommune har en meget god egenerfaring med Cowi*".
- (68) Av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 følger det at oppdragsgiver må evaluere tilbudene på en saklig og forsvarlig måte. Av dette kan det blant annet utledes at oppdragsgivere må evaluere tilbudene i samsvar med de opplysninger som er gitt i konkurransegrunnlaget.
- (69) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at ett av tildelingskriteriene var "*kvalitet*". Kriteriet var videre inndelt i tre underkriterier. Isolert sett, kan det tenkes at det er en forskjell i det som skal vurderes under "*Personlig faglig kompetanse*" og det som skal vurderes under

"referanser". På den annen side, måten tildelingskriteriet "*kvalitet*" var beskrevet og inndelt på, tilsier at underkriteriene alle var elementer av en helhetlig kvalitetsvurdering og dermed hadde en innbyrdes sammenheng. I tillegg fremgikk det av konkurransegrunnlaget om vektingsmodell, at kvalitetskriteriet skulle evalueres etter en skjønnsmessig vurdering.

- (70) Slik sett hadde innklagede kommunisert at underkriteriene var elementer av samme kvalitetsvurdering. Innklagede har i prosesskriv til nemnda bestridt at samme forhold er vektlagt under kriteriene, men at det er ulike sider ved tilbudene som er vektlagt under kriteriene. Nemnda finner ikke grunn til å ta stilling til om forholdene var vektlagt separat eller om ulike sider var vurdert mer sammensatt all den tid det var kommunisert i konkurransegrunnlaget at det kunne foretas en sammensatt vurdering. Det var dermed ikke usaklig eller uforsvarlig å vektlegge de angitte forholdene på den måten som klager hevder at innklagede gjennomførte. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (71) Klager har også anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved at tildelingsevalueringen er mangelfull, med henvisning til at det i evalueringen fremstår som at egenerfaringer er det helt avgjørende forholdet ved tildeling av kontrakten. Etter klagers syn kan egenerfaring bare vektlegges dersom dette skriftlig kan dokumenteres på en objektiv måte, og det er ikke opplyst at det foreligger slik dokumentasjon. Innklagede bestrider dette.
- (72) Klager har ikke underbygget eller dokumentert sin anførsel på dette punkt på noen måte, og innklagede har bestridt at egenerfaring ble tillagt avgjørende vekt. Det foreligger ingen holdepunkter som tilsier at vurderingen er foretatt slik klager anfører, og ingen grunnlag for å hevde at evalueringen på dette punkt har vært usaklig eller uforsvarlig. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (73) Klager har deretter anført at tildelingsevalueringen er mangelfull og i strid med loven § 5 med henvisning til at innklagede vektla dykkerkompetanse i tildelingsevalueringen. Klager viser til at dykkerkompetanse ikke var etterspurt i konkurransegrunnlaget og oppdragsgiver har da ikke anledning til å vektlegge dette. Innklagede henviser til at "*dykkerkompetanse*" kunne vektlegges innenfor en naturlig fortolkning av underkriteriet "*personlig faglig kompetanse*".
- (74) Spørsmålet er om det var forutberegnelig ut fra konkurransegrunnlaget at innklagede vektla dykkerkompetanse i evalueringen av kriteriet "*personlig faglig kompetanse*".
- (75) Kriteriet "*personlig faglig kompetanse*" var ikke nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget. Dokumentasjonskravet var CV for personellet som skulle stilles til disposisjon. Kriteriet slik det var beskrevet indikerer at det er et vidt spekter av faglig erfaring som kan vektlegges under kriteriet. Den faglige kompetansen er ikke begrenset på noen måte og indikerer også at faglig kompetanse som innklagede ikke nødvendigvis på forhånd har sett for seg er relevant, vil kunne omfattes dersom det er hensiktsmessig for anskaffelsen.
- (76) Det som skulle anskaffes under Gruppe 1 var konsulenttjenester, herunder prosjektering, byggeledelse, prosjektledelse og gjennomføring av konkurranser innen vann og avløp. Konsulentoppdragene skulle utføres i Hvaler kommune. Kommunen er en øykommune, hvor det vil være nødvendig med utstyr for vann og avløp under vann. Under slike omstendigheter, kan man se for seg at dykkerkompetanse vil være en type "*personlig*

faglig kompetanse" som er relevant for innklagede og derav vil omfattes av en naturlig forståelse av kriteriet slik det var beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det var dermed forutberegnelig å vektlegge dykkerkompetanse i evalueringen av kriteriet "*personlig faglig kompetanse*". Det er for øvrig lite som tyder på at dette forholdet har hatt vekt av betydning ved tildelingen. Klagers anførsel har ikke ført frem.

- (77) Til sist har klager anført at tildelingsevalueringen er mangelfull og i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 fordi innklagede under kontraktsområde 2 Elektro, har vektlagt at "*Cowi har gode anbefalinger fra bransjen*" under kriteriet "*referanser*". Klager viser til at det kun er konkrete referanseprosjekter som kan vektlegges.
- (78) Innklagede har forklart og vist til at formuleringen var uheldig og at det ble opplyst til tilbyderne at det var "*de referanseprosjekter som er oppgitt i tilbudet, samt egenreferanse*" som er lagt til grunn i evalueringen. Klagenemnda er enig i at den opprinnelige formuleringen var uheldig. Innklagede har derimot forklart hva som mentes med formuleringen og dermed vist hvordan kriteriet i realiteten ble vurdert. Ut fra sakens dokumentasjon har ikke klagenemnda grunnlag for å overprøve dette. Klagers anførsel på dette punkt fører dermed heller ikke frem.
- (79) Ettersom det etter klagenemndas syn ikke er grunnlag for at evalueringen av tilbudene har vært usaklig eller uforsvarlig, fører klagers anførsel om at innklagede har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 ved tildelingsevalueringen ikke frem.

Konklusjon:

Hvaler kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller