



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede avholdt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av anleggsarbeid i forbindelse med fjerning av skytebaner. Klagenemnda fant at innklagedes egne erfaringer med valgte leverandør var regelstridig vektlagt. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.*

**Klagenemndas avgjørelse 19. april 2010 i sak 2009/154**

Klager:           Betonmast Anlegg AS

Innklaget:       Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avlysningsgrunn. Tilbudsevaluering. Vektlegging av egne erfaringer.

**Bakgrunn:**

- (1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. august 2008 en åpen anbudskonkurranse for rivning av en skytebane på Haukberget ved Hjerkinns Skytefelt.
- (2) I følge kunngjøringen punkt II.1.5 bestod arbeidet av transport og masseutlegging i deponier, fjerning av veier, bevegelige målbaner og blenderinger, slik at naturen ved skytebanen ble tilbakeført til sin tidligere stand. På grunn av faren for å detonere blindgjengere, det vil si udetonerte prosjektiler og granater, var arbeidet planlagt utført med fjernstyrte maskiner.
- (3) I konkurransegrunnlaget del I punkt 6 var følgende avkrysset:

*"Alternative tilbud aksepteres under følgende forutsetninger:*

- ☐ *Det alternative tilbudet skal gis i tillegg til det beskrevne. Den beskrevne løsning skal prises som hovedalternativ.*
- ☒ *Det alternative tilbud kan gis i stedet for det beskrevne.*

*Det alternative tilbudet skal oppfylle følgende minstekrav til ytelse og dokumentasjon:*

*Tilbudsgrunnlaget er basert på bruk av fjernstyrt utstyr. Det åpnes for levering av tilbud på alternative løsninger, forutsatt at det gis et komplett tilbud som er fullt ut sammenlignbart med hovedalternativet teknisk og økonomisk, og at det dokumenteres 100% sikkerhet for personell. Sikkerhet for personell vil bli vurdert av egen faggruppe EOD i Hjerkinns PRO."*

- (4) Det ble mottatt to alternative tilbud i konkurransen, men en arbeidsgruppe oppnevnt 5. februar 2009 konkluderte med at de *"tekniske og sikkerhetsmessige utfordringer i begge alternative tilbud er av en slik karakter at arbeidsgruppe EOD ikke kan anbefale en antagelse av noen av tilbudene"*.
- (5) Om tildelingskriteriene stod det i kunngjøringen IV.2):

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00  
Faks: 55 59 75 99

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

### **"TILDELINGSKRITERIER**

*Laveste pris Nei*

*Økonomisk mest fordelaktig tilbud vurdert på grunnlag av:*

*Kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget: Ja"*

- (6) I konkurransegrunnlaget del I punkt 12 stod det:

#### **"12 Krav til tilbudet – tildelingskriterier og dokumentasjonskrav**

*Tildeling av kontrakt skjer på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for staten. Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på følgende tildelingskriterier:*

*[...]*

*Over terskelverdi:*

| <i>Nr.</i>  | <i>Tildelingskriterier:</i> | <i>Vekting:</i> |
|-------------|-----------------------------|-----------------|
| <i>1.</i>   | <b>Pris</b>                 |                 |
| <i>2. "</i> |                             |                 |

- (7) I del III til konkurransegrunnlaget, punkt 4, skulle tilbyderne fylle inn maskintyper, volum og vekt på skuffer, timepriser og lignende for maskiner og andre kjøretøy. Tilbyderne skulle selv angi hvilke maskiner som var aktuelle. Det fremkom av teksten over skjemaet:

#### **"4 MASKINER, TIMEPRISER**

*Listen utfylles ved innsendelse av tilbud og kan benyttes ved evt. Tilleggsarbeider som ikke dekkes av relevante poster i tilbudsgrunnlaget. Byggherren kan i rimelig utstrekning ta hensyn til maskintimeprisene ved valg av tilbud. Det betales for disponerte timer (ekskl. maskinstell og reparasjoner) med avrunding til ½ time."*

- (8) I samme del punkt 6 skulle tilbyderne fylle inn timepriser for ulike på forhånd opplistede kjøretøy og personellkategorier. Fra teksten over skjemaet hitsettes:

