



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om teknisk rådgivning og arkitekttjenester for vedlikehold og utvikling av eiendomsmassen ved Sykehuset Telemark. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 22-2 (2) ved å oppstille "kompetanse", med det innhold det her var gitt, som et tildelingskriterium.

Klagenemndas avgjørelse 18. november 2015 i sak 2015/97

Klager: Erichsen & Horgen AS

Innklaget: Sykehuset i Telemark HF

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Tone Kleven, Halvard Haukeland Fredriksen

Bakgrunn:

- (1) Sykehuset i Telemark HF (heretter innklagede) kunngjorde 18. mars 2015 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om teknisk rådgivning og arkitekttjenester for vedlikehold og utvikling av eiendomsmassen ved Sykehuset Telemark. Anskaffelsens verdi ble estimert til 3,6 millioner kroner. Tilbudsfrist var 24. april 2015.
- (2) Innklagede skulle inngå rammeavtaler i flere kategorier, og det kunne gis tilbud på enkelte kategorier og/eller lokaliseringer ved Sykehuset Telemark. Klagen i foreliggende sak gjelder konkurransen om VVS-teknikk.
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.6 at firma som fikk karakteren 0 på ett eller flere av kvalifikasjonskriteriene ville bli avvist. Det var videre opplyst at karakteren 0 ville bli gitt i blant annet følgende tilfeller:
 - *"Kompetanse: Generell firmakompetanse er dårligere enn sivilingeniør/sivilarkitekt kompetanse eller tilsvarende på vedkommende fagfelt. "Tilsvarende" kompetanse kan for eksempel være RIF-medlemskap eller firmagodkjenning som ansvarlig prosjekterende klasse 3 innen vedkommende felt.*
 - *Kapasitet: Dersom tegninger ikke kan produseres og leveres elektronisk i DWG-format og IFC-format".*
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.7 fremkom følgende:

"Blant de firmaer som er funnet kvalifisert vil utvelgelsen skje ved vektet poengsum av karakterene i de ulike evalueringskriteriene.

1	KOMPETANSE	40 %
1.1	Generell kompetanse	
1.2	Personell	
1.3	Spesialkompetanse	

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

1.4	Referanse	
1.5	Samarbeidende parter	
2	KAPASITET	20 %
2.1	Eget personell	
2.2	Responstid	
2.3	Samarbeidende parter	
2.4	Instrumenter og utstyr	
2.5	IT-utstyr og programvare	
2.6	Evt. egenutviklet programvare	
3	PRIS	40 %
3.1	Timepris i samsvar med vedlegg 3, pkt 4	

Tilbyder må gi tilstrekkelig dokumentasjon i sitt tilbud for evaluering av kriterier nevnt ovenfor.

Poengsum vil bli fastlagt etter beste skjønn."

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3 fremkom: *"For oppdrag over 500 000 kr. eks. mva. skal det som hovedregel gjennomføres en minikonkurranse mellom leverandørene som er tildelt kontrakt på det aktuelle området. Minikonkurranse kan også gjennomføres for oppdrag under kr. 500 000,- dersom STHF vurderer det som hensiktsmessig for oppdraget."*
- (6) Innklagede mottok ni tilbud innen tilbudsfristen, heriblant fra Erichsen & Horgen AS (heretter klager), Sweco Norge AS, Norconsult AS og Multiconsult AS.
- (7) I konkurransegrunnlaget vedlegg 3 punkt 1.1 skulle tilbyderne fylle ut opplysninger om hvor mange ansatte firmaet hadde innen ulike fagområder, og med hvilken kompetanse. Det fremgikk av klagers tilbud at klager har 113 ansatte. Videre skulle tilbyderne fylle ut hvilket personell som ble stilt til disposisjon for sykehuset, hvilken områder firmaet hadde spesialkompetanse innen, relevante referanseprosjekter og samarbeidende parter.
- (8) I punkt 1.2 skulle tilbyderne svare på følgende: *"Personell som stilles til [disposisjon] for sykehuset (må suppleres med CV for den enkelte medarbeider) %-andel av oppdraget den enkelte skal utføre skal angis."* Klager oppga to navn på personell som ble stilt til disposisjon for sykehuset, og anga at en av disse skulle utføre 30 % av oppdraget og den andre 70 %.
- (9) Tilbyderne skulle i punkt 1.3 opplyse om hvilke fagområder firmaet hadde spesialkompetanse innen, og supplere med oppgave over tilgjengelig saksbearbeidere. Klager listet opp en rekke fagområder der firmaet har spesialkompetanse, og vedla CV for syv personer.
- (10) I punkt 2.1 skulle tilbyderne fylle ut følgende:

"Responstid/kapasitet

I tabellen under skal en angi tid fra oppdraget blir gitt til oppstart av oppdrag kan iverksettes, samt %-vis andel av personell som kan settes på oppdraget. Verdier over 100% betyr at det kan settes flere personer på oppdraget. [..]

	<i>Responstid</i>	<i>Kapasitet som kan benyttes</i>	<i>Kategori</i>
<i>Oppdrag som krever 1 dagsverk</i>			<i>VVS</i>
<i>Oppdrag som krever 1 dagsverk</i>			<i>VVS</i>
<i>Oppdrag som krever 1 dagsverk</i>			<i>VVS</i>
<i>Oppdrag som krever 1 dagsverk</i>			<i>VVS</i>
<i>Oppdrag som krever 1 dagsverk</i>			<i>VVS"</i>

- (11) Klager oppga en responstid på 30 minutter for oppdrag som krever 1 dagsverk, og en responstid på 1 dag for øvrige oppdrag. Det var oppgitt at det kunne benyttes 5 % kapasitet på oppdrag som krever 1 dagsverk, og >100 % ved behov på øvrige oppdrag.
- (12) Innklagede sendte et brev til klager 17. juni 2015, der det fremgikk at innklagede hadde innstilt følgende leverandører: 1. Sweco Norge AS, 2. Norconsult AS, 3. Multiconsult AS, 4. Erochsen & Horgen AS.
- (13) Klager sendte 18. juni 2015 en klage på valget av leverandør. I et brev til klager 25. juni 2015, fremgikk det at innklagede hadde gjort en feil i evalueringen av tilbudte kostnader. På denne bakgrunn var det utformet en ny innstilling. Denne var som følger: 1. Erichsen & Horgen, 2. Sweco Norge AS, 3. Norconsult, 4. Multiconsult.
- (14) I et nytt brev til klager 7. juli 2015 fremgikk det at det var oppdaget nok en feil i evalueringen, og at det derfor var utarbeidet en ny innstilling: 1. Norconsult AS, 2. Erichsen & Horgen, 3. Sweco Norge AS, Multiconsult AS.
- (15) I anskaffelsesprotokollen, signert 2. juli 2015, fremgikk følgende som begrunnelse for valget av leverandør:

"I forbindelse med prisevalueringen har tilbyder fått ett trekk på 1 poeng (maks skåre er 10) for hver 10 % de har høyere pris enn laveste tilbyder. For å kalkulere forventet pris har en benyttet faglig skjønn i forhold til fordeling av timer mellom ulike kompetansekategorier. De to andre kriteriene er vurdert etter beste faglig skjønn.

Karakterene for kompetanse er gitt utelukkende på bakgrunn av innleverte CV'er for oppgitt personell ifm leveransen. Karakter for veid sum av de enkelte CV'er satt inn som en sum pr rubrikk for kompetanse for det enkelte firma. Karakterene er veid ifht den prosentandel og ansvarsrolle nøkkelpersonell er tildelt i leveransen. Nøkkelpersonell med både god kompetanse og stor innsatsprosent gir god score. For yngre personell veier god (både bred og spiss) kompetanse i noen grad opp for manglende lang erfaring. I henhold til EU dom har en ikke vurdert firmaets totalkompetanse.

Det er lagt stor vekt på god dokumentasjon av gjennomføringsevne/erfaring med rehabiliterings-/ombyggingsprosjekter; - spesielt somatiske sykehus, i relativt stor grad også psykiatribygg og andre helsebygg. Erfaring med andre typer rehabiliterings-/ombyggingsprosjekter og større vedlikeholdsarbeider er også tillagt vekt.

I fht kapasitet er antall tilbudte fagpersoner (med relevant kompetanse) tellende, karakteren er også veid i fht prosentandel innsats fra nøkkelpersonell og i noen grad i forhold til firmaets størrelse og responstid."

- (16) Klager ba om innsyn i evalueringsdokumentene i e-post til innklagede 10. juli 2015. Innklagede svarte samme dag og skrev følgende:

"Vedr. kompetanse:

Vi har vurdert tilbudet ut i fra de personer som er tilbudt av tilbyder som en gruppe hvor gruppens kompetanse samlet er vurdert opp mot det behov som skal dekkes gjennom rammeavtalen. Dersom gruppen etter vår vurdering dekker dette kompetansebehovet har tilbyder fått 10 poeng. Erichsen & Horgen har kun tilbudt 2 personer og derfor fått lavere poengscore enn innstilt leverandør.

Vedr. kapasitet:

For ivareta totalbehovet i en rammeavtale for sykehuset, også for evt. minikonkurranser har vi sett behov for å skille på tilgjengelig total kapasitet innenfor tilbudt fagområde. Firma med større kapasitet har derfor fått høyere poengsum. Erichsen & Horgen har pga størrelse på firmaets totale kapasitet fått lavere poengscore enn innstilt leverandør."

- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. august 2015.
- (18) Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet klagen.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. november 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Klager anfører at tildelingskriteriet kompetanse var ulovlig fordi det var sammenfallende med kvalifikasjonskravet kompetanse og at tildelingskriteriet knyttet seg til leverandøren som sådan, og ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Tildelingskriteriet kompetanse var ikke i strid med regelverket.
- (22) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om teknisk rådgivning og arkitekttjenester for vedlikehold og utvikling av eiendomsmassen ved Sykehuset Telemark som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 12. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 4 estimert til 3,6 millioner kroner. 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 III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Konkurransen skulle vært avlyst

- (24) Klager anfører at tildelingskriteriet kompetanse var ulovlig fordi det var sammenfallende med kvalifikasjonskravet kompetanse og at tildelingskriteriet knyttet seg til leverandøren som sådan, og ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

- (25) Det følger av forskriften § 22-2 (2) at når en kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, *"skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden"*. I dette ligger et krav om at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. for eksempel klagenemndas sak 2012/121 premiss (57). Forhold knyttet til tilbudt personell kan være relevant i denne sammenheng. Klagenemnda viser i denne forbindelse særlig til EU-domstolens avgjørelse 25. mars i år i sak C-601/13 (Ambisig), hvor det i premiss (31) uttales generelt at:

"Kvaliteten af gennemførelsen af en offentlig kontrakt kan på afgørende vis være afhængig af den faglige formåen hos de personer, der er pålagt at gennemføre den. Denne formåen udgøres af deres faglige erfaring og deres uddannelse."

