



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De grunnleggende prinsippene i § 4. Kvalifikasjonskrav. Utvelgelseskriterier.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med prekvalifisering for rehabilitering og nybygging av Tjøme ungdomsskole. Det var opplyst at inntil fire leverandører ville bli invitert til å levere tilbud, og at det ved overtallige kvalifiserte leverandører ville bli foretatt utvelgelse. Klagerne ble kvalifisert, men ble ikke utvalgt til å inngi tilbud. Klagerne anførte at innklagede hadde oppstilt ulovlig kvalifikasjonskrav, ulovlige utvelgelseskriterier, og videre brutt regelverket ved utvelgelsen av kvalifiserte leverandører. Klagenemnda kom til at ingen av klagerne anførte førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. september 2021 i de forente saker 2021/1143 og 2021/1216

Klager: WK Entreprenør AS og Atlant Entreprenør AS

Innklaget: Færder kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Kristian Jåtog Trygstad.

Bakgrunn:

- (1) Færder kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. juni 2021 en konkurranse med forhandling for rehabilitering og nybygging av Tjøme ungdomsskole. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 65 millioner kroner.
- (2) Konkurransen skulle gjennomføres med prekvalifisering, og frist for inngivelse av forespørsel om deltakelse i konkurransen, var 16. juni 2021.
- (3) Av konkurransegrunnlagets regler for gjennomføring av konkurransen fulgte det at «*Bare de tilbydere som oppfyller kvalifikasjonskravene og har blitt invitert vil få anledning til å levere tilbud.*

Oppdragsgiver planlegger å invitere inntil fire leverandører til å gi tilbud, etter utvelgelse blant leverandørene på grunnlag av utvelgelseskriteriene i pkt. 5.

Alle inviterte tilbydere vil få sine tilbud evaluert. Etter forhandlingene og eventuelle oppdaterte tilbud vil endelig evaluering av de tre tilbudene bli foretatt og kontrakt tildelt (...).»

- (4) Konkurransegrunnlaget inneholdt bestemmelser om kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier og tildelingskriterier.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (5) Kvalifikasjonskravene fulgte av konkurransegrunnlagets kapittel 4, der det i punkt 4.2 ble stilt følgende krav til «Leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet»:

«Leverandøren skal ha god økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne utføre kontrakten.»

- (6) Som dokumentasjon skulle leverandørene levere en «Kredittvurdering som baserer seg på siste kjente regnskapstall. Ratingen skal være utført av kredittopplysningsvirksomhet som har konsesjon til å drive slik virksomhet», i tillegg til «Årsberetning eller regnskapsrapporter som viser minimum årlig omsetning på 150MNOK i gjennomsnitt for 2020, 2019 og 2018.»

- (7) Om kravet til «Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner», var det i punkt 4.3.1 angitt at «Leverandøren skal ha erfaring fra sammenlignbare oppdrag.»

- (8) Det tilhørende dokumentasjonskravet var angitt slik:

*«Beskrivelse av inntil fem av leverandørens mest relevante oppdrag i løpet av de siste fem årene. Beskrivelsen må inkludere angivelse av **oppdragets verdi, tidspunkt og oppdragsgiver** (...). Det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen. Maks 1 – ett – A4 ark per prosjekt.»* [Fet skrift i konkurransegrunnlaget]

- (9) I konkurransegrunnlagets punkt 5 fremgikk konkurransens «Utvelgelseskriterier». Her fulgte det at:

«Dersom det melder seg flere enn 3 leverandører som oppfyller minstekravene til kvalifikasjoner, vil oppdragsgiver rangere leverandørene etter følgende utvelgelseskriterier:

Kriteriet 1 – Leverandørens erfaring fra sammenlignbare oppdrag, jf. pkt. 4.3.1 (70%)

Basert på antall relevante prosjekter med undervisningsbygg (skole- og barnehagebygg) oppført i KL-tre.

Kriteriet 2 - Økonomisk og finansiell kapasitet (30%)

Basert på best oppfyllelse av krav angitt i pkt. 0

For hver av kriteriene gis det maksimalt 10 poeng, som deretter vektet etter den prosent som er nevnt for hvert kriterium.» [Fet skrift i konkurransegrunnlaget]

- (10) Tildeling av kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlagets punkt 6, «Tildelingskriterier», skje på bakgrunn av tildelingskriteriene «pris» (60 prosent +/-10 prosent) og «kvalitet» (40 prosent +/-10 prosent). Leverandørene skulle blant annet dokumentere oppfyllelse av kvalitetskriteriet ved en beskrivelse av «Hvilken miljøprofil entreprenøren vil vektlegge i valg av gode miljøprodukter, med alternative innovative løsninger sett i lys av optimale klimareduserende tiltak» og videre «Hva entreprenøren kan bidra med for å få en så fossilfri byggeplass som mulig/energieffektiv drift av byggeplass».

- (11) Seks leverandører søkte prekvalifisering innen fristen. Samtlige av leverandørene var kvalifisert, og innklagede foretok derfor en utvelgelse av hvilke fire leverandører som best oppfylte utvelgelseskriteriene.

- (12) Meddelelse av resultatet fra prekvalifiseringen ble sendt til leverandørene 16. juni 2021. WK Entreprenør AS (heretter *WK*) og Atlant Entreprenør AS (heretter *Atlant*), ble ikke invitert til å inngi tilbud i konkurransen.
- (13) Av begrunnelsen for utvelgelsen, fremgikk det at innklagede hadde vurdert utvelgelseskriterium nummer 1 knyttet til relevansen av sammenlignbare oppdrag *«etter om det fremkom av innsendt dokumentasjon om prosjektet var et undervisningsbygg, hadde innslag av massivtre eller tilsvarende, prosjektets miljømål og hvorvidt det var gjennomført rehabilitering og/eller ombygging. Relevans er deretter omgjort til poengscore. Det ble gitt fratrukk dersom prosjektene ikke er ferdigstilt, eller om aktuell leverandør/personell kun deltok på en del av prosjektet.»*
- (14) For utvelgelsen etter kriteriet knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet, fremgikk det av meddelelsen til begge klagerne at *«(...) Leverandørene ble evaluert på omsetning, årsresultat som prosent av omsetning og egenkapital. Underleverandører som erklærte solidaransvar, er medtatt i evalueringen av kriteriet 2. Det ble gitt 10 poeng til høyest rangerte leverandør for hvert av underpunktene, dernest 9 poeng til nest høyeste, 8 poeng til tredje høyeste, etc.»*
- (15) Etter disse vurderingene endte WK opp med totalt 648 av 898 poeng, mens Atlant oppnådde 557 av 898 poeng.
- (16) Klagerne kontaktet innklagede og ba om innsyn i begrunnelsen for utvelgelsen. Av begrunnelsen for rangeringen av WK sin økonomiske og finansielle kapasitet, fulgte det at:
- «WK Entreprenør har i snitt hatt 615 MNOK i omsetning de siste tre år. Gjennomsnittlig årsresultat gir 1,43% lønnsomhet for de tre siste årene. Totalt har WK Entreprenør gjennomsnittlig egenkapital på 87 MNOK. For omsetning scorer WK Entreprenør 6 poeng. Høyest poengsum får NCC Norge, sammen med solidarisk ansvarlig morselskap, med omsetning på 60 554 MNOK i gjennomsnitt de tre siste regnskapsårene. For lønnsomhet scorer WK Entreprenør 7 poeng. Høyest poengsum får Peab, med lønnsomhet på 3,53% i gjennomsnitt de tre siste regnskapsårene. For egenkapital scorer WK Entreprenør 6 poeng. Høyest poengsum får NCC Norge, sammen med solidarisk ansvarlig morselskap, med egenkapital på 3 435 MNOK. Vektet summering gir 6,4 poeng som overføres til kriteriet 2.»*
- (17) Av begrunnelsen for rangeringen av WK sine relevante oppdrag, fremgikk det at:
- «WK Entreprenør har levert fem referanseprosjekter. Fire prosjekter er undervisningsbygg. To prosjekter har innslag av massivtre. To prosjekter får poeng for skole i drift. To prosjekter får poeng for rehabilitering og ombygging. To prosjekter får poeng for byggets miljøprofil. To prosjekter får fratrukk for å ikke være ferdig. Totalt oppnådde WK Entreprenør 15 av 35 mulige poeng. Høyest oppnådde delpoengsum er 23 poeng. WK Entreprenør får dermed 6,52 i score som overføres til kriteriet 1.»*
- (18) Av begrunnelsen for rangeringen av Atlant sin økonomiske og finansielle kapasitet, fulgte det at:
- «Atlant oppnår ikke minstekravet alene, men har tre leverandører som stiller seg solidarisk ansvarlige for gjennomføringen av kontrakten. Til sammen har disse i snitt hatt*

835 MNOK i omsetning de siste tre år. Gjennomsnittlig årsresultat gir 2,05% lønnsomhet for de tre siste årene. Totalt har Atlant, med solidarisk ansvarlige leverandører, gjennomsnittlig egenkapital på 154 MNOK. For omsetning scorer Atlant Entreprenør, sammen med solidarisk ansvarlige leverandører, 7 poeng. Høyest poengsum får NCC Norge, sammen med solidarisk ansvarlig morselskap, med omsetning på 60 554 MNOK i gjennomsnitt de tre siste regnskapsårene. For lønnsomhet scorer Atlant Entreprenør, sammen med solidarisk ansvarlige leverandører, 8 poeng. Høyest poengsum får Peab, med lønnsomhet på 3,53% i gjennomsnitt de tre siste regnskapsårene. For egenkapital scorer Atlant Entreprenør, sammen med solidarisk ansvarlige leverandører, 7 poeng. Høyest poengsum får NCC Norge, sammen med solidarisk ansvarlig morselskap, med egenkapital på 3 435 MNOK. Vektet summering gir 7,4 poeng som overføres til kriteriet 2.»

- (19) Av begrunnelsen for rangeringen av Atlant sine relevante oppdrag, fulgte det at:
- (20) «Atlant Entreprenør har levert flere enn fem referanseprosjekter, og oppdragsgiver har dermed brukt sitt innkjøpsfaglige skjønn på å velge de fem mest relevante prosjektene. Disse ble utvalgt etter følgende nøkkel: 1) Om prosjektet var et undervisningsbygg; 2) Om prosjektet involverte massivtre eller tilsvarende; 3) Seneste byggeår. Prosjektene som dermed ble evaluert, var: Rosthaug internat, Munkerud barnehage, Lillemoen skole, Hanstad skolemodul og Presterød ungdomsskole. Samtlige prosjekter omhandlet undervisningsbygg. Fire prosjekter har innslag av massivtre eller tilsvarende. Ett prosjekt får poeng for skole i drift. Ett prosjekt får poeng for rehabilitering og ombygging. Tre prosjekter er trukket i poeng for kun delvis deltakelse i prosjektet. Totalt oppnådde Atlant Entreprenør 13 av 35 mulige poeng. Høyest oppnådde delpoengsum er 23 poeng. Atlant Entreprenør får dermed 5,65 i score som overføres til kriteriet 1. Feil i poenggivningen er rettet fra 4,78 til 5,65. Feilen hadde ingen innvirkning på rangeringen av leverandørene.»
- (21) Klagen ble sendt til Klagenemnda for offentlige anskaffelser henholdsvis 10. juli 2021 og 10. august 2021.
- (22) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse utsettes til Klagenemnda har behandlet sakene, som derfor gis prioritert behandling.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. september 2021.

Anførsler:

WK Entreprenør AS har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et diskriminerende kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet.
- (25) Innklagede har videre brutt regelverket ved å oppstille et uklart utvelgelseskriterium knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet. Kriteriet er uklart fordi det henviser til «oppfyllelse av pkt. 0», som er et punkt som ikke finnes i konkurransegrunnlaget.
- (26) Innklagede har også brutt regelverket ved evalueringen av utvelgelseskriteriene, ved å vektlegge forhold som ligger utenfor utvelgelseskriterienes rammer.

Atlant Entreprenør AS har i det vesentlige anført:

- (27) Kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet er ulovlig. Innklagede har krevd en minimumsomsetning som overstiger to ganger den anslåtte verdien av kontrakten, og kravet er dermed i strid med forskriften § 16-3 (1) bokstav a andre punktum. Dette bruddet kan ha hatt betydning for deltakelsen i konkurransen, og feilen kan ikke rettes på annen måte enn å avlyse konkurransen.
- (28) Dersom nemnda kommer til at kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet er lovlig, anføres det at utvelgelseskriteriet til økonomisk og finansiell kapasitet er ulovlig. Økonomisk og finansiell kapasitet utover kravet til minimumsomsetning oppstilt i kvalifikasjonskravet utgjør ingen merverdi for oppdragsgiver, og er derfor i strid med forskriftens krav om relevans. Utvelgelseskriteriet er også i strid med lovens krav til likebehandling og forholdsmessighet. Subsidiært anføres det at utvelgelseskriteriet er uklart og i strid med prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4.
- (29) Dersom nemnda kommer til at utvelgelseskriteriet er lovlig, anføres det at innklagede har brutt regelverket ved vurderingen av kriteriet, ved å benytte en poengberegningmodell der poengene ikke gjenspeiler relevante forskjeller mellom leverandørene. Poengberegningemetoden er dermed i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (30) Innklagede har også brutt regelverket ved vurderingen av utvelgelseskriteriet knyttet til leverandørens erfaring fra sammenlignbare oppdrag. Innklagede har vektlagt forhold som ligger utenfor utvelgelseskriteriets ordlyd, i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Det bestrides at kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet er ulovlig. I forberedelsen av konkurransen ble kontraktsverdien beregnet til mellom 65-75 millioner kroner, men kravet til minimumsomsetning oppgitt i kunngjøringen ble ved en feil ikke korrigert tilsvarende. Det kan imidlertid ikke være av betydning ettersom kravet til minimumsomsetning ikke overstiger maksimal estimert verdi etter forskriften § 16-3 (1) bokstav a. Dersom nemnda kommer til at det er kontraktsverdien på 65 millioner kroner som skal legges til grunn, anføres det at en feil i denne størrelsesorden ikke kan anses for å ha påvirket deltakerinteressen i konkurransen.
- (32) Det bestrides også at utvelgelseskriteriet knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet er ulovlig. Ved utvelgelsen av overtallige leverandører er det adgang til å vektlegge størrelsen på deres omsetning utover det som følger av hovedregelen i § 16-3 (1) bokstav a. Utvelgelseskriteriet er relevant og av betydning for oppdraget konkurransen gjelder.
- (33) Utvelgelseskriteriet knyttet til økonomisk og finansiell kapasitet er heller ikke uklart. Henvisningen til punkt 0 i konkurransegrunnlaget er riktignok feil, og skyldes en oppdatering som ble gjort av det kunngjorte konkurransegrunnlaget slik at punkt 0 ble erstattet med punkt 4.2. Det må ha fremstått tilstrekkelig klart for leverandørene at det i stedet var tiltenkt en henvisning til dette punktet, der kvalifikasjonskravet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet fremgikk.

- (34) Poengberegningsmodellen som er benyttet er lovlig og egnet til å gjenspeile relevante forskjeller mellom leverandørene.
- (35) Evalueringen av utvelgelseskriteriet knyttet til leverandørens erfaring fra sammenlignbare oppdrag, er lovlig og i tråd med regelverket. Utvelgelseskriteriet skal forstås slik at det er erfaringen fra sammenlignbare oppdrag, og ikke utelukkende antallet undervisningsbygg oppført i KL-tre, som skal vurderes.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidige. Konkurransen gjelder rehabilitering og nybygging av Tjøme ungdomsskole, som er en bygg- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 65 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Kvalifikasjonskravet om «Økonomisk og finansiell kapasitet»

- (37) Klageren Atlant har anført at kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet er i strid med forskriften § 16-3 (1) bokstav a fordi kravet til minimumsomsetning på 150 millioner kroner overstiger to ganger den anslåtte verdien av kontrakten.
- (38) Det følger av forskriften § 16-3 (1) bokstav a at kravene som stilles til leverandørens minimumsomsetning ikke kan *«overstige to ganger den anslåtte verdien av kontrakten.»* Dette kan unntaksvis aksepteres dersom det er *«en saklig grunn, for eksempel når det foreligger en særlig risiko på grunn av anskaffelsens karakter. Begrunnelsen for å stille strengere krav skal angis i anskaffelsesdokumentene.»*
- (39) I kunngjøringen er det i felt II.1.5 estimert en totalverdi på 65 millioner kroner. Innklagede har vist til at man i Rådmannens innstilling til Formannskap og Kommunestyre har lagt til grunn en høyere forventet verdi. Dette beløpet er unntatt offentligheten etter offentleglova § 23 første ledd frem til anskaffelsen er ferdig gjennomført. Beløpet er imidlertid inntatt i en oppdatert anskaffelsesprotokoll hvor estimert verdi er oppgitt til 65-75 mill. Nemnda bemerker at det vil utgjøre et brudd mot forskriften § 21-1 (1) å oppgi en lavere forventet verdi i kunngjøringsskjemaet enn den faktiske forventede verdien, da kunngjøringsskjemaet gir en plikt til å oppgi estimert verdi. Å oppgi en lavere verdi gir feil signaler til markedet.
- (40) Dersom man legger til grunn den kunngjorte estimerte verdien av anskaffelsen, er kravet til minimumsomsetning over dobbelt så høyt. Dersom man legger til grunn den oppdaterte estimerte verdien er kravet til minimumsomsetning nøyaktig dobbelt så høyt. Da nemnda ikke kan se at et eventuelt regelbrudd ved å stille for høyt krav minimumsomsetning har hatt betydning for konkurransen, tar nemnda ikke stilling til om kravet til omsetning skal vurderes opp mot estimert verdi i kunngjøringsskjemaet eller om man kan se hen til estimerer dokumentert andre steder.
- (41) Nemnda føyer til at innklagede ikke har anført at det for denne anskaffelsen var grunnlag for å benytte unntaksbestemmelsen i § 16-3 (1) bokstav a. Slik saken er opplyst utelukker imidlertid ikke nemnda at det forelå *«saklig grunn»* til å kreve en minimumsomsetning på mer enn to ganger kontraktens anslåtte verdi.

(42) Klagers anførsel fører ikke frem.

Om utvelgelseskriteriet «Økonomisk og finansiell kapasitet»