#### **"6 REGNINGSARBEIDER**

*Et stipulert omfang av regningsarbeider skal inngå i tilbudssummen. Nedenstående skal fylles ut, om mulig med bakgrunn i enhetspriser gitt i øvrige deler av tilbudsgrunnlaget.*

*Prisene forutsettes å være i samsvar med kapitlene foran.*

*Sum skal overføres til summeringsskjema side 2 i dette kapittel.*

*[...]*

*Skal fylles ut av tilbyder, men kommer ikke til utførelse/fakturering uten nærmere bestilling fra byggherren."*

- (9) Innen tilbudsfristen 16. januar 2009 mottok innklagede syv tilbud, deriblant fra Betonmast Anlegg AS (heretter kalt klager). I innklagedes brev av 6. februar 2009 ble tilbyderne meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med klager.

- (10) Imidlertid klaget en av de andre tilbyderne på tildelingen. Ved klagebehandlingen konkluderte innklagede med at det var forhold ved konkurransen som kunne skape grunnlag for misforståelse blant tilbyderne, og avlyste derfor konkurransen. Forholdene ble forklart på følgende måte i innklagedes brev av 3. april 2009 til klager:

1. *"I konkurransegrunnlaget del I, pkt. 12 er det angitt at kontrakt skal tildeles etter tilbud som er "det økonomisk mest fordelaktige for staten", men det er kun tildelingskriteriet "pris" som er oppgitt. Forskrift om offentlige anskaffelser, FOA §22-2(1) krever at tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest fordelaktige eller kun basert på den laveste prisen. Dette kan synes noe forvirrende. I tillegg kan det stilles spørsmålsteget ved om det grunnleggende kravet om forutberegnelighet, Lov om offentlige anskaffelser (LOA) §5, er oppfylt.*
2. *Det er i konkurransegrunnlagets del I pkt. 6 åpnet for at leverandørene kan fremsette alternative tilbud. Hvorvidt alternative tilbud skal evalueres kun etter "laveste pris" eller om dette må sees i sammenheng med kravet om at tilbyder skal dokumentere at evt. alternativer skal ha en minst like god HMS-profil som byggherrens forslag, kan kanskje virke noe uklart i og med at pris er det eneste tildelingskriteriet.*
3. *I summeringsskjemaet, konkurransegrunnlagets del III B2, er det bedt om maskin-/utstyrtimepriser både i pkt. 4 og pkt. 6. Kun prisene i pkt. 6 går til summasjon, som en del av den totale tilbudssummen. I pkt. 4 er det angitt at byggherren "i rimelig utstrekning kan ta hensyn til maskintimepriser ved valg av tilbud", uten at det kommer klart frem hvorvidt og hvordan dette skal gjøres. Det kan også ha oppstått usikkerhet om hvorvidt prisene i pkt. 4 eller pkt. 6 skal legges til grunn under utførelsen eller hvor "sammenlignbare" prisene i pkt. 6 er for de tilbyderne som ikke hadde til hensikt å bruke noe, eller i alle fall svart lite, av det utstyret/maskiner som var beskrevet i pkt. 6."*

- (11) Ny konkurranse ble kunngjort 19. mars 2009. På bakgrunn av tilbudsprisene i den første konkurransen, ble den andre ansett som anskaffelse under EØS-terskelverdi. De nye tildelingskriteriene fremgikk av punkt 11 i konkurransegrunnlaget del I:

***"11 Krav til tilbudet – tildelingskriterier og dokumentasjonskrav***

*Tildeling av kontrakt skjer på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for staten. Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på følgende tildelingskriterier:*

*Under terskelverdi:*

*Kriteriene er oppgitt i prioritert rekkefølge.*

| Nr. | Tildelingskriterier:                      | Vekting: |
|-----|-------------------------------------------|----------|
| 1.  | Pris                                      | 60%      |
| 2.  | Oppgaveforståelse                         | 20%      |
| 3.  | Tilbudt kompetanse og referanseprosjekter | 20%"     |

- (12) I konkurransegrunnlaget del I punkt 16 var det beskrevet hvordan innklagede ønsket at tilbudet skulle organiseres. Det hitsettes fra underpunkt 3:

***"Dokumentasjon ift. Vurdering av tildelingskriteriene***

- *Del III B1, tilbudsblankett inklusive HMS-erklæring*

- *Del III B2, summeringsskjema*
  - *Del III F, beskrivende mangdefortegnelse med utfylte priser*
  - *Oppgavebeskrivelse og oppgaveforståelse; se del III F2, punkt 5. Det forutsettes at tilbyder gir en kortfattet beskrivelse av hvordan oppgaven skal løses.*
  - *Tilbudt kompetanse med referansjeprojekter; redegjørelse for bemanning på dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersonell i oppdraget, samt firmaets referanser fra oppdrag med tilsvarende problemstillinger og utfordringer"*
- (13) Fra konkurransegrunnlaget del III, spesiell beskrivelse, hitsettes fra punkt 5 om oppgaveforståelse:

*"Det er av avgjørende betydning for en sikker gjennomføring at entreprenøren forstår hvilke arbeidsoppgaver som skal utføres, og hvilke risiko- og faremomenter som ligger i disse. Det er derfor et tildelingskriterium (se del I, punkt 16) at entreprenøren sammen med øvrig tilbudsmateriale leverer en kortfattet beskrivelse av arbeidsoppgavene slik tilbyderen har oppfattet disse med fokus på miljø og sikkerhet. Her må tilbyder fremvise forståelse av oppgavens kompleksitet og utfordringer knyttet til naturrestaurering og håndtering av eksplosiver og forurensede masser."*

- (14) Innen tilbudsfristen 3. april 2009 mottok innklagede seks tilbud, deriblant fra klager og Brødrene Gjermundshaug Anlegg AS (heretter kalt valgte leverandør). Av valgte leverandørs tilbud fremgikk det følgende under overskriften *"Tilbudt kompetanse for dette prosjektet"*:

*"Prosjektleder vil bli [A]. Han vil også ha ansvar for HMS/KS. Anleggsleder / formann vil være [B]."*

*Begge er godt kjent med tiltakene som skal gjøres da de har ansvar for to prosjekter som er under utførelse for Forsvarsbygg Hjerkin PRO hvor de er underlagt EOD personell tilhørende Øvingsfeltet."*

- (15) Det var ikke vedlagt CV for valgte leverandørs tilbudte personellressurser i tilbudet.
- (16) I forbindelse med tilbudsevalueringen utarbeidet innklagede en begrunnet innstilling 15. april 2009. Når det gjelder vurderingen av tilbudene i henhold til tildelingskriteriene *"Oppgaveforståelse"* og *"Tilbudt kompetanse"* hitsettes:

### ***"OPPGAVEFORSTÅELSE***

*Vurderingene er basert på den oppgavebeskrivelsen tilbyderne har lagt ved tilbudet. Denne skal beskrive hvordan tilbyder har tenkt å tilnærme seg/løse utfordringer innenfor 3 klart definerte områder (eksplosiver, naturrestaurering og behandling av forurensede masser).*

*[...]*

*Tilbyder nr 2:*

- *En meget god oppgavebeskrivelse som virker gjennomtenkt. Alle 3 områder omtalt og tilnærming/løsning beskrevet. Dette er bra.*

Tilbyder nr 3:

- *Beskrivelsen virker, i stor grad, å bestå av sitater fra tilbudsbeskrivelsen. Virker mer som "ønsket resultat" enn veien dit. Naturrestaurering bedre beskrevet enn de andre 2 områdene. Ikke noen topp beskrivelse, men grei nok.*

[...]

Tilbyder nr 6 [valgte leverandør]:

- *Bra beskrivelse som viser at de har tenkt nøye gjennom oppgaven. Viser god forståelse for håndtering av forurensede masser, samt respekt for eksplosiver. Kunne vektlagt naturrestaurering noe høyere, men denne er også bra.*

### **TILBUDT KOMPETANSE [...]**

*Da de arbeidene denne konkurransen gjelder er ganske enestående i norsk målestokk, er det vanskelig å kunne vise til noe tilsvarende.*

*Vi har derfor, i tillegg til evt. Erfaring med arbeider i skytefelt/skytebaner, valgt å legge vekt på om tilbyderne kan dokumentere kompetanse og erfaring fra arbeider der det er stilt strenge miljø- og sikkerhetskrav til utførelse og sluttprodukt.*

Tilbyder nr 1:

- *Både tilbudt kompetanse og referanser er meget bra når det gjelder arrondering/naturrestaurering. Når det gjelder eksplosiver og behandling av forurensede masser, ser det ikke like bra ut. Gjennomføringsevnen ser bra ut, men ikke toppkarakter her.*

[...]