- (26) Av premiss (32) fremgikk det videre at: *"Dette gjelder så meget desto mere, når den ydelse, der er genstand for kontrakten, er af intellektuel art og som i hovedsagen vedrører uddannelses- og konsulenttydelser."* Anskaffelsen i foreliggende sak gjaldt teknisk rådgivning og arkitekttjenester, og i utgangspunktet kan det dermed være saklig å vurdere det tilbudte personellets kompetanse, jf. også eksempelet i direktiv 2014/24/EU fortalen premiss (97).
- (27) Formålet med tildelingsevalueringen er å rangere nivået på den ytelsen som er tilbudt - men ikke leverandørene - etter forhåndskunngjorte kriterier. Hvorvidt leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene vil som utgangspunkt være sikret ved kvalifikasjonskravene, jf. også forskriften § 17-4 (2). For at et tildelingskriterium som knytter seg til erfaring, kompetanse eller lignende, lovlig kan benyttes, er det en forutsetning at det er *tilbudt personells* erfaring/kompetanse som gjøres til et vurderingstema og ikke *leverandørens* erfaring/kompetanse mer generelt, jf. blant annet klagenemndas sak 2015/78 premiss (17).
- (28) Tildelingskriteriet *"Kompetanse"* skulle vurderes ut fra *"Generell kompetanse"*, *"Personell"*, *"Spesialkompetanse"*, *"Referanse"* og *"Samarbeidende parter"*. Det var ikke forklart nærmere hvordan tildelingskriteriet eller underkriteriene skulle vurderes, herunder om det var det tilbudte personellets eller firmaets kompetanse som skulle vurderes. I tilbudsskjemaet inntatt i konkurransegrunnlagets vedlegg 3 skulle imidlertid tilbyderne fylle inn antall ansatte firmaet hadde med kompetanse innen ulike fagområder, personell som stilles for sykehuset, hvilke områder firmaet har spesialkompetanse innen, relevante referanseprosjekter og samarbeidende parter. Kategoriene i tilbudsskjemaet samsvarer altså med underkriteriene under tildelingskriteriet *"Kompetanse"*, og det er nærliggende å forstå konkurransegrunnlaget slik at vedlegg 3 på denne måten supplerer og utdyper tildelingskriteriet.
- (29) Den etterspurte dokumentasjonen og informasjonen i tilbudsskjemaet, med unntak av punktet som gjaldt personell, rettet seg i stor grad mot leverandøren/selskapet som sådan. Dette gjelder for eksempel antall ansatte hos leverandørene med ulik kompetanse, og hvilken spesialkompetanse leverandøren var i besittelse av. Hvor mange ansatte leverandørene har med ulik kompetanse, utover de som faktisk er tilbudt, kan vanskelig anses å ha betydning for den ytelsen som skal prestes. Det samme gjelder hvilken spesialkompetanse firmaet som sådan har, med mindre denne spesialkompetansen er relevant for, og tilbys til, det konkrete oppdraget. Tilsvarende betraktninger kan legges til grunn for punktene som gjaldt referanseprosjekter og samarbeidende parter.

- (30) Formuleringen "*Blant de firmaer som er funnet kvalifisert vil utvelgelsen skje ved [..]*" kan også gi inntrykk av det var firmaene som sådan som skulle vurderes, ikke tilbudet med det tilbudte personell. Dette inntrykket forsterkes ved at personell var et av underpunktene som skulle vurderes under tildelingskriteriet. Når personell var oppstilt som et av flere underkriterier til tildelingskriteriet, gir dette inntrykk av at de øvrige punktene ikke knyttet seg til det tilbudte personellet, men til leverandøren som sådan. Kriteriet kan av denne grunn ikke anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 22-2 (2), og må derfor anses ulovlig.
- (31) Spørsmålet er om den feilen som er konstatert ved at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, er en feil som innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. Basert på Underrettens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda i sak 2011/171 premiss (61) følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt:
- "Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått."*
- (32) Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Et tildelingskriterium vil regelmessig ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om de overhodet skal delta i konkurransen og ved utformingen av tilbudet. I foreliggende sak var det aktuelle kriteriet dessuten tillagt en vekt på 40 %. Det må derfor legges til grunn at et korrekt tildelingskriterium kunne ha gitt et annet utfall av konkurransen, se til sammenligning for eksempel klagenemndas sak 2012/116 premiss (24) og sak 2015/78 premiss (22). Konkurransen skulle derfor ha vært avlyst.
- (33) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda har kommet til, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.
- (34) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om spørsmålet om hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt.

Konklusjon:

Sykehuset i Telemark HF har brutt forskriften § 22-2 (2) ved å oppstille "*kompetanse*", med det innhold det her var gitt, som et tildelingskriterium.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk