



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** De generelle kravene i § 4 og avlysning/totalforkastelse. Dissens.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurransen for inngåelse av to rammeavtaler for kjøp av henholdsvis kontor- og institusjonsmøbler og skole- og barnehagemøbler. Innklagede gjennomførte først en evaluering og tildeling, men endret så evalueringen og tildelingen på bakgrunn av at den første evalueringen var gjennomført i strid med regelverket. Nemnda var enig i at den opprinnelige måten å evaluere tilbudene på var i strid med regelverket. Klagerne anførte at endringen av evalueringen var ulovlig og at konkurransen måtte avlyses. Klagenemndas flertall kom til at disse anførselene ikke førte frem. Den ene klageren anførte videre at klageren ikke skulle vært avvist og at innklagede hadde brutt begrunnelsesplikten og kravet til etterprøvbarhet i forbindelse med krav om innsyn. Nemnda kom til at denne klageren var rettmessig avvist og at klageren dermed ikke hadde rettslig interesse i å få avgjort de øvrige spørsmålene.*

### Klagenemndas avgjørelse 21. november 2018 i forente saker 2018/329, 2018/340 og 2018/341

**Klager(e):** Rom for Flere AS, Kinnarps AS og Senab Eikeland Øst AS

**Innklaget:** Stange kommune

#### Klagenemndas

**medlemmer:** Finn Arnesen, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

#### Bakgrunn:

- (1) Stange kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. februar 2018 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av to rammeavtaler, én rammeavtaler for kjøp av kontor- og institusjonsmøbler og én for skole- og barnehagemøbler. Konkurransen ble gjennomført på vegne av innklagede og kommunene Hamar, Løten, Ringsaker og Elverum. Anskaffelsens verdi var estimert til totalt kroner 74 millioner. Tilbudsfristen var 13. april 2018.
- (2) Ett av kvalifikasjonskravene som ble oppstilt for deltakelse i konkurransen, var at leverandøren skulle ha «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne oppfylle kontrakten*». Kvalifikasjonskravet ble ledsaget av følgende dokumentasjonskrav: «*Oppdragsgiver vil foreta en selvstendig kredittvurdering via Credit Pro. For å være kvalifisert til konkurransen må leverandørene ha minimum A kredittverdig. Nystartede firmaer vil bli vurdert særskilt.*»
- (3) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene *Pris*, vektet 40 prosent og *Kvalitet*, vektet 60 prosent. Kvalitetskriteriet var delt opp i to underpunkter, «*Produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design (vektet 60 prosent)*» og «*Kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen (vektet 40 prosent)*». Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at

**Postadresse**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
Nettside: [www.kofa.no](http://www.kofa.no)

*«Produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design» ville bli bedømt ved en «(e)valuering av utvalgte produkter ved visning og evaluering av øvrige produkter ved hjelp av brosjyrer og beskrivelser.» Det andre underpunktet, «Kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen», ville bli evaluert ut fra «(l)everandørs besvarelse i kravspek. med underpunkter merket med B i kolonne for prioritet.»*

- (4) Konkurranses grunnlaget ga følgende informasjon om «Evalueringsmetode»:

*«I underpunktene til tildelingskriteriene vil oppdragsgiver bruke en poengskala fra 0 til 5, der 5 er best. Alle kriteriene som fremgår skal vektlegges i vurderingen av hvilket tilbud som har det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet.»*

- (5) Om «Evalueringsmetode for kvalitet» fremgikk det:

*«I forbindelse med evalueringen skal den enkelte leverandør presentere et utvalg av produkter i prismetris. Det skal ikke leveres produkter sammen med tilbudet.*

*Oppdragsgiver henvender seg til tilbyderne etter kvalifiseringen for å avtale gjennomføring av presentasjon. Produktene skal være ferdig montert og satt sammen i henhold til overnevnte. [...]*

*Produkter som ikke blir evaluert i presentasjonen vil bli evaluert basert på brosjyrer og beskrivelser.*

*Gjennomføringen av produktpresentasjonen skal gi et godt bilde av tilbudet i forhold til tildelingskriteriene. Møbler som inngår i Leveransen skal være tilpasset segmentene i denne konkurransen og til bruk i offentlig miljø.*

*En faggruppe sammensatt av oppdragsgiver vil vurdere kvaliteten på sortimentet fra et brukerperspektiv i forhold til produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design tilpasset segmentet. Faggruppen består av brukere og er ikke møbelfaglige eksperter. Evalueringen vil derfor bli evaluert fra et brukerperspektiv.»*

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede seks tilbud for delkonkurransen som gjaldt kontor- og institusjonsmøbler, herunder fra Rom for Flere AS (heretter *RFF*), EFG Hov + Dokka AS (heretter *EFG*), Kinnarps AS Hamar (heretter *Kinnarps*), Lindbak AS, Johs Olsen AS og Senab Eikeland Øst AS (heretter *Senab*).
- (7) Samtidig ble det mottatt fem tilbud for delkonkurransen som gjaldt skole- og barnehememøbler fra Lindbak AS, EFG, Kinnarps, Senab og Offinn AS.
- (8) Innklagede utarbeidet et evalueringssammendrag hvor gjennomføringen av tilbudsevalueringen ble beskrevet slik:

*«Produktkvalitet ble evaluert i 2 omganger. Produktpresentasjon 25. og 26. april av produktene som er vurdert til å være de viktigste innenfor hver kategori. De øvrige produktene er evaluert basert på brosjyrer og beskrivelser. Evalueringen er gjennomført fra et brukerperspektiv i forhold til produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design tilpasset segmentet. Møbler som inngår i Leveransen skal være tilpasset segmentene i denne konkurransen og til bruk i offentlig miljø. For å få riktig vektning produktene imellom er oppnådd poeng multiplisert med estimert antall oppgitt i prisskjema.»*

- (9) Av sammendraget fremgår det at følgende poengskala ble benyttet i bedømmelsen av «Produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design»:

*«5 Poeng Det møbelet som brukergruppen mener møter våre krav best*

*4 Poeng Møbel som møter våre krav meget godt*

*3 Poeng Møbel som møter våre krav*

*2 Poeng Møbel som har noen mangler i forhold til våre krav*

*1 Poeng Møbel som har vesentlige mangler i forhold til våre krav*

*0 Poeng Møbel som ikke ble vist.»*

- (10) En lignende skala ble benyttet i evalueringen av «Kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen»:

*«5 Poeng Tilbudet med den beste oppfyllelsen av kravene*

*4 Poeng Tilbud som oppfyller våre krav meget godt*

*3 Poeng Tilbud som oppfyller våre krav*

*2 Poeng Tilbud som oppfyller våre krav men har noen mangler*

*1 Poeng Tilbud som har vesentlige mangler i forhold til våre krav*

*0 Poeng Tilbud som ikke besvarer våre krav»*

- (11) Innklagede har forklart at det på underpunktet «Produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design» ble gitt poeng fra 0 til 5 for hvert møbel, ganget med estimert antall oppgitt i prisskjemaet. Deretter ble tilbudenes vektete poengscore på dette underpunktet beregnet etter en forholdsmessig metode med følgende formel: Vektet karakter (poengscore) = egen poengscore/beste poengscore\*10\*0,6\*0,6.

- (12) Av evalueringssammendragets redegjørelse for utfallet av konkurransen fremgår det at EFG hadde lavest pris i delkonkurransen for kontor- og institusjonsmøbler og ble tildelt 4 vektete poeng på dette kriteriet. Under kvalitet, på underpunktet «produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design» ble resultatene som følger:

| <b>Leverandør</b>        | <b>Total poeng</b> | <b>Vektet karakter 60 % av 60 %</b> |
|--------------------------|--------------------|-------------------------------------|
| <i>EFG Hov+Dokka AS</i>  | <i>5259,00</i>     | <i>3,02</i>                         |
| <i>Kinnarps AS Hamar</i> | <i>6275,25</i>     | <i>3,60</i>                         |
| <i>Lindbak AS</i>        | <i>4279,25</i>     | <i>2,45</i>                         |
| <i>Johs Olsen</i>        | <i>4633,50</i>     | <i>2,66</i>                         |
| <i>Rom for Flere AS</i>  | <i>6132,00</i>     | <i>3,52</i>                         |

|                              |                |             |
|------------------------------|----------------|-------------|
| <i>Senab Eikeland Øst AS</i> | <i>5029,00</i> | <i>2,89</i> |
|------------------------------|----------------|-------------|

- (13) På underpunktet «*kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen*» ble resultatet følgende:

| <b><i>Leverandør</i></b>     | <b><i>Total poeng</i></b> | <b><i>Vektet karakter 40 % av 60 %</i></b> |
|------------------------------|---------------------------|--------------------------------------------|
| <i>EFG Hov+Dokka AS</i>      | <i>145</i>                | <i>2,40</i>                                |
| <i>Kinnarps AS Hamar</i>     | <i>142,5</i>              | <i>2,36</i>                                |
| <i>Lindbak AS</i>            | <i>128</i>                | <i>2,12</i>                                |
| <i>Johs Olsen</i>            | <i>141</i>                | <i>2,33</i>                                |
| <i>Rom for Flere AS</i>      | <i>142,5</i>              | <i>2,36</i>                                |
| <i>Senab Eikeland Øst AS</i> | <i>138</i>                | <i>2,28</i>                                |

- (14) Kinnarps fikk høyeste total poengsum med 9,67 poeng. RFF oppnådde 9,62 poeng og Senab 9,07.
- (15) I delkonkurransen for skole- og barnehagemøbler hadde Senab lavest pris og fikk 4 vektete poeng. På underpunktet «*produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design*» var resultatet av evalueringen som følger:

| <b><i>Leverandør</i></b>     | <b><i>Total poeng</i></b> | <b><i>Vektet karakter 60 % av 60 %</i></b> |
|------------------------------|---------------------------|--------------------------------------------|
| <i>EFG Hov+Dokka AS</i>      | <i>13820,0</i>            | <i>3,60</i>                                |
| <i>Kinnarps AS Hamar</i>     | <i>11133,5</i>            | <i>2,90</i>                                |
| <i>Lindbak AS</i>            | <i>12461,5</i>            | <i>3,25</i>                                |
| <i>Senab Eikeland Øst AS</i> | <i>11178,5</i>            | <i>2,91</i>                                |
| <i>Offin AS</i>              | <i>12142,0</i>            | <i>3,16</i>                                |

- (16) På underpunktet «*Kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen*» ble resultatene slik:

| <b><i>Leverandør</i></b>     | <b><i>Total poeng</i></b> | <b><i>Vektet karakter 40 % av 60 %</i></b> |
|------------------------------|---------------------------|--------------------------------------------|
| <i>EFG Hov+Dokka AS</i>      | <i>162</i>                | <i>2,40</i>                                |
| <i>Kinnarps AS Hamar</i>     | <i>136,5</i>              | <i>2,02</i>                                |
| <i>Lindbak AS</i>            | <i>142</i>                | <i>2,10</i>                                |
| <i>Senab Eikeland Øst AS</i> | <i>155</i>                | <i>2,30</i>                                |
| <i>Offin AS</i>              | <i>150</i>                | <i>2,22</i>                                |

- (17) Totalt fikk EFG høyest poengsum med 9,48 vektete poeng. Senab fikk 9,21 poeng og Kinnarps fikk 8,55.

(18) Både RFF og Senab påpekte en mulig feil i utregningen av poeng som ifølge RFF var utslagsgivende i konkurransen. Senab anførte at innklagede hadde vektlagt egne erfaringer uten hjemmel for dette i konkurransegrunnlaget, og at evalueringsmodellen som var anvendt var i strid med regelverket. Senab fikk medhold i begge disse anførslene, og på denne bakgrunn gjennomførte innklagede en ny evaluering.

(19) Som en del av den nye evalueringen ble det innhentet kredittinformasjon for å belyse oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet omtalt i avsnitt 2. Innklagede sendte 22. august 2018 en melding til RFF der det ble informert om at oppdatert kredittinformasjon fra Bisnode Credit Pro viste at RFF nå hadde en kredittrating B. Det ble videre vist til at minimumskravet i konkurransen var kredittrating A, og det ble bedt om at RFF skaffet garantier for å sikre «*leveranser inntil Rom for Flere AS igjen kan fremvise kredittrating A eller bedre.*»

(20) RFF svarte følgende 23. august 2018:

*«Det stemmer at rating har gått ned. Historisk sett har selskapet i hovedsak hatt A og AA på kreditrating siden 1998.*

*Vår revisor holder derfor på med halvårsregnskap som viser at økonomien for 2018 er god og rating vil komme tilbake på A, eller bedre. Halvårsregnskap per 31.06.2018 med revisors beretning vil sannsynlig være klart i slutten av neste uke eller begynnelsen av uke 36.*

*Foreløpig halvårsregnskap er vedlagt separat, se dette dokument. Skattekostnad på ca. 23% er ikke hensynstatt, uansett viser regnskapet meget gode tall og rating vil øke. Neste halvår ser også meget bra ut med stor ordresreserve. Vi sender Stange kommune ferdig revidert halvårsregnskap inkludert revisors beretning så snart dette er klart. Dette sendes også inn til Bisnode for ny kreditrating.*

*Er det likevel behov for bankgaranti kan vi få denne utstedt fra vår bankforbindelse DNB ved henvendelse. Vi ber i så tilfelle om at Stange kommune opplyser hvilket garantibeløp som er relevant for å oppfylle kontraktsforpliktelse i rammeavtale for delkontrakt 1. Oppgi estimert garantibeløp for tidsperiode fra start kontrakt frem til Rom for Flere AS får ny kreditrating.»*

(21) RFF mottok ikke svar fra innklagede. Den 30. august sendte RFF halvårsregnskap og revisors beretning til innklagede.

(22) Fra det nye evalueringssammendraget fremgikk det av punkt 6.0:

*«Alle tilbydere har angitt at de oppfyller kvalifikasjonskravene som er oppgitt.*

*I henhold til anskaffelsesforskriften § 23-1 skal oppdragsgiver kontrollere kvalifikasjonskrav før tildeling.*

*I konkurransen er det kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet, og det er et krav at leverandøren oppnår minimum A kredittverdig fra Bisnode Credit Pro. Det fremgår av kvalifikasjonskravet at oppdragsgiver selv vil hente ut kredittvurdering fra Credit Pro.*

*Ved kontroll av leverandørene før tildeling ble det klart at Rom for Flere AS og Senab Eikeland Øst AS ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet.»*

- (23) RFF og Senab ble følgelig avvist, og dette ble meddelt RFF i brev av 31. august 2018. I brevet fremgikk følgende:

*«Det fremgår av anskaffelsesforskriften § 23-1 (1) at «før oppdragsgiver tildeler kontrakt, skal han kontrollere at (...) a) leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene». Ifølge § 17-1 (5) skal det leveres oppdaterte dokumentasjonsbevis før tildeling.*

*Det fremgår av kvalifikasjonskravet at oppdragsgiver selv vil hente ut kredittvurdering fra Credit Pro. Rom for Flere oppnår per dags dato en B i kredittvurderingen fra Credit Pro og kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet er ikke oppfylt.».*

- (24) I evalueringssammendraget punkt 6.2 fremgikk det for øvrig om evalueringen:

*«I evalueringen April-Mai fikk beste produkt / tilbud 5 poeng uavhengig av hva produktet/tilbudet ellers oppnådde av karakter. I Re-evalueringen er møbel som er evaluert til det beste produktet gitt 5 poeng. Øvrige produkter er gitt poengtrekk for relevante manglende kvaliteter i forhold til beste produkt.*

*Oppdragsgiver har i tillegg gjort noen små justeringer i karaktergivning for å harmonisere og skille nesten like produkter fra hverandre.*

*Oppdragsgiver har ikke brukt egenreferanse i evalueringen av tilbudene.»*

- (25) Videre opplyste innklagede at enkelte av visningsproduktene ikke stemte overens med tilbudte produkter. I slike tilfeller var det nå, i motsetning til ved første evaluering, tilbudt produkt som var evaluert, og ikke visningsproduktet. Innklagede har vist til et eksempel der tilbudte produkt hadde andre og noe dårligere egenskaper enn visningsproduktet.
- (26) I delkonkurransen for kontor- og institusjonsmøbler fikk EFG høyest poengsum for å ha lavest pris. Dette ga fire vektete poeng. På kvalitetskriteriets underpunkt «Produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design» ble resultatet følgende:

| <b>Leverandør</b>        | <b>Total poeng</b> | <b>Vektet karakter 60% av 60%</b> |
|--------------------------|--------------------|-----------------------------------|
| <i>EFG Hov+Dokka AS</i>  | <i>6127</i>        | <i>3,40</i>                       |
| <i>Kinnarps AS Hamar</i> | <i>6495</i>        | <i>3,60</i>                       |
| <i>Lindbak AS</i>        | <i>5314</i>        | <i>2,95</i>                       |
| <i>Johs Olsen</i>        | <i>5672</i>        | <i>3,14</i>                       |

- (27) På underpunktet «Kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen» ble resultatet slik:

| <b>Leverandør</b>       | <b>Total poeng</b> | <b>Vektet karakter 40% av 60%</b> |
|-------------------------|--------------------|-----------------------------------|
| <i>EFG Hov+Dokka AS</i> | <i>149</i>         | <i>2,38</i>                       |

|                          |     |      |
|--------------------------|-----|------|
| <i>Kinnarps AS Hamar</i> | 149 | 2,38 |
| <i>Lindbak AS</i>        | 134 | 2,14 |
| <i>Johs Olsen</i>        | 150 | 2,40 |

- (28) Leverandørene med høyeste total poengsum var EFG med 9,78 poeng. Kinnarps fikk 9,69 poeng.
- (29) I delkonkurransen for skole- og barnehagemøbler var det også EFG som fikk høyest total poengsum med 9,64 poeng. Her fikk Kinnarps 8,85 poeng. På kvalitetskriteriets underkriterium «*Produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design*» ble resultatet som følger:

| <b><i>Leverandør</i></b> | <b><i>Total poeng</i></b> | <b><i>Vektet karakter 60% av 60%</i></b> |
|--------------------------|---------------------------|------------------------------------------|
| <i>EFG Hov+Dokka AS</i>  | 13653                     | 3,60                                     |
| <i>Kinnarps AS Hamar</i> | 11235                     | 2,96                                     |
| <i>Lindbak AS</i>        | 11459                     | 3,02                                     |
| <i>Offin AS</i>          | 10714                     | 2,82                                     |

- (30) På underkriteriet «Kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen» ble resultatet slik:

| <b><i>Leverandør</i></b> | <b><i>Total poeng</i></b> | <b><i>Vektet karakter 40% av 60%</i></b> |
|--------------------------|---------------------------|------------------------------------------|
| <i>EFG Hov+Dokka AS</i>  | 168                       | 2,40                                     |
| <i>Kinnarps AS Hamar</i> | 147                       | 2,10                                     |
| <i>Lindbak AS</i>        | 152                       | 2,17                                     |
| <i>Offin AS</i>          | 166                       | 2,37                                     |

- (31) Kinnarps fikk videre 3,79 poeng på priskriteriet, der EFG fikk 3,64 poeng. Dermed ble EFG tildelt rammeavtaler for begge delene av konkurransen.
- (32) Sakene ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser henholdsvis 21. september og 25. september 2018. Innklagede har opplyst at inngåelse av rammeavtaler avventes til klagenemnda har behandlet saken.
- (33) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. november 2018.

#### **Anførsler:**

##### ***RFF har i det vesentlige anført:***

- (34) Innklagede har brutt loven § 4 ved å avvise RFF. Klager hadde kredittrating AA på tilbudstidspunktet. Tidspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene må tolkes konkret ut fra kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2010/209 avsnitt 31. Konkurransgrunnlaget sier ikke noe klart om når innklagede skal undersøke kredittratingen, men bestemmelsen om at etterspurt dokumentasjon

vedlegges tilbudet kan tilsi at det er tilbudstidspunktet som skal legges til grunn. Risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget ligger hos oppdragsgiver.

- (35) Subsidiært har innklagede brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a ved å avvise RFF. Det er tale om et avvik fra dokumentasjonskravet, noe som ikke medfører en generell avvisningsplikt. Det vises til forskriften § 16-4 andre ledd, som gir leverandørene adgang til å dokumentere økonomisk og finansiell kapasitet på annen måte enn ved etterspurt dokumentasjon dersom det er saklig grunn for dette. Klager har saklig grunn ettersom grunnen til at klager ikke oppfylte kravet var at klager var i kraftig vekst, blant annet ved at selskapets antall ansatte økte fra ca. 20 til 60 personer. Dette gjorde utslag i selskapets marginer i 2017-regnskapet. En av fire delbedømmelser som danner grunnlag for kredittrating gikk dermed ned, og følgelig ga dette lavere oppsummert kredittvurdering. De andre delbedømmelser er fremdeles på beste nivå, og svakere margin i 2017 påvirket ikke selskapets økonomiske og finansielle kapasitet til å kunne oppfylle rammeavtalen. Klagers virksomhet har gjort justeringer og gjennomført ulike tiltak som har gitt dokumenterte resultater i halvårsregnskap som ble oversendt innklagede. Halvårsregnskapet viser meget god økonomi med 6,2 millioner i overskudd før skatt.
- (36) Videre har innklagede brutt regelverket ved sin re-evaluering. Innklagede har foretatt en ny skjønnsmessig vurdering av tildelingskriteriet «kvalitet» for tilbudene i konkurransen. Det er bare anledning til å rette feil, men ikke anledning til å gjøre en ny skjønnsmessig vurdering av tilbudene. Den opprinnelige feilen kunne bare rettes ved en korrigerende avtastefeilen som klager har påpekt, og ikke ved en re-evaluering. Klager skulle følgelig være tildelt kontrakten.
- (37) Dersom feilen tilknyttet re-evalueringen ikke lar seg rette, har innklagede plikt til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 25-1 (4).
- (38) Videre oppfyller ikke innklagedes begrunnelse for tildeling av kontrakt i evalueringssammendraget datert 31. august kravet i forskriften 25-1 (2). Begrunnelsen som er gitt gjør ikke leverandørene i stand til å se om vurderingene som er gjort er korrekte.
- (39) Innklagede har nektet å gi innsyn i opplysninger vedrørende om RFFs tilbud har blitt re-evaluert i juni og hvilken poengsum tilbudet i så fall fikk. Dette utgjør et brudd på kravet til etterprøvbarehet, jf. loven § 4.
- (40) Klagenemnda bes om å uttale seg om RFF har krav på å bli tildelt rammeavtalen, om RFF har krav på refusjon av klagegebyret og om RFF har krav på rimelige sakskostnader i forbindelse med klagen, jf. loven § 10.

***Kinnarps har i det vesentlige anført:***

- (41) Innklagede har brutt regelverket ved å endre evalueringsmodellen etter at tilbudene ble åpnet. Den metode oppdragsgiver benytter for tildeling av poeng må også anses å være en del av evalueringsmodellen. Dette er avgjørende for poenggivning og dermed for utfallet av konkurransen. Oppdragsgiver hadde her laget et system for poengtildeling som ble fulgt ved første evaluering og endret ved andre evaluering, slik at utfallet av konkurransen ble endret.
- (42) Etter tilbudsåpning, har oppdragsgiver i utgangspunktet en svært begrenset adgang til å velge evalueringsmodell. Det er ikke grunnlag for et eventuelt unntak fra dette



utgangspunktet i vår situasjon. Vår sak er sammenlignbar med klagenemndas avgjørelse i sak 2017/21, der evalueringsmodellen ikke kunne rettes og konkurransen måtte avlyses. Klagenemndas avgjørelse i sak 2016/127 viser den snevre adgangen til å endre evalueringsmodell etter tilbudsåpning. Det har ikke betydning at den første evalueringen viste seg å bli uriktig. Det vises også til EU-domstolens avgjørelser i sak C-331/04 (ATI) og C-6/15 (Dimarso), samt klagenemndas avgjørelse i sak 2017/81.

- (43) Subsidiært, dersom metoden for tildeling av poeng ikke er en del av evalueringsmodellen, er det likevel tale om en ulovlig endring ettersom de samme hensyn gjør seg gjeldende ved den aktuelle endringen.
- (44) Endringen av evaluering med hensyn til produkter hvor leverandørene skulle tilby et visningsprodukt, men dette ikke stemte overens med produktene beskrevet i tilbudeness produktblad, er ulovlig. I det første tildelingsbrevet ble det opplyst at møbel som ikke ble vist ville få 0 poeng. Når møblene som ble vist ikke stemte overens med produktene beskrevet i tilbudet, må produktet anses som ikke vist og gis 0 poeng.
- (45) Endringen av evalueringsmodell var ulovlig, og innklagede har fastslått at den opprinnelige evalueringen var i strid med regelverket. Feilen kan da ikke rettes og konkurransen må avlyses. Feilen har påvirket utfallet av konkurransen ettersom Kinnarps etter første evaluering ble tildelt kontrakt, men etter andre evaluering ikke ble tildelt kontrakt. Hadde modellen blitt endret på annet vis, kunne resultatet også blitt et annet.

***Senab har i det vesentlige anført:***

- (46) Klager har som en aktuell markedsaktør og tilbyder saklig klageinteresse i å få avgjort spørsmålet om konkurransegjennomføringen er lovlig, eller om konkurransen må avlyses og eventuelt lyses ut på nytt, hvor klager på nytt vil kunne delta i konkurransen.
- (47) Den opprinnelige evalueringsmodellen som innklagede benyttet var ulovlig ettersom den ikke var egnet til å identifisere og premiere relevante forskjeller mellom tilbudene. Oppdragsgiver valgte en modell der beste tilbud fikk fem poeng uansett hvor mye det skilte seg fra perfekte tilbud, mens de øvrige tilbudene ble vurdert ut fra hvor godt de oppfylte oppdragsgiver krav med utgangspunkt i et perfekt tilbud.
- (48) Når evalueringsmodellen som ble benyttet var ulovlig, var innklagede forpliktet til å avlyse konkurransen. Det er ikke adgang til å endre evalueringsmodellen underveis i konkurransen, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2017/169 og 2017/176 avsnitt 34, samt EU-domstolens avgjørelse i sak C-15/6 (Dimarso) og klagenemndas avgjørelse i sak 2017/81. Det grunnleggende konseptet for hvordan tilbudene skal sammenlignes ligger både etter sin art, og etter sin betydning for konkurransen, utenfor rammene for hva oppdragsgiver kan «tilpasse» etter å ha gjort seg kjent med tilbudeness innhold. Det er poenggivning som først og fremst avgjør hvem som vinner konkurransen. At poengene utdelt under produktevalueringen deretter er omregnet ved hjelp av forholdsmessig metode for å kunne summeres med de øvrige tildelingskriteriene er av langt mindre betydning. Endringen av evalueringsmodellen har videre påvirket utfallet av konkurransen.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (49) Senab har ikke saklig klageinteresse og deres klage må avvises, jf. klagenemndeforskriften § 6 andre ledd. Interessen i å få avgjort anførselen eller anførslene må være aktuell, noe

som innebærer at klager på ha et reelt behov for avklaring av spørsmålet. Klager er avvist fra konkurransen og har dermed ikke et reelt behov for avklaring av spørsmålet om evalueringen av konkurransens tilbud er lovlig.

- (50) Det bestrides at RFF er urettmessig avvist. Det er innenfor oppdragsgivers anskaffelsesfaglige skjønn å vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene. Det aktuelle kvalifikasjonskravet er klart, presist og utvetydelig formulert, slik at det er mulig for alle *«rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører å forstå kravet på samme måte»*. Før kontraktstildeling plikter innklagede å kontrollere at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene. Slik kontroll kan skje etter tilbudene er evaluert, jf. forskriften § 23-1 (1) bokstav a, jf. § 23-1 (2). Klager oppfylte ikke krav til rating A på tidspunktet for kontroll. Innklagede hadde heller ikke adgang til å be om supplerende dokumentasjon på rating A og kan følgelig heller ikke hensynta informasjonen i det innsendte halvårsregnskapet i evalueringen av om kravet var oppfylt.
- (51) Videre bestrides det at re-evalueringen er ulovlig og at kontrakten skal tildeles RFF basert på første evaluering korrigert for tastefeil. Det følger av forskriften § 25-1 (4) at beslutningen om valg av leverandør som er i strid med forskriften, kan omgjøres. Innklagede hadde uhjemlet vektlagt egenerfaring og benyttet poengskalaen i strid med regelverkets krav. Enkelte produkter var også gitt poeng basert på uriktige forhold. I tillegg var ikke poenggivningen forutberegnelig. Den første evalueringen var derfor regelstridig og det måtte gjøres en ny evaluering.
- (52) Endret bruk av poengskalaen er ikke en ulovlig endring av evalueringsmodellen/metoden. Valg og utforming av tildelingskriterier er innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. De endringene som ble gjort i bruken av den tilkjennegitte skalaen er korrigeringer som lovlig kan gjøres innenfor innklagedes handlingsrom og rettingsadgang etter annullering. Korrigeringen er ikke i strid med kravene som følger av EU-praksis og Kofa-praksis. Evalueringen innklagede gjorde var i tråd med konkurransegrunnlaget. Endringen er gjort utelukkende for å rette opp feil som den opprinnelige bruken av skalaen medførte. Endret bruk av skalaen innenfor det intervallet som var tilkjennegitt i konkurransegrunnlaget er innenfor den frihet oppdragsgiver har til å *«strukturere sit arbejde med at undersøge og analysere de afgivne tilbud, så fremt dette ikke endrer tildelingskriteriene»*, jf. Dimarso.
- (53) Endringene som ble gjort er ikke diskriminerende eller foretatt med henblikk på å favorisere noen av leverandørene. Samtlige tilbydere ble evaluert på samme måte med den samme evalueringsmetoden og poengskala som ble benyttet i den opprinnelige evalueringen, og evalueringen var påregnelig i lys av informasjonen i konkurransegrunnlaget. Hvis handlingsrommet for endring av evalueringsmodell etter tilbudsåpning blir snevrere, vil muligheten til å foreta korrigeringer bli nærmest illusorisk. Alle konkurranser hvor det er feil ved evalueringsmodellen må da avlyses, noe som er i strid med regelverkets formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. En omgjøringssituasjon vil alltid oppstå etter åpning av tilbudene.
- (54) Det er under enhver omstendighet ikke avlysningsplikt, ettersom den påståtte feilen ikke har virket inn på utfallet av konkurransen, i alle fall ikke for Senab.
- (55) Det bestrides også at regelverket er brutt i forbindelse med endringen ved evalueringen knyttet til visningsprodukter som ikke stemte overens med det tilsvarende produktet angitt i tilbudet. I all hovedsak stemte produktene overens, men for enkelte møbler var

det ikke samsvar knyttet til visse kvaliteter. Siden møbelet var vist, kunne det ikke gis 0 poeng, men det kunne heller ikke gis uttelling for kvaliteter som faktisk ikke ble levert.

- (56) Når det gjelder begrunnelsen for så vidt gjelder RFF, kan innklagede se at det kan reises spørsmål ved om re-evalueringssammendragets punkt 6.4 og 6.5 isolert sett oppfyller forskriftens krav, da begrunnelsen er noe mangelfull om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler holdt opp mot tildelingskriteriene. Innklagede har imidlertid i etterkant sendt flere brev hvor det redegjøres for dette. Disse begrunnelsene må ses i sammenheng, og RFF har samlet sett mottatt tilstrekkelige opplysninger til på objektivt grunnlag å kunne vurdere om konkurransen har foregått i samsvar med anskaffelsesreglene.
- (57) Det bestrides også at kravet til etterprøvbarehet er brutt ved at det ikke er gitt innsyn i opplysninger om hvordan RFF ble evaluert i re-evalueringen. Re-evalueringen av RFF ble ikke gjennomført ettersom leverandøren måtte avvises.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (58) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av kontor- og institusjonsmøbler og møbler til skole og barnehage, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til totalt kroner 74 millioner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

#### *Saklig klageinteresse – Senab*

- (59) Innklagede anfører at Senab ikke oppfyller kravet om saklig klageinteresse i klagenemndsforskriften § 6, ettersom Senab ble avvist fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav.
- (60) For å avgjøre om en klager har «*saklig interesse*» etter klagenemndsforskriften § 6 (2), har klagenemnda i tidligere saker 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 2012/59 avsnitt (7). Videre må det foretas en konkret vurdering av hvilken betydning en vurdering av hver av anførslene vil kunne ha, jf. blant annet klagenemndas saker 2013/137 avsnitt (29) og 2012/66 avsnitt (28).
- (61) Senab har deltatt i konkurransen og blitt avvist, men anfører at konkurransen skulle ha vært avlyst. En avlysning vil kunne få reell betydning for Senab, ettersom det er en mulighet for at konkurransen vil bli utlyst på nytt, slik at Senab får en ny mulighet til å delta. Følgelig har Senab saklig interesse i å få avgjort sine anførsler om at konkurransen må avlyses fordi den første evalueringsmetoden var ulovlig, og at det har skjedd en ulovlig endring av evalueringsmodellen.

#### *Evalueringen*

- (62) Klagenemnda vurderer først om konkurransen må avlyses. Dersom konkurransen ikke må avlyses, vil det være aktuelt å ta stilling til klagernes øvrige anførsler.

- (63) Det følger av forskriften § 25-1 (4) at dersom oppdragsgiver finner «*at beslutningen om valg av leverandør er i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått*». Dette er forstått slik at oppdragsgiver kan og skal rette opp feil ved den foregående evalueringen, men at en lovlig tildelingsbeslutning ikke kan annulleres ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/21 avsnitt 40 med videre henvisninger.
- (64) Klagenemnda tar først stilling til lovligheten av den opprinnelige evalueringen. I konkurransegrunnlaget fremgikk det at innklagede ville evaluere kvalitetskriteriene ved å gi poeng fra null til fem, der fem var best. Konkurransegrunnlaget sa ikke noe om hvordan poengene ville fastsettes.
- (65) Føringerne i konkurransegrunnlaget om tilbudsevalueringen ble presisert og konkretisert i forbindelse med innklagedes første evaluering. Redegjørelsen i evalueringssammendraget viser den metoden innklagede benyttet for å bedømme underpunktene i kvalitetskriteriet. I bedømmelsen av «*Produktkvalitet, funksjonalitet, ergonomi og design*» vurderte innklagede hver møbelkategori for seg. I hver møbelkategori fikk det beste møbelet sammenlignet med de øvrige, fem poeng. De øvrige møblene i denne kategorien ble bedømt opp mot en skala basert på hvor godt de oppfylte krav satt av oppdragsgiver. Tilsvarende ble tilbudet som best oppfylte det enkelte kravet i kravspesifikasjonen gitt fem poeng i bedømmelsen av «*kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen*», mens de øvrige tilbudenes oppfyllelse ble vurdert opp mot en fastsatt skala modellert etter hvor godt tilbudet oppfylte kravene.
- (66) Når beste tilbudte produkt får fem poeng, mens de øvrige vurderes opp mot en skala som ikke relaterer seg til beste tilbudte produkt, legges det ikke opp til en sammenligning av styrker og svakheter mellom det beste produktet og de øvrige. På denne bakgrunn har klagenemnda ikke rettslige innvendinger mot innklagedes konklusjon om at denne måten å fastsette poeng på ikke identifiserte og premierte relevante forskjeller mellom de tilbudte møblene. Slik saken er opplyst, fremstår den første evalueringsmetoden som ulovlig. RFFs anførsel om at den opprinnelige evalueringen skal opprettholdes, fører følgelig ikke frem.
- (67) Det neste spørsmålet er om innklagede hadde adgang til å endre måten tilbudene ble evaluert på, eller om feilen var av en slik karakter at konkurransen skulle ha vært avlyst. I denne vurderingen har klagenemnda delt seg i et flertall og et mindretall.
- (68) Klagenemndas flertall, nemndsmedlemmene *Arnesen og Kleven*, viser innledningsvis til at praksis fra EU-domstolen og Underretten bidrar til å kaste lys over oppdragsgivers adgang til å rette en ulovlig tilbudsevaluering. Partenes anførsler her har særlig vært sentrert rundt EU-domstolens avgjørelse i sak C-6/15, *Dimarso*.
- (69) Flertallet kan imidlertid ikke se at avgjørelsen i sak C-6/15 *Dimarso* nødvendigvis er til hinder for slike rettinger i poengberegningsmetoden som vi her står overfor. På dette punkt skiller foreliggende sak seg fra de avgjørelser som er referert i partenes anførsler, og hvor nemnda har konkludert med at konkurransen må avlyses. Flertallet finner støtte for dette synspunktet i Underrettens avgjørelse i sak i T-914/16, som gjaldt annullering av en tildelingsbeslutningen som følge av feil. Det ble satt sammen en ny evalueringskomité, som gjennomgikk alle tilbudene på nytt. Saksøker fremholdt at “*the lack of methodology or guidelines facilitated the breach of the principles of equal treatment and transparency, as EIGE could not ensure that the two evaluation committees*

*interpreted the award criteria in the same way*". Under henvisning til nettopp avgjørelsen i sak C-6/15 *Dimarso*, avviste domstolen argumentasjonen med følgende begrunnelse (premiss 72):

*"(...) it should be pointed out that the Court of Justice has already held that there was no obligation on the contracting authority to bring to the attention of potential tenderers, by publication in the contract notice or in the tender specifications, the method of evaluation applied by the contracting authority in order to specifically evaluate and rank the tenders in the light of the contract award criteria and of their relative weighting established in advance in the documentation relating to the contract in question"*.

- (70) Om rammene for den nye evalueringskomitéen uttaler deretter Underretten:

*(73) As noted in paragraph 69 above, the Court of Justice has held that an evaluation committee must be able to have some leeway in carrying out its task and, thus, it may, without amending the contract award criteria set out in the tender specifications or the contract notice, structure its own work of examining and analysing the submitted tenders (see judgment of 14 July 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, paragraph 29 and the case-law cited)."*

- (71) Underrettens konkrete vurdering i saken fremgår av premiss 62 flg. i dommen. Drøftelsen i disse avsnittene, som for øvrig er i tråd med tidligere praksis fra klagenemnda, viser at vilkårene som først ble uttalt i sak C-331/04 ATI, på mange måter gir uttrykk for generelle prinsipper, jf. for så vidt klagenemndas avgjørelse i sak 2014/95. Med dette som bakgrunn, går nemnda over til vurdere forholdene i vår sak.
- (72) I foreliggende sak la konkurransegrunnlaget klare føringer på hvordan tilbudene skulle evalueres. Tildelingskriteriene pris og kvalitet, og deres vekt, var angitt. I tillegg var underkriteriene for kvalitet angitt med vekt. Det var også forklart at tilbudene ville evalueres av en faggruppe bestående av brukere, at utvalgte produkter skulle fremvises og evalueres og at de øvrige produktene ville evalueres ved hjelp av brosjyrer og beskrivelser. For underkriteriet «*kvalitet på beskrivelser i kravspesifikasjonen*» var det angitt at leverandørens besvarelse av kravspesifikasjon med underpunkter ville vurderes. Det villes gis poeng fra null til fem ved vurderingen av kvalitetskriteriet.
- (73) Innklagede har opplyst at beslutningen om bruk av forholdsmessig metode for beregningen av kvalitetspoengene var tatt før tilbudsåpning. Dette er det ikke grunn til å betvile.
- (74) Flertallet kan heller ikke se at den nye poengberegningsmetoden inneholder elementer som, dersom de hadde vært kjent før tilbudsfristens utløp, kunne hatt betydning for utformingen av tilbudene.
- (75) Tilbake står da spørsmålet om det er holdepunkter for å anta at anvendelsen av den nye poengberegningsmetoden, reevalueringen, er utslag av hensyn som kan representere forskjellsbehandling av en av tilbudsgiverne. Også dette må besvares benektende. Foranledningen til reevalueringen var at den første poengberegningsmetoden var ulovlig. Det er ikke hevdet at reevalueringen var motivert av andre hensyn, og klagenemnda har heller ingen holdepunkter for at så var tilfellet.

- (76) Etter flertallets syn ligger dermed den nye poengberegningsmetoden innenfor det handlingsrommet oppdragsgivere har i medhold av EU-retten. Spørsmålet er om den omstendighet at det allerede er foretatt en evaluering begrenser dette handlingsrommet ytterligere. Som allerede nevnt, følger det av forskriften § 25-1 (4) at oppdragsgiver kan og skal omgjøre en beslutning om valg av leverandør dersom beslutningen er i strid med forskriften.
- (77) Klagenemnda har i flere tidligere saker uttalt seg om adgangen til å korrigere ulovlige tilbudsevalueringer. I disse sakene har klagenemnda lagt til grunn at oppdragsgiver skal korrigere feil. Det er dermed ikke anledning til å endre den skjønnsmessige evalueringen av tilbudene i større grad enn feilen nødvendiggjør, se for eksempel sak 2011/201 avsnitt 128:
- «Av klagenemndas praksis følger det at oppdragsgiver i en klagebehandling ikke kan endre en tildelingsevaluering som bygger på lovlig skjønnsutøvelse, jf. klagenemndas sak 2010/114 premiss (42). Dersom oppdragsgiver skal korrigere en poengsum under en klagebehandling, følger det av kravet til likebehandling i loven § 5 at oppdragsgiver må benytte samme metode for poengfastsettelsen som ved den opprinnelige evalueringen. Noe annet ville åpnet for at oppdragsgiver kunne justert evalueringsmetoden for å opprettholde det valg oppdragsgiver først hadde gjort.»*
- (78) I sak 2005/294 kom klagenemnda på samme måte til at oppdragsgiver kunne se bort fra et poengtrekk som var utslag av ulovlig forskjellsbehandling. Oppdragsgiver kunne derimot ikke endre tilbudenes øvrige poengscore med mindre det forelå rettslige mangler ved den opprinnelige poengscoren.
- (79) Der feilen består i feil anvendelse av en lovlig metode, følger det således av klagenemndas praksis at oppdragsgiver ved rettingen av feilen må forholde seg til den metoden som ble anvendt i den opprinnelige evalueringen. Dette kan forklares med at omgjøringsadgangen ikke rekker lengre enn feilen tilsier.
- (80) I vår sak var den opprinnelige poengberegningsmetoden i strid med forskriften: den var ikke egnet til å identifisere det beste tilbudet. Ved reevalueringen ble det benyttet en poengberegningss metode som hadde denne egenskapen. Dette ligger i utgangspunktet innenfor hva forskriften § 25-1 (4) gir adgang til.
- (81) Som nevnt i avsnitt (21) foran, fremgikk det av protokollen for reevalueringen at innklagede hadde *«gjort noen små justeringer i karaktergivning for å harmonisere og skille nesten like produkter fra hverandre»*. Som vist følger det av klagenemndas praksis at det ikke er adgang til å endre den skjønnsmessige vurderingen av tilbudene i større grad enn det feilen nødvendiggjør. Justeringer i karaktergivning er som regel nettopp endringer i den skjønnsmessige vurderingen. Når det som her gjelder anvendelse av ny poengberegningss metode, oppfatter flertallet likevel innklagede slik at det ikke dreier seg om nye vurderinger, men om å trekke praktiske konsekvenser av at poengberegningen nå skjer etter en annen metode enn i første runde.
- (82) Flertallet finner etter dette at de endringene i evalueringsmetode som er foretatt, ligger innenfor de rammene som er trukket opp i praksis fra så vel EU-domstolen som klagenemnda selv. Klagerens anførsler på dette punktet fører dermed ikke frem.

