



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende inngåelse av kontrakt om totalentreprise for oppføring av et sanitær- og servicebygg på en strand. Klagenemnda fant at innklagede hadde tatt utenforliggende hensyn i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge vekt på en rettslig konflikt med klager ved evalueringen av tildelingskriteriet "Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser", og ved det etterfølgende valget mellom klager og valgte leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 7. desember 2009 i sak 2009/107

Klager: Arve Ståle Olsen AS

Innklaget: Larvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Tildelingsevaluering

Bakgrunn:

- (1) Larvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. januar 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise på oppføring av et nytt sanitær- og servicebygg på en strand.
- (2) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.0 "Anbudsinnydelse":

"Tildelingskriterier

Vi vil i vurderingene legge følgende kriterier til grunn (ihh til nedenstående tabell med vekting)

- *Det økonomisk mest fordelaktige anbudet.*
- *Larvik kommune forbeholder seg retten til å trekke ut kapittel for regningsarbeider ved vurdering av anbudene.*

<i>TILDELINGSKRITERIER</i>	<i>KARAKTER</i>	<i>VEKT</i>
<i>Konkurrerende anbudspris</i>	<i>1-10</i>	<i>5</i>
<i>Regningsarbeider</i>	<i>1-3</i>	<i>1</i>
<i>Fremdrift og bemanning</i>	<i>1-3</i>	<i>2</i>
<i>Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser</i>	<i>1-3</i>	<i>2</i>
<i>Tekniske og estetiske løsninger</i>	<i>1-3</i>	<i>2</i>
<i>Miljøtiltak i prosjektet</i>	<i>1-3</i>	<i>1"</i>

- (3) Fem leverandører leverte tilbud innen fristen 11. februar 2009 kl. 12.00. Blant disse var Arve Ståle Olsen AS (heretter kalt klager) og Bobygg AS (heretter kalt valgte

leverandør). Innklagede informerte klager om valg av leverandør i brev av 24. februar 2009. Fra brevet hitsettes:

"Viser til anbudsåpning på Kommunalteknikk 11.2.09.

Anbudene er kontrollregnet, gjennomgått og vurdert iht kriteriene som er gitt i anbudsgrunnlaget.

Kommunalteknikk har foretatt en teknisk avklaring med Bobygg AS, og har til intensjon å inngå kontrakt med dette firmaet. Etter en totalt samlet vurdering anser vi Bobygg AS som det beste firmaet for Larvik kommune.

Vedlegger tabell som viser poengberegning i henhold til tildelingskriterier og vekting oppgitt i anbudsgrunnlaget, samt anbudsprotokoll.

Deres firma hadde samme poengsum som Bobygg AS, men vi valgte å gå videre med Bobygg AS pga at Larvik kommune fortsatt er i konflikt (pågående rettssak) med Arve Ståle Olsen AS i fm en annen jobb.

Tilbydere			Arve Ståle Olsen			Bobygg as		
	KARAKTER	VEKT	K	V	T	K	V	T
<i>Konkurrerende anbudspris</i>	1-10	5	10	5	50	9	5	45
<i>Regningsarbeider</i>	1-3	1	1	1	1	2	1	2
<i>Fremdrift og bemanning</i>	1-3	2	3	2	6	3	2	6
<i>Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser</i>	1-3	2	1	2	2	3	2	6
<i>Tekniske og estetiske løsninger</i>	1-3	2	2	2	4	2	2	4
<i>Miljøtiltak i prosjektet</i>	1-3	1	1	1	1	1	1	1
<i>SUM</i>					64			64

- (4) Ved e-post av 24. februar 2009 ba klager om å få en begrunnelse for poengene klager var tildelt på tildelingskriteriene "Regningsarbeider" og "Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser". Innklagede besvarte henvendelsen 26. februar 2009, hvor det blant annet uttales:

"Vår begrunnelse for tildelt karakter på punkt "Regningsarbeider": Deres firma har høyeste priser på regningsarbeider og påslagsprosent av alle tilbydere. Bobygg ligger midt på treet med sine priser. Vi mener at det blir feil å gi ut enhetspriser til Bobygg AS.