Tilbyder nr 6 [valgte leverandør]:

- *Ikke fullt så omfattende og imponerende som de beste, men referanselista viser til flere krevende oppdrag som bl. a. har omfattet arbeid med eksplosiver, naturrestaurering og behandling av forurensede masser. God dokumentasjon, men ikke like bra som et par av de andre.*

### **VURDERING**

*Vi har valgt å bruke følgende metode i den videre vurderingen:*

*Pris: [...]*

*For de 2 andre kriteriene er også 100 poeng høyeste score. På bakgrunn av den vedlagte dokumentasjonen gis hver tilbyder en poengsum ut i fra våre vurderinger.*

*Poengsummen for hvert kriterium multiplisert med tilhørende vektning gis prosentpoeng som samlet vil angi rekkefølgen på tilbyderne.*

| <b>Tilbydere</b>                                      | <b>1</b> | <b>2</b> | <b>3</b> | <b>4</b> | <b>5</b> | <b>6</b> |
|-------------------------------------------------------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|
| <b>Oppgaveforståelse<br/>20% vekt</b>                 |          |          |          |          |          |          |
| Naturrestaurering,<br>resultat ferdig,<br>utseende og | 100      | 90       | 90       | 80       | 100      | 90       |

|                                                                             |                  |                  |                  |                  |                  |               |
|-----------------------------------------------------------------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|---------------|
| <i>revegetering i dialog</i>                                                |                  |                  |                  |                  |                  |               |
| <i>Behandling av forur. masse, sortering, utlegging i deponi, transport</i> | 90               | 100              | 80               | 80               | 100              | 90            |
| <i>Eksploder</i>                                                            | 80               | 100              | 80               | 90               | 100              | 90            |
| <i>Sum poeng beste = 20</i>                                                 | 270<br>/<br>18,0 | 290<br>/<br>19,3 | 250<br>/<br>16,7 | 250<br>/<br>16,7 | 300<br>/<br>20,0 | 270 /<br>18,0 |
| <b>Kompetanse 20% vekt</b>                                                  |                  |                  |                  |                  |                  |               |
| <i>Naturrestauring</i>                                                      | 100              | 100              | 90               | 90               | 90               | 95            |
| <i>Behandling av forur masse</i>                                            | 80               | 100              | 80               | 100              | 100              | 90            |
| <i>Eksploder</i>                                                            | 80               | 80               | 80               | 80               | 100              | 80            |
| <i>Sum poeng beste = 20</i>                                                 | 260<br>/<br>17,9 | 280<br>/<br>19,3 | 250<br>/<br>17,2 | 270<br>/<br>18,6 | 290<br>/<br>20,0 | 265 /<br>18,3 |
| <b>Pris 60 % vekt</b>                                                       | 59,4             | 51,8             | 45,0             | 34,9             | 55,7             | 60,0          |
| <b>Totalsum</b>                                                             | 95,3             | 90,4             | 78,9             | 70,2             | 95,7             | 96,3"         |

(17) Som følge av dette ble tilbyder nr. 6, valgte leverandør, tildelt kontrakten. Tilbyder nr. 5, klager, påklaget tildelingen i brev av 4. mai 2009. Klagen ble i brev av 8. mai 2009 ikke tatt til følge.

(18) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 12. mai 2009.

(19) Etter en del korrespondanse mellom partene, ble saken brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. juli 2009.