- (83) Kinnarps har videre anført at endringen av evalueringen knyttet til produkter hvor leverandørene skulle tilby et visningsprodukt, men dette produktet ikke stemte overens med produktene beskrevet i tilbuden produktblad, er ulovlig.
- (84) I henhold til skalaen for poengfastsettelse ved evalueringen av tilbudte produkter som innklagede benyttet ved første evaluering, ville produkter som ikke ble fremvist gis 0 poeng.
- (85) Innklagede oppdaget ikke ved første evaluering at enkelte fremviste produkter ikke var identisk med produktene som var angitt i tilbudet. Dermed var det visningsproduktene som ble evaluert, til tross for at disse i noen tilfeller hadde kvaliteter som tilsvarende produkt angitt i tilbudet ikke hadde. Da dette ble oppdraget ved andre evaluering, valgte innklagede å vurdere slike produkter ut fra produktet som fremgikk av tilbudsdokumentene. Kinnarps hevder at de leverandørene som ikke fremviste de samme produktene som angitt i tilbudet, skulle ha fått 0 poeng i henhold til den opprinnelige evalueringsmetoden.
- (86) Det er enighet om at det utgjorde en feil at innklagede evaluerte visningsproduktet i stedet for det tilbudte produktet. Partene er imidlertid uenig om hvordan feilen skulle rettes.
- (87) Kinnarps anførsel bygger på at innklagede ved første evaluering tok et standpunkt om at tilbudte produkter som ikke ble fremvist på etterspørsel ville gis null poeng. Den situasjonen vi her står overfor er imidlertid noe annerledes. Leverandøren viste rent faktisk frem et produkt, som var relativt likt, men ikke identisk med produktet som var tilbudt. Ved den første evalueringen har innklagede ikke tatt stilling til hvordan et slikt produkt skulle evalueres. Flertallet kan på denne bakgrunn ikke se at den aktuelle rettingen av feilen medførte en endret bedømmelsesmetode eller endret skjønnsutøvelse i strid med regelverket. Kinnarps anførsel fører dermed ikke frem.
- (88) Klagenemndas mindretall, nemndsmedlem *Trygstad*, har kommet til at innklagede har brutt regelverket ved den nye evalueringen.
- (89) Det følger av forskriften § 25-1 (4) at oppdragsgiver kan og skal omgjøre en kontraktstildeling dersom beslutningen er i strid med forskriften. Som flertallet har redegjort for, har klagenemnda i flere saker lagt til grunn at oppdragsgivers rett og eventuelle plikt til å omgjøre en tildelingsbeslutning er begrenset til å korrigere regelbrudd. Det er derimot ikke anledning til å endre den skjønnsmessige bedømmelsen av tilbudene i større grad enn nødvendig. Mindretallet legger til at dette også synes å være forutsatt av Borgarting lagmannsrett i sak LB-2007-100623, og at det er lagt til grunn i juridisk teori, se for eksempel Thue mfl. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer* (2018) side 974, Goller mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (2017) side 246 og Dragsten *Offentlige anskaffelser* (2013) side 684.
- (90) I motsetning til klagenemndas flertall mener mindretallet at innklagede har brutt regelverket ved å fastsette en ny metode i den andre evalueringen. Etter dette nemndsmedlemmets syn foretok innklagede dermed ulovlige endringer av den skjønnsmessige evalueringen av tilbudene. Forbudet mot å endre den skjønnsmessige bedømmelsen av tilbudene innebærer blant annet en begrensning i adgangen til å endre system for beregning av poengutslag for pris- og kvalitetsforskjeller mellom tilbudene. Denne begrensningen gjelder uavhengig av om den opprinnelige fremgangsmåten ved utmåling av poeng var kommunisert til leverandørene før tilbudsfristen eller ikke.

(91) I sak 2011/201, som flertallet har gjengitt fra, uttalte klagenemnda følgende om dette:

*«Dersom oppdragsgiver skal korrigere en poengsum under en klagebehandling, følger det av kravet til likebehandling i loven § 5 at oppdragsgiver må benytte samme metode for poengfastsettelsen som ved den opprinnelige evalueringen. Noe annet ville åpnet for at oppdragsgiver kunne justert evalueringsmetoden for å opprettholde det valg oppdragsgiver først hadde gjort.»*

(92) I den saken konstaterte klagenemnda brudd på regelverket fordi oppdragsgiver i den nye evalueringen hadde endret lovlig poengutslag fra den første evalueringen. Tilsvarende konstaterte klagenemnda regelbrudd i sak 2005/294 og i sak 2011/156 fordi oppdragsgiver i en ny evaluering hadde endret tilbudenes poengscore, uten å påvise rettslige mangler ved den opprinnelige poengscoren.

(93) Mindretallet er enig med flertallet i at den senere praksisen fra EU-domstolen og Underretten bidrar til å kaste lys over oppdragsgivers adgang til å rette en ulovlig tilbudsevaluering, men forstår denne praksisen på en annen måte. En sentral sak er EU-domstolens avgjørelse i sak C- 6/15, *Dimarso*, hvor EU-domstolen uttalte seg om krav til fastsettelse av evalueringsmetoder, altså systemer for poengtildeling i evalueringen. I denne saken viste EU-domstolen først til at oppdragsgiver er gitt en viss frihet til å *«strukturere sitt arbejde med at undersøge og analysere de afgivne tilbud»*. Denne friheten ble blant annet ansett å være praktisk begrunnet, ved at fremgangsmåten ved evalueringen av tilbudene skal kunne tilpasses *«i forhold til den konkrete sags omstændigheder»*, se avsnitt 30. Samtidig understreket EU-domstolen at denne fleksibiliteten som det klare utgangspunkt kun gjelder i perioden frem til tilbudsåpning. Med mindre oppdragsgiver kan påvise at det ikke er praktisk mulig, skal evalueringsmetoden fastsettes før tilbudsåpning *«for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode»*, se avsnitt 31.

(94) Plikten til å fastsette evalueringsmetoden før tilbudsåpning får også betydning for adgangen til å endre en ulovlig evalueringsmetode på et tidspunkt hvor tilbudenes innhold er kjent. Dette er også lagt til grunn i norsk praksis, se for eksempel Hålogaland lagmannsretts avgjørelse i sak LH-2016-96429 og klagenemndas avgjørelse i sak 2017/21.

(95) Klagenemndas flertall har vist til Underrettens avgjørelse i sak T-914/16 for å begrunne at innklagede kunne fastsette en ny metode for evaluering av de kvalitative tildelingskriteriene, hvor også skjønnsmessige vurderinger ble endret. Mindretallet ser det ikke uten videre slik at en enkeltstående avgjørelse fra Underretten endrer føringer som tidligere er konstatert i norsk praksis eller av EU-domstolen. Under enhver omstendighet kan ikke mindretallet se at den problemstillingen Underretten uttalte seg om i sak T-914/16, er sammenfallende med temaet for vår sak. Som det fremgår av avgjørelsens avsnitt 72, hadde ikke EIGE fastsatt en poengberegningsmetode i sak T-914/16. Underretten uttalte seg følgelig ikke om adgangen til å endre en fastsatt poengberegningsmetode. Mindretallet kan derfor uansett ikke se at denne avgjørelsen er egnet til å belyse problemstillingen som er til behandling i vår sak.

(96) I vår sak har innklagede i den nye evalueringen holdt på at det beste tilbudet gis fem poeng i hver delvurdering i bedømmelsen av de to underpunktene til kvalitetskriteriet. Slik mindretallet forstår innklagedes fremgangsmåte har man derimot gått bort fra at de øvrige tilbudene skal bedømmes i samsvar med den metoden som ble fulgt i den første



evalueringen. Isteden er det fastsatt en ny metode som skal sikre at poengdifferansen mellom de respektive tilbudene gjenspeiler de relevante forskjellene. Den nye metoden innebærer at tilbudenes styrker og svakheter får andre poengutslag i den nye evalueringen.