- (43) Klagerne har anført at utvelgelseskriteriet til «*Leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet*», er i strid med prinsippet om forutberegnelighet.
- (44) Ifølge konkurransegrunnlaget skulle dette utvelgelseskriteriet vektes 30 prosent ved utvelgelse av eventuelle overtallige leverandører. Utvelgelsen skulle foretas «*Basert på best oppfyllelse av krav angitt i pkt. 0.*»
- (45) Klagerne har vist til at det ikke finnes et punkt 0 i konkurransegrunnlaget, og at den feilaktige henvisningen til dette punktet medfører at utvelgelseskriteriet er ulovlig uklart.
- (46) Innklagede har anført at henvisningen til punkt 0 er feil, men at deltakerne i prekvalifiseringen har forstått at riktig punkt var 4.2, der kvalifikasjonskravet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet fremgår. Etter nemndas syn viser den innleverte dokumentasjonen at deltakerne forsto at det var ment å henvise til konkurransegrunnlagets punkt 4.2, og nemnda finner derfor at den feilaktige henvisningen ikke har skapt noen uklarhet. Nemnda kan etter dette ikke se at utvelgelseskriteriet er i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet.
- (47) Klagerne har videre anført at utvelgelseskriteriet er i strid med regelverket fordi det høye kravet til minimumsomsetning medfører at meroppfyllelse på dette kriteriet ikke vil gi oppdragsgiver noen merverdi, og at det er diskriminerende overfor små og mellomstore bedrifter.
- (48) Kravene til utvelgelseskriterier følger av forskriften § 16-12 (2), der det fremgår at oppdragsgiver ved utvelgelse av leverandører skal angi «*objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for utvelgelse av eventuelle overtallige kvalifiserte leverandører.*» Et utvelgelseskriterium kan heller ikke være i strid med prinsippet om likebehandling.
- (49) I kravet til objektivitet ligger blant annet at kravene skal være etterprøvbare, relevante og ha betydning for det oppdraget som konkurransen gjelder, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2020/361 avsnitt 26.
- (50) Klager har vist til uttalelser i juridisk teori (Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 470) og Steinicke/Groesmeyer s. 1105-1107) om at det vil krenke kravet til likebehandling dersom man krever omsetning «*that exceeds what is reasonably required to undertake that contract.*» Innklagede har vist til at Departementet i sin Veileder for offentlige anskaffelser, punkt 24.3, har nevnt størrelsen på leverandørens omsetning som et mulig utvelgelseskriterium.
- (51) Klagenemnda er ikke enig med klagerne i at et høyt krav til minimumsomsetning i seg selv er ensbetydende med at det ikke er forholdsmessig eller relevant å vurdere leverandørens økonomiske forutsetninger for å gjennomføre oppdraget ved utvelgelsen. Anskaffelsen gjelder ombygging av skole i drift, og det er redegjort for at det av denne grunn er avgjørende for oppdragsgiver at prosjektet gjennomføres uten avbrytelser, og at en eventuell konkurs hos leverandøren vil være svært uheldig. I et slikt tilfelle kan det være relevant å basere utvelgelsen på hvor god økonomisk og finansiell kapasitet

leverandørene har til å gjennomføre oppdraget. Dette må vurderes konkret, og enhver finansiell kapasitet ut over minstekravet vil ikke nødvendigvis være relevant.