#### **Anførsler:**

##### **Klagers anførsler:**

(20) Innklagede har brutt § 22-1 (1) ved å avlyse den første konkurransen uten saklig grunn. Det forelå ikke uklarheter som kunne gi grunnlag for misforståelser, kun omstendigheter innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Det var aldri tvil om at tildelingskriteriet var pris, ettersom det ble lagt til grunn av alle tilbyderne. Det fremkom at alternative tilbud måtte ha samme tekniske, økonomiske og sikkerhetsmessige kvalitet som løsningen beskrevet av innklagede; derfor var det ikke uklart hvordan alternative tilbud ville bli vurdert. Maskintimeprisberegningen inngikk i innklagedes frie skjønn og kan sammenlignes med timepriser som oppgis i de fleste konkurransegrunnlag slik at oppdragsgiver også kan vurdere tilbudene i lys av prisen på eventuelle endrings- eller tilleggsarbeider. Det fremgår også av summeringsskjemaet for maskintimeprisene at

byggherren "*kan*" ta hensyn til dem ved valg av tilbud. Oppdragsgiver gis her et spillerom for innkjøpsfaglig skjønn som er helt vanlig.

- (21) Innklagede har brutt kravene til god forretningsskikk og forutberegnelighet i § 5 i den nye konkurransen ved at tilbudsevalueringen strider både mot regelverket og konkurransegrunnlaget. Det er ikke mulig å lese ut ifra tilbudsprotokollen hva som er vektlagt ved de forskjellige tilbudene. Videre er det bare brukt et poengintervall på 20 av 100, hvilket gir minimale utslag for de ulike tilbudenes kvaliteter. Poenggivningen er også vilkårlig. Tilbudene er vurdert på en måte som ikke gjenspeiler de kvalitetsforskjellene oppdragsgiver selv påpeker i den begrunnede innstillingen ved at poenggivningen ikke er konsekvent i forhold til relevante kvalitetsforskjeller. Det fremstår inkonsekvent når tilbudsbeskrivelser som "*grei nok*", "*meget god*", "*bedre*", "*sitater*" og "*bra*" alle gir 90 poeng. Samtidig gis beskrivelsen "*ikke like bra*" 80 poeng for en tilbyder og 90 for en annen.
- (22) Ved å velge valgte leverandør har innklagede handlet vilkårlig, i strid med konkurransereglene og ikke foretatt en vurdering i tråd med tildelingskriteriene. Loven § 5 er brutt ved at det ikke er vektlagt at klager tilbyr fem maskiner mot valgte leverandørs fire, noe som gir større driftssikkerhet. Videre har klagers personell spisskompetanse på relevante områder, i motsetning til valgte leverandørs personell. I følge konkurransegrunnlaget del III punkt 5 skulle tilbyderne utarbeide en beskrivelse av arbeidsoppgavene med fokus på miljø og sikkerhet. Klager har utarbeidet en detaljert beskrivelse, mens valgte leverandør har fokusert på masseforflytningsjobben uten å vise hvordan miljø og sikkerhet skal ivaretas. Den kvalitetsmessige forskjellen disse forholdene utgjør i tilbudene, er ikke vektlagt av innklagede.
- (23) Regelverket er også brutt ved at valgte leverandør ikke fikk vesentlig trekk på sin poengscore på bakgrunn av at denne ikke hadde levert CV og konkret organisasjonsplan for prosjektet, til tross for at det følger av konkurransegrunnlaget del I punkt 16 at slik dokumentasjon skal medfølge tilbudet.
- (24) Innklagede har også brutt regelverket ved at valgte leverandørs kompetanse er vurdert på bakgrunn av tidligere prosjekter valgte leverandør har utført for innklagede. Dermed ble vurderingen av valgte leverandør under kriteriet "*Tilbudt kompetanse*" foretatt på bakgrunn av annet enn tildelingskriteriene opplistet i konkurransegrunnlaget del I punkt 11. Dette bryter med forutberegneligheten fordi oppdragsgivers kjennskap til tilbyderne gjennom tidligere prosjekter ikke er et tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget. Etterprøvarheten krenkes også, ettersom det ikke er vist til evalueringsrapporter eller lignende fra disse tidligere prosjektene. Endelig strider dette med likebehandlingsprinsippet, fordi tilbydere som ikke tidligere har levert til innklagede, er utelukket fra å få positiv uttelling på dette kriteriet.
- (25) Klager ber nemnda ta stilling til om det foreligger grunnlag for erstatning i begge konkurransene.

#### ***Innklagedes anførsler:***

- (26) Innklagede bestrider at avlysningen av den første konkurransen skjedde uten saklig grunn. Det vises til de grunner angitt i