- (97) Etter mindretallets syn har innklagede med dette gått lengre enn å korrigere feil i den nye evalueringen. Når innklagede fastsatte et nytt system for å poengsette kvalitetsforskjeller mellom tilbudene, har innklagede også endret de lovlige delene av den opprinnelige evalueringsmetoden. Dette underbygges for øvrig av at innklagede i tillegg gjorde «noen små justeringer i karaktergivning for å harmonisere og skille nesten like produkter fra hverandre».
- (98) Slik mindretallet ser det, har innklagede følgelig brutt regelverket ved den nye evalueringen av tilbudene.
- (99) Mindretallet utelukker ikke at plikten til å fastsette metoden før tilbudene er åpnet, som EU-domstolen konstaterte i sak C-6/15, kan avskjære oppdragsgiver fra å korrigere feil i en evalueringsmetode. Det at også den nye evalueringen av tilbudene er ulovlig, er likevel ikke ensbetydende med at innklagede må avlyse konkurransen. Som klagenemnda har påpekt i sak 2017/21, avhenger det av om det er mulig for innklagede å rette feilene på en måte som ivaretar prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. I den saken viste klagenemnda til at det er problematisk i en situasjon hvor oppdragsgiver må foreta en rekke valg med hensyn til hvordan tilbudene skal evalueres, etter å ha fått kjennskap til tilbudenes innhold. Selv om tilsvarende utfordringer synes å gjøre seg gjeldende i vår sak, fremstår saken som mangelfullt opplyst på dette punktet. Mindretallet ser det uansett ikke som nødvendig å konkludere her.

#### *Avvisning av RFF*

- (100) Ett av kvalifikasjonskravene i den aktuelle konkurransen var at leverandøren skulle ha *«tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne oppfylle kontrakten»*. Dokumentasjonskravet var følgende: *«Oppdragsgiver vil foreta en selvstendig kredittvurdering via Credit Pro. For å være kvalifisert til konkurransen må leverandørene ha minimum A kredittverdig. Nystartede firmaer vil bli vurdert særskilt.»*
- (101) RFF ble avvist i medhold av forskriften § 24-1 (1) bokstav a, som pålegger oppdragsgiver å avvise en leverandør som *«ikke oppfyller kvalifikasjonskravene»*. Avvisningsplikten gjelder altså dersom leverandøren ikke oppfyller et kvalifikasjonskrav. Det er ingen tilsvarende plikt til å avvise dersom et dokumentasjonskrav ikke er oppfylt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2018/23 avsnitt (25). Samtidig er det en sammenheng mellom kvalifikasjonskravene og dokumentasjonskravene, ved at sistnevnte kan bidra til å kaste lys over innholdet i kvalifikasjonskravet, jf. samme sak avsnitt (28) flg.
- (102) Når det aktuelle kvalifikasjonskravet leses i lys av dokumentasjonskravet i denne saken, er det klart at terskelen for å ha *«tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne oppfylle kontrakten»*, var kredittrating A. Innklagedes plikt til å avvise RFF avhenger av hvilken betydning det har at RFF oppfylte kravet til kredittrating A på tilbudstidspunktet, men ikke på tidspunktet for andre evaluering. Ettersom konkurransegrunnlaget ikke sa noe om hvilket tidspunkt vurderingen skulle foretas, mener RFF at det er tilbudstidspunktet som må være avgjørende.

- (103) Når det fremgår av konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver vil innhente kredittrating fra tredjemann, ligger det i sakens natur at kredittvurderingen vil kunne relatere til et senere tidspunkt enn tilbudsfristens utløp.
- (104) I samme retning trekker formålet med kvalifikasjonskravet – å sikre at leverandøren har tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å oppfylle kontrakten. Også her ligger det i sakens natur at jo nærmere denne vurderingen er knyttet til tidspunktet for kontraktstildeling, jo større sikkerhet for kontraktsmessig ytelse gir tilfredsstillelse av kvalifikasjonskravet.
- (105) Forskriften inneholder flere bestemmelser om fremgangsmåten ved bedømmelsen av kvalifikasjonskrav. Av § 23-1 (1) fremgår det at oppdragsgiver skal kontrollere at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene før kontrakt tildeles. Selv om denne bestemmelsen ikke angir *når* denne kontrollen skal gjennomføres, er den heller ikke til hinder for fornyet kontroll av kvalifikasjonskravene før tildeling.
- (106) Forskriften § 24-10 (1) angir at oppdragsgiver skal ta stilling til spørsmålet om avvisning «*snarest mulig*», samtidig som avvisning «*kan skje på ethvert tidspunkt i konkurransen når det viser seg at vilkårene for avvisning er oppfylt*». Ordlyden tilsier at oppdragsgiver kan velge å avvise tilbud som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene på evalueringstidspunktet, selv om kvalifikasjonskravet har vært oppfylt på et tidligere tidspunkt. Et slikt synspunkt underbygges også av forskriften § 17-1. Av denne bestemmelsens tredje ledd følger det at oppdragsgiver «*på ethvert tidspunkt i konkurransen*» kan «*be leverandørene levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte*». Av bestemmelsens femte ledd følger det at den valgte leverandøren skal levere oppdaterte dokumentasjonsbevis. Begge disse bestemmelsene ser ut til å åpne for at oppdatert dokumentasjon fra leverandøren kan være relevant i kvalifikasjonsvurderingen.
- (107) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede hadde anledning til å legge vekt på den nye dokumentasjonen om RFFs kredittverdighet. RFFs anførsel om at vurderingen må skje på bakgrunn av den økonomiske stillingen på tilbudstidspunktet fører dermed ikke frem.
- (108) RFF anfører videre at det ikke var grunnlag for å avvise RFF ettersom forskriften § 16-4 (2) innebærer at klager måtte få anledning til å legge frem alternativ dokumentasjon på oppfyllelse av det aktuelle kvalifikasjonskravet.
- (109) Det følger av forskriften § 16-4 (2) at «*[d]ersom leverandøren har saklig grunn til ikke å fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiveren har krevd, kan han dokumentere sin økonomiske og finansielle kapasitet ved å fremlegge ethvert annet dokument som oppdragsgiveren anser egnet.*»
- (110) Slik klagenemnda forstår bestemmelsen, siktes det særlig til tilfeller der leverandøren ikke har anledning til å inngi den aktuelle dokumentasjonen fordi den ikke finnes eller er uforholdsmessig vanskelig å produsere. Et eksempel kan være dersom selskapet er nyoppstartet og mangler grunnlag for kredittvurdering. RFF hadde imidlertid en kredittvurdering som kunne hentes inn. Problemet var at denne på evalueringstidspunktet ikke oppfylte kravet om kredittrating A. RFF var da ikke i en situasjon hvor § 16-4 (2) kunne påberopes, og innklagede kunne avslå den dokumentasjonen RFF tilbød. RFFs anførsel fører dermed ikke frem.

(111) Ettersom RFF ble rettmessig avvist fra konkurransen, har ikke RFF rettslig interesse i å få avgjort spørsmålet om plikten til begrunnelse for tildeling er brutt. Innsyn reguleres av offentleglova, og klagenemnda har ikke kompetanse til å vurdere problemstillinger knyttet til denne loven, jf. klagenemndforskriften § 1.

***Konklusjon:***

Stange kommune har ikke brutt regelverket.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

*Dokumentet er godkjent elektronisk*