



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Habilitet, tildelingsevalueringen

*Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for opparbeidelse av en bypark i Grimstad sentrum. Klagers anførsel om at innklagedes innleide konsulent var inhabil førte ikke frem. Klagers anførsler om at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling førte heller ikke frem. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt anskaffelsesloven § 4 ved at referanseinnhentingene ikke var etterprøvbare.*

### **Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2019 i sak 2018/110**

**Klager:** Steen & Lund AS

**Innklaget:** Grimstad kommune

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Halvard Haukeland Fredriksen, Tone Kleven og Jakob Wahl

#### **Bakgrunn:**

- (1) Grimstad kommune (heretter innklagede) kunngjorde 24. juli 2017 en åpen tilbudskonkurranse for opparbeidelse av en bypark i Grimstad sentrum, kalt «Byhaven». Anskaffelsens totalverdi ble i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til kroner 30 millioner. Tilbudsfrist ble angitt til 12. september 2017.
- (2) Innklagede engasjerte Asplan Viak til å gjennomføre anskaffelsesprosessen. En av deres konsulenter hadde ansvaret for å utarbeide konkurransegrunnlaget og foreta evalueringen av de innkomne tilbudene.
- (3) Evalueringen skulle skje på bakgrunn av tildelingskriteriene «Pris» 70 prosent, «Oppgaveforståelse» 10 prosent og «Prosjektorganisasjon» 20 prosent.
- (4) Innholdet i tildelingskriteriet «Prosjektorganisasjon» ble i konkurransegrunnlaget beskrevet slik:
  - Redegjørelse for tilbydernes prosjektorganisasjon for å løse dette oppdraget med navn på alle nøkkelpersoner for dette oppdraget (T3).
  - CV for alle nøkkelpersoner i dette prosjektet som angir formell utdannelse og arbeidserfaring (T4).
  - Beskrivelse av hvordan byggeplassen er tenkt bemannet i prosjektets ulike faser (T5).

**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)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (5) Innklagede mottok seks tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Steen & Lund AS (klager) og Oveland Utemiljø AS (valgte leverandør).
- (6) Etter evalueringen fikk klager til sammen 9,27 poeng, mens valgte leverandør fikk 9,56 poeng. Under tildelingskriteriet «*Prosjektorganisasjonen*» fikk klager 6, 6 og 7 poeng på underkriteriene som vist til ovenfor. Valgte leverandør fikk 10 poeng på alle underkriteriene.
- (7) Vurderingen av klagers tilbud under tildelingskriteriet «*Prosjektorganisasjon*» ble beskrevet slik:

<i>Redegjørelse for tilbydernes prosjektorganisasjon for å løse dette oppdraget med navn på alle nøkkelpersoner for dette oppdraget.</i>	<i>Vedlegg T3</i>	<i>Kun toppen av organisasjonen er beskrevet. Mangler navne på UE Nået svag kompetanse Anleggsleder for overflater er Anleggsgartner her burde der min. være en anleggsgartner med mesterbrev.</i>
<i>CV for alle nøkkelpersoner i dette prosjektet som angir formell utdanning og arbeidserfaring</i>	<i>Vedlegg T4</i>	<i>Nået svag kompetanse for denne type oppdrag. Ingen gartnere med mesterbrev og erfaring. Kontaktede referansen Linjeparken utført for Oslo kommune. Dette prosjekt er oppført som referanse for både Prosjektleder og anleggsleder. Grunn. Fik et meget dårlig skussmål, krangel fra start til slutt, manglende kontroll på kvalitet og fremdrift, helt irrelevante endringsmeldinger i en lind strøm. Inntrykk på manglende styring/forståelse av prosjektet.</i>
<i>Beskrivelse av hvordan byggeplassen er tenkt bemannet i prosjektets ulike faser.</i>	<i>Vedlegg T5</i>	<i>Toppen av organisasjonen er beskrevet men ikke antall på de enkelte fag. Der ligger en generelt bemanning for firma med ikke spesifikk på dette. Der sigel lite om bemanning i de enkelte fase.</i>

- (8) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 31. november 2017.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 1. mars 2018.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. mai 2019.

## **Anførsler:**

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

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at innklagedes innleide konsulent var inhabil, jf. forvaltningsloven § 6 jf. 10. Konsulenten har tidligere vært i konflikt med klager og har en sterk motvilje mot dem.
- (12) Innklagede har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen. Det er i strid med kravet til forutberegnelighet å trekke klager for å kun å ha oppgitt toppen av organisasjonen, for at anleggsgartnerne mangler mesterbrev og for manglende angivelse av underleverandører.
- (13) Innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi valgte leverandør og tilbyderen Alt I Bygg AS for høy score under tildelingskriteriet «*Prosjektorganisasjon*».
- (14) Innklagede har lagt vekt på uriktige referanseuttalelser ved evalueringen av klagers tilbud. Innklagede har også brutt anskaffelsesloven § 4 ved at referanseinnhentingene ikke er etterprøvbare.
- (15) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om spørsmålet om erstatning.

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

- (16) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser da innleide konsulent ikke var inhabil. Innklagedes innleide konsulent har ikke noe imot klager, og tidligere uenigheter vil ikke påvirke fremtidig samarbeid.
- (17) Innklagede har ikke brutt regelverket ved tildelingsevalueringen.

## **Klagenemndas vurdering:**

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en åpen tilbudskonkurranse for opparbeidelse av en bypark i Grimstad sentrum. Anskaffelsens totalverdi ble i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til kroner 30 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

### *Habilitet*

- (19) Klager anfører at innklagedes innleide konsulent er inhabil etter forvaltningsloven § 6, jf. § 10.
- (20) Av anskaffelsesforskriften § 7-5 følger det at forvaltningslovens regler om habilitet i §§ 6 til 10 kommer til anvendelse på alle anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesforskriften. Av dette følger at uenigheten om den innleide konsulentens habilitet er knyttet til rettigheter og plikter etter en forskrift gitt i medhold av anskaffelsesloven, og dermed omfattet av Klagenemndas kompetanse, jf. anskaffelsesloven § 11 og klagenemndsforordningen § 6.
- (21) Etter forvaltningsloven § 10 gjelder habilitetsbestemmelsene enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan. Den innleide konsulent har bistått ved

utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget og under evalueringen, og omfattes dermed av habilitetsreglene.

- (22) Spørsmålet er om det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 annet ledd.
- (23) I anskaffelsesrettslig sammenheng må habilitetsvurderinger foretas under tilbørlig hensyntagen til formålsangivelsen i anskaffelsesloven § 1, hvor det i annen setning fremheves at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.
- (24) Klager begrunner anførselen med at konsulenten tidligere har vært i konflikt med klager, og har vist sterk motvilje mot dem. Klager underbygger dette med å vise til e-postkorrespondanse mellom klager og konsulenten i forbindelse med et tidligere prosjekt, Barbu Park. I e-post datert 9. desember 2016 uttalte konsulenten blant annet at:
- «Denne endringsmelding er helt grunnløs og udokumentert. Avisning full berettig. Byggherren bør reise krav over for S&L på dekning av kostnader byggeren har på behandling av urimelige, grunnløse og udokumenterte endringsmeldinger.»*
- (25) Etter omstendighetene kan sterk motvilje mot en leverandør være et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet. Faglig uenighet knyttet til tidligere samarbeidsprosjekter vil derimot ikke være tilstrekkelig til å konstatere inhabilitet. At klager viser til at det oppstod uenigheter mellom konsulenten og klager ved gjennomføringen av kontrakten om oppføring av Barbu Park, er klart nok ikke i seg selv tilstrekkelig til å konstatere inhabilitet. Overfor klagenemnda har innklagede opplyst at de omstridte endringsmeldingene knyttet til Barbu Park ble frafalt etter at konsulenten avviste dem.
- (26) Klager fremholder også at konsulenten har fortegnnet referanseuttalelser ved evalueringen av klagers tilbud i vår sak. Klager hevder at referansen ikke skal ha uttalt seg på den måten som er blitt gjengitt i tildelingsevalueringen. Klager fremholder at innklagede derfor må ha lagt vekt på egne erfaringer i stedet for referansens erfaringer, noe konkurransegrunnlaget ikke gav adgang til. Klager har imidlertid ikke fremlagt noen form for dokumentasjon som underbygger dette.
- (27) På bakgrunn av den dokumentasjonen som er fremlagt, har ikke klagenemnda grunnlag til å konstatere inhabilitet hos innklagedes innleide konsulent. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

#### *Referanseinnhenting*

- (28) Klager anfører at det utgjør et selvstendig brudd på regelverket at innklagede har fortegnnet referanseuttalelser ved evalueringen av klagers tilbud. Nemnda viser i denne forbindelse til premiss (25) over.
- (29) Klager anfører også at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet ved ikke å dokumentere referanseinnhenting.

- (30) Overfor klagenemnda har ikke innklagede fremlagt noen form for dokumentasjon om hvordan referansene ble innhentet eller hva som konkret er blitt uttalt. Innklagedes vurdering er dermed ikke etterprøvbar. Nemnda finner derfor at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet i anskaffelsesloven § 4.

#### *Tildelingsevalueringen*

- (31) Klager anfører en rekke forhold som medfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Prosjektorganisasjon*».
- (32) Ved evalueringen av tilbudene har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda. Nemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen er i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, om det er lagt til grunn feil faktum, eller om skjønnsutøvelsen er usaklig, sterk urimelig eller vilkårlig.
- (33) Klager fremholder at det var feil å trekke klager for å bare angi toppen av organisasjonen og for manglende angivelse av underleverandører.
- (34) Et av underkriteriene til tildelingskriteriet «*Prosjektorganisasjon*» var å gi en «*Redegjørelse for tilbydernes prosjektorganisasjon for å løse dette oppdraget med navn på alle nøkkelpersoner for dette oppdraget*».
- (35) Klager har i sitt tilbud navngitt prosjektleder, prosjektingeniør og tre anleggsledere i organisasjonskartet, samt vedlagt deres CV-er.
- (36) Innklagede har i sin evaluering valgt å trekke klager i poeng for «*kun å ha beskrevet toppen av organisasjonen*» og for ikke å angi underleverandørene de skulle bruke i oppdraget. Klager mener det var uriktig å trekke klager for dette når det ifølge konkurransegrunnlaget kun var nøkkelpersonell som skulle navngis.
- (37) Selv om det fremgår av konkurransegrunnlaget at det kun var nøkkelpersonell skulle navngis, var tilbydernes redegjørelse for prosjektorganisasjon for å løse oppdraget også en del av underkriteriet.
- (38) Ved evalueringen av tilbydernes prosjektorganisasjon for å løse oppdraget, vil det være relevant for oppdragsgiver å vite hvem leverandørene skal bruke som underleverandører. Valgte leverandør har oppgitt hvilke underleverandører som skulle benyttes, noe klager ikke har gjort. Det kan også tenkes at andre enn kun toppen av organisasjonen vil være relevant å opplyse om i tilbydernes redegjørelse for prosjektorganisasjonen.
- (39) Klagenemnda oppfatter tildelingsevalueringen slik at innklagede mener valgte leverandør har gitt en mer konkret og utfyllende redegjørelse for prosjektorganisasjonen for å løse dette oppdraget. Nemnda har ikke holdepunkter for å konstatere at innklagede har gått utenfor de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4 eller at skjønnsutøvelsen er usaklig, sterk urimelig eller vilkårlig ved tildelingsevalueringen på dette punktet. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

- (40) Klager fremholder også at det var i strid med kravet til forutberegnelighet å trekke klager for at de tilbudte anleggsgartnerne manglet mesterbrev.
- (41) Det fremgår ikke eksplisitt av konkurransegrunnlaget at det var relevant om anleggsgartnerne hadde mesterbrev. Når CV'ene som skulle legges ved skulle dokumentere utdanning og erfaring, er det likevel nærliggende at innklagede ville vektlegge om anleggslederne hadde mesterbrev eller ikke. Klagers anleggsledere har fagbrev, mens to av valgte leverandørs anleggsledere har mesterbrev. Det er forutberegnelig at forskjeller i utdanning vil få utsalg i evalueringen.
- (42) Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

#### *Kravet til likebehandling*

- (43) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi valgte leverandør og leverandøren Alt i Bygg AS for høy score under tildelingskriteriet «*Prosjektorganisasjon*».
- (44) Klager mener at Alt i Bygg AS har et mangelfullt tilbud og at det derfor er et brudd på likebehandlingsprinsippet at klager har fått lavere score enn dem.
- (45) Oppdragsgiver har som nevnt ovenfor et innkjøpsfaglig skjønn ved evaluering av tilbud, som i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda. Alt i Bygg AS fikk 7 poeng på underkriteriet «*CV for alle nøkkelpersoner i dette prosjektet som angir formell utdanning og arbeidserfaring*», mens klager fikk 6 poeng. Slik saken er opplyst har ikke nemnda holdepunkter for å konstatere at innklagedes skjønnsutøvelse er usaklig, sterk urimelig eller vilkårlig på dette punkt.
- (46) Klager viser også til at valgte leverandørs nøkkelpersonell kun viste til tre referanseprosjekter, mens klager viste til flere. At dette ikke har fått utslag i evalueringen mener klager er et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (47) Hvilket *antall* referanseprosjekter tilbyderne har oppgitt, gir i seg selv ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes evaluering. Klagers anførsel gir ikke grunnlag for å vurdere om innklagedes evaluering av referanseprosjektene kvalitet er i strid med regelverket.
- (48) Klagers anførsel om at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet fører ikke frem.
- (49) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til anførselen om erstatning.
- (50) Bruddet på etterprøvbarhet som nemnda har konstatert ovenfor «*kan ha påvirket resultatet av konkurransen*», og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

***Konklusjon:***

Innklagede har brutt anskaffelsesloven § 4 ved at referanseinnhentingene ikke er etterprøvbare.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*