[...]

Når det gjelder karakter på "Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser" har vi gitt karakter 1 pga konflikt i fm den andre jobben for LK."

- (5) Klager påklaget tildelingsbeslutningen til innklagede ved brev av 4. mars 2009. Fra brevet hitsettes:

"Arve Ståle Olsen AS har utført arbeider for Larvik kommune i snart 25 år. Den første og eneste konflikt så langt mellom oss og Larvik kommune har vært tvisten vedrørende Byskogen sykehjem. Vi har oppfattet det slik at Larvik kommune, som byggherre, har vært meget tilfreds med gjennomføringen av de mange prosjektene vi har hatt ansvaret for. Også arbeidene vedrørende Byskogen sykehjem ble, i følge kommunen, utført på en

meget tilfredsstillende måte, noe som ble påpekt av kommunens egen advokat under hovedforhandlingen i tingretten. Tvisten vedrørende Byskogen sykehjem er for øvrig en helt regulær tvist som har foregått innenfor en saklig og "kultivert" ramme, der partene altså ser ulikt på deler av faktum i saken samt er uenige i noen interessante rettslige spørsmål. Vårt saksanlegg for Larvik tingrett er for øvrig også forankret i en faglig, meget tung "second opinion". Man bør for øvrig ha for øye her at utgangspunktet for tvisten er et alvorlig brudd på norsk lov (forskrift gitt i medhold av lov om offentlige anskaffelser) fra Larvik kommune sin side.

I lys av forannevnte gjør vi gjeldende at valget av Bobby AS er usaklig og dessuten basert på et uforsvarlig skjønn."

- (6) Innklagede besvarte klagen ved brev av 10. mars 2009:

"Kommunen skal velge det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig sett fra kommunens ståsted. Vi har da kommet frem til, på bakgrunn av karakter og vektning av tildelingskriteriene, at det er innstilt entreprenør som har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Når vi velger å gi Dem 1 poeng under tildelingskriteriet "Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser" baserer det seg på den konflikt som Deres firma ønsker å opprettholde rundt kontrakten Byskogen. Vi var innstilt på, som jeg sa i samtale med deres Håkon Jakobsen og Gjermund Kaupang på Deres kontor fredag 13. februar 2009, å legge denne konflikten bak oss og fortsette et samarbeid. Det som ble sagt i rettsforhandlingene i Tingretten og som nå gjentas i Deres klage til Lagmannsretten bygger ikke opp om et godt samarbeidsklima.

Vi er helt avhengig i alle prosjekt å ha et godt samarbeidsklima til den entreprenøren vi skal skrive kontrakt med.

I tillegg påstår De i Deres brev 4.03.2009 at Larvik kommune har gjort seg skyldig i et alvorlig brudd på norsk lov. Det er en påstand som ikke akkurat bygger opp om et "godt samarbeide". Som kjent ble Larvik kommune frikjent i Tingretten."

- (7) Innklagede signerte kontrakt med valgte leverandør 12. mars 2009.

- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 10. mai 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å legge avgjørende vekt på en rettstvist med klager ved valg av leverandør. Klager og valgte leverandør fikk samlet like mange poeng ved tildelingsevalueringen. Innklagede har ved dette basert valg av leverandør på et uforsvarlig skjønn, og avgjørelsen fremstår som grovt usaklig og urimelig.
- (10) Innklagede har videre brutt regelverket når klager kun oppnår ett poeng på tildelingskriteriet "Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser". Bakgrunnen for poenggivningen er rettssaken mellom klager og innklagede vedrørende kontrakt knyttet til ombygging av et sykehjem. Klager har i den saken fremmet krav om utbetaling av

lønns- og prisstigning. Innklagede har innrømmet å ha brutt anbudsretten, men bestridt pengekravet fra klager. Det har ikke tidligere versert tvister mellom partene. Innklagede har selv bemerket at arbeidet som er utført i henhold til den omtvistede kontrakten er meget tilfredsstillende, herunder at fremdriften ble opprettholdt. Klager har utført tilfredsstillende arbeid for innklagede i tjuefem år. Klager anser verken konflikten, eller rettssaken, for representativt for samarbeidet med innklagede, og har derfor et normalisert forhold til innklagede.

- (11) Innklagede oppsøkte klager 13. februar 2009, og ga uttrykk for at klager lå godt an til å bli tildelt kontrakten, men da under forutsetning av at klager ikke anket tingrettens dom. På bakgrunn av det arbeidet som var lagt ned med å utrede de juridiske spørsmålene rettssaken gjaldt, og tingrettens lite overbevisende premisser, var det ikke aktuelt for klager å la være å anke. Det bemerkes at rettssaken ikke har hatt betydning for klagers forhold til andre etater hos innklagede. Klager er senere tildelt flere entrepriser for Larvik kommunale Eiendom KF.
- (12) Det bes om at klagenemnda vurderer om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede anfører at det ikke foreligger brudd på lov og forskrift om offentlige anskaffelser ved tildeling av kontrakten. Klagen bør derfor avvises fra behandling i klagenemnda. Det er opp til oppdragsgiver å velge hvilke tildelingskriterier som skal benyttes i en konkurranse, herunder å evaluere tilbudene i henhold til disse. Innklagede har i flere år benyttet tildelingskriteriet "*referanser, erfaringer fra tidligere leveranser*" (nå kalt "*Tidligere erfaringer med firma*"). Dette kriteriet omhandler den faglige utførelsen av tidligere oppdrag, samarbeidet med tilbyderen og den kontraktsmessige oppfølgingen fra tilbyderen. Dersom det ikke er tillit mellom innklagede og tilbyderen, vil samarbeidet kunne bli vanskelig, noe som igjen vil kunne forsinke byggeprosessen.
- (14) Bakgrunnen for at klager har fått lav poengsum på tildelingskriteriet "*referanser, erfaringer fra tidligere leveranser*", er at klagers påstander under rettssaken har svekket innklagedes tillit til klager. I norsk kontraktsrett gjelder det en grunnleggende regel om lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Når klager reiser sak om innklagedes håndtering og praksis ved inngåelse av en kontrakt, velger klager samtidig å være illojal mot innklagede.
- (15) Innklagede oppsøkte klager 13. februar 2009, med ønske om en avklaring vedrørende hvorvidt klager ville anke dommen fra Larvik Tingrett av 2. februar 2009. Innklagede ønsket ikke å møte klager i lagmannsretten, samtidig som det ble inngått en eventuell avtale mellom klager og innklagede. Innklagede forsto det slik at klager hadde forståelse for dette. Klager ble i møtet også informert om at klager prismessig lå godt an i konkurransen. Innklagede mottok 19. februar 2009 informasjon om at klager ville anke tingrettens dom. Etter dette foretok innklagede en evaluering av tilbudene i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig.

Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og del II.

Evalueringskriteriet "Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser"

- (17) Klager anfører at innklagede har tatt utenforliggende hensyn når klager fikk laveste poengsum ved innklagedes evaluering av tildelingskriteriet *"Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser"*, og at dette er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Begrunnelsen for at klager har fått laveste poengsum var en pågående rettslig konflikt mellom klager og innklagede vedrørende en tidligere inngått kontrakt.
- (18) Ved evalueringen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som nemnda ikke befatter seg med. Klagenemnda kan bare overprøve evalueringen dersom det foreligger formelle regelbrudd, dersom oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 - eller dersom oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn eller der skjønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig, jf. klagenemndas sak 2009/98 premiss (23).
- (19) Det fremgår av tildelingskriteriet *"Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser"* at innklagede, ved evalueringen av kriteriet, kan legge vekt på tidligere erfaringer med leverandørene.
- (20) Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn, at når det legges vekt på oppdragsgivers egne erfaringer med en leverandør, må erfaringene som vektlegges være objektivt konstaterbare og ikke bare representere subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side, jf. klagenemndas saker 2003/66 og 2005/50 premiss (38).
- (21) I sak 2007/106 premiss (44) uttalte klagenemnda:

"Det følger av den praksis det her redegjøres for at misnøye i en pågående anskaffelse bør loggføres og protokolleres sammen med objektivt konstaterbare fakta for å kunne medtas i evalueringen av vedkommende leverandør ved senere konkurranser. Det er viktig at aktuelle leverandører i et marked ikke opplever å bli utstengt ved svartelisting fordi man har innledet en tvist med oppdragsgiver (eller andre oppdragsgivere). At partene ligger i tvist om avvikling av en løpende kontrakt – eller befinner seg i rettssak om leveransen - kan i seg selv ikke være nok til å foreta en negativ kvalitetsvurdering av et senere tilbud fra samme leverandør."

- (22) Innklagede har i foreliggende sak begrunnet klagers dårlige poengsum på tildelingskriteriet *"Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser"* med den pågående rettssaken mellom partene. Innklagede bemerker at han oppfatter klagers anførsler under rettssaken som illojal handling, noe som har medført at innklagede ikke lenger har full tillit til klager. Innklagede har imidlertid ikke anført at konflikten har hatt innvirkning på kvaliteten av arbeidet klager utførte på det aktuelle prosjektet, eller at den påvirket fremdriften av prosjektet. I foreliggende sak har altså klager fått dårligere karakter som følge av at det benyttes lovlige rettsmidler for å forfølge et krav som klager mener er berettiget i forbindelse med et annet kontraktsoppdrag for innklagede. Klagenemnda bemerker at dersom det tillates at oppdragsgiver vektlegger slike forhold, kan dette føre til at leverandører vegrer seg for å forfølge sine krav, av frykt for at dette skal hindre dem i å få kontrakter med det offentlige senere. Klagenemnda finner på bakgrunn av

dette at innklagede har vektlagt utenforliggende hensyn ved tildelingsevalueringen og således brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

- (23) Klager anfører videre at det dessuten er feil når innklagede også vektla den pågående rettssaken ved det endelige valget av leverandør. Det vises til at klager og valgte leverandør etter tildelingsevalueringen sto igjen med like mange poeng. Ved valget la innklagede da igjen vekt på konflikten med klager, og inngikk således kontrakt med valgte leverandør. Etter klagenemndas oppfatning er det heller ikke ved valg av leverandør adgang til å vektlegge den pågående rettslige konflikten med klager. Klagenemnda finner derfor at innklagede har tatt utenforliggende hensyn og brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved det endelige valget av leverandør.

Erstatning

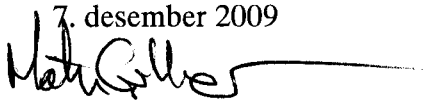
- (24) Klager har bedt klagenemnda vurdere om vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen er oppfylt.
- (25) Dette spørsmålet beror på en konkret vurdering av om det foreligger ansvarsgrunnlag, i form av vesentlige feil, og årsakssammenheng, i form av klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville blitt tildelt kontrakt dersom feilene ikke hadde vært gjort, jf. Rt. 2001 side 1062 (Nucleus). Innklagede har i dette tilfellet tatt utenforliggende hensyn ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser*", noe som har medført at klager har fått laveste poengsum på dette tildelingskriteriet. Likevel har klager samlet sett fått like mange poeng ved tildelingsevalueringen som valgte leverandør. Etter klagenemndas oppfatning er det sannsynlig at klager, dersom feilen ikke var blitt begått, samlet sett ville fått flere poeng enn valgte leverandør ved tildelingsevalueringen. Klager ville da fått tildelt kontrakten. Klagenemnda antar på denne bakgrunn at vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen kan være oppfylt.

Konklusjon:

Larvik kommune har tatt utenforliggende hensyn i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge vekt på konflikten med klager ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Referanser, erfaringer fra tidligere leveranser*".

Larvik kommune har tatt utenforliggende hensyn i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge vekt på konflikten med klager ved valget mellom klager og valgte leverandør.

For klagenemnda,
7. desember 2009


Morten Goller