- (52) I denne anskaffelsen er det lagt vekt på størrelsen på omsetningen og egenkapitalen, i tillegg til leverandørenes lønnsomhet. Forholdsmessighetsprinsippet kan medføre at det vil være ulovlig å vektlegge størrelsen på omsetning og egenkapital over et visst nivå. I denne anskaffelsen har imidlertid ikke klagerne pekt på hvor de mener at dette nivået ligger, og de har heller ikke vist hvordan den konkrete uttellingen over dette nivået har hatt betydning for utvelgelsen.
- (53) Nemnda går så over til å vurdere om innklagede har brutt regelverket ved rangeringen av leverandørene i henhold til kriteriet om økonomisk og finansiell kapasitet.
- (54) Ved vurderingen av søknadene opp mot utvelgelseskriteriene, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemnda skal prøve om oppdragsgiver har bedømt leverandørene i samsvar med utvelgelseskriteriene, om de grunnleggende prinsippene i loven § 4 er fulgt, om oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, og om skjønnsutøvelsen for øvrig er vilkårlig eller kvalifisert urimelig.
- (55) Utvelgelsen skulle skje basert på hvilke leverandører som best oppfylte kravet om god økonomisk og finansiell kapasitet til å utføre oppdraget, og det er for nemnda fremlagt en evalueringsmatrise som viser at innklagede har vurdert dette basert på størrelsen på leverandørenes omsetning og egenkapital, i tillegg til leverandørenes lønnsomhet.
- (56) Klagerne har innvendt at innklagede ved dette har anvendt kriteriet på en måte som ikke var påregnelig, og har i den forbindelse pekt på at egenkapital i nominelle tall isolert sett ikke sier noe om selskapets kapasitet til å gjennomføre kontrakten. Det er videre innvendt at å se hen til leverandørenes omsetning vil ha begrenset verdi dersom selskapene ikke driver lønnsom virksomhet.
- (57) Klagenemnda er enig i innvendingen om at størrelsen på leverandørenes egenkapital gir begrenset informasjonsverdi om risikoen for konkurs, med mindre man ser denne i sammenheng med leverandørenes omsetning. Størrelsen på leverandørenes omsetning gir noe informasjonsverdi, fordi det sier noe om evnen til å gjennomføre kontrakten. Å se hen til leverandørenes lønnsomhet over tid, vil ha klar informasjonsverdi.
- (58) Klagenemnda skal ikke selv foreta utvelgelsen, men skal ta stilling til om det er rettslige mangler ved innklagedes vurdering. Selv om enkelte av parameterne innklagede har lagt vekt på hver for seg er mindre egnet til å si noe om leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet, og innklagede har poengsatt de tre parameterne separat, er nemnda av den oppfatning at en vurdering av leverandørenes lønnsomhet, omsetning og egenkapital ligger innenfor utvelgelseskriteriets rammer, og dermed ikke kan ha vært uventet for leverandørene. Etter nemndas syn er dette også parameter som samlet sett er egnet til å vurdere leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet.
- (59) Atlant har videre innvendt at den valgte poengberegningmetoden, der høyest omsetning gir ti poeng, nest høyest omsetning gir ni poeng, og så videre, og tilsvarende for henholdsvis egenkapital og lønnsomhet, medfører en risiko både for at store forskjeller i leverandørenes økonomiske kapasitet vil kunne få liten poengmessig uttelling, og motsatt at små forskjeller vil kunne få stor poengmessig uttelling.

- (60) Poengberegningemetoden innklagede har benyttet, fremstår som uegnet til å poengsette score på utvelgelseskriteriet. Fremgangsmåten reflekterer kun rangeringen av leverandørene, ikke hvor store forskjeller det er mellom dem, og derfor vil metoden ofte gi vilkårlige utslag. Slik denne saken ligger an, er imidlertid de konkrete utslagene av poengberegningemetoden at leverandørene med høy egenkapital og omsetning, relativt sett har fått mindre poenguttelling enn mindre leverandører. Dette illustreres ved at en forskjell på omtrent 45 milliarder i omsetning mellom beste og nest beste leverandør, har gitt samme poenguttelling som en forskjell på omtrent 264 millioner kroner, som er differansen mellom de to lavest rangerte leverandørene. Ved enhver lovlig poengberegningemetode ville de to klagerne, som hadde lavest omsetning, ha fått lavere poengscore. Den vilkårlige effekten som kan ha oppstått ved bruk av denne poengberegningemetoden, har dermed ikke fått betydning for utfallet i denne prekvalifiseringen.
- (61) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved vurderingen av utvelgelseskriteriet knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet, har ikke ført frem.

Evalueringen av utvelgelseskriteriet «Leverandørens erfaring fra sammenlignbare oppdrag, jf. pkt 4.3.1.»

- (62) Klagerne har videre anført at innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4 ved evalueringen av utvelgelseskriteriet knyttet til leverandørens erfaring fra sammenlignbare oppdrag. Klagerne mener innklagede har vektlagt forhold som ligger utenfor rammene av det som skulle evalueres under utvelgelseskriteriet.
- (63) Om dette utvelgelseskriteriet het det i konkurransegrunnlaget at vurderingen av «*Leverandørens erfaring fra sammenlignbare oppdrag, jf. pkt. 4.3.1*», skulle basere seg på «*antall relevante prosjekter med undervisningsbygg (skole- og barnehagebygg) oppført i KL-tre.*»
- (64) Henvisningen til konkurransegrunnlagets punkt 4.3.1 viser til kvalifikasjonskravet om at leverandøren skulle ha erfaring fra sammenlignbare oppdrag. Denne erfaringen skulle dokumenteres gjennom en «*Beskrivelse av inntil fem av leverandørens mest relevante oppdrag i løpet av de siste fem årene.*»
- (65) Slik nemnda leser utvelgelseskriteriet, la det opp til en rangering av leverandørene basert på relevante oppdrag, der den nedre terskelen for hvilke oppdrag som skulle anses relevante ved utvelgelsen, var at oppdraget måtte gjelde undervisningsbygg og materialet måtte være KL-tre. Utover dette legger kriteriet opp til en skjønnsmessig vurdering av prosjektenes relevans basert på dokumentasjonen som etterspurt i konkurransegrunnlagets punkt 4.3.1.
- (66) Slik klagenemnda forstår det, er det bare referanseprosjekter som gjelder undervisningsbygg med innslag av KL-tre som har gitt uttelling ved rangeringen av leverandørene. Oppdrag som gjelder andre typer bygg eller som er bygget med andre materialer, har dermed ikke gitt uttelling, i tråd med kriteriets utforming. Utover oppfyllelse av minstekravene om å være undervisningsbygg oppført i KL-tre, har leverandørene fått uttelling for forhold som også vil være relevante ved bygging av Tjøme ungdomsskole. Nemnda har ingen innvendinger mot at innklagede også har gitt uttelling for erfaring utover erfaring med bygging av undervisningsbygg i KL-tre.

- (67) Slik nemnda forstår det, har innklagede poengsatt referanseprosjektene ved å gi poeng til hvert prosjekt ut fra om det gjaldt et undervisningsbygg, hadde innslag av massivtre eller tilsvarende, prosjektets miljømål (som var brutt ned til fossilfri byggeplass og miljøprofil på bygg), og hvorvidt det var gjennomført rehabilitering og/eller ombygging. Det ble gitt fratrukk dersom prosjektene ikke var ferdigstilt, eller om aktuell leverandør/personell kun deltok på en del av prosjektet. Poengene synes å være gitt enkeltvis for de ulike egenskapene. Nemnda stiller spørsmål ved om en slik skjematisk metode for poengsetting av referanseprosjekter er egnet. Konsekvensen av metoden er uansett at flere forhold som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget har fått stor, og tilsynelatende større betydning, enn de forholdene det var angitt i konkurransegrunnlaget at man skulle vektlegge.
- (68) Klagerne har imidlertid ikke vist hvordan manglende forutberegnelighet omkring vektleggingen av disse forholdene har påvirket utfallet av prekvalifiseringen. Begge klagerne har oppnådd lav score på utvelgelseskriteriet fordi de hadde få relevante prosjekt. Konkurransegrunnlaget oppstilte en begrensning på angivelse av 5 relevante prosjekt, og ingen av klagerne har vist til andre prosjekter de heller ville ha oppgitt dersom de var klar over alle forhold som ville vektlegges under utvelgelseskriteriet. Klageren Atlant oppga langt flere enn 5 referanseprosjekt, i strid med føringene i konkurransegrunnlaget. Slik klagenemnda forstår det, håndterte innklagede dette ved å velge ut de prosjektene som i realiteten ga høyest poengscore. Det kan stilles spørsmål ved om dette er en lovlig metode, og om Atlant skulle hatt lavere poengscore enn de fikk. Nemnda kan dermed ikke se at manglende forutberegnelighet om utvelgelseskriteriets innhold har hatt betydning for utfallet av prekvalifiseringen.

Konklusjon:

Færder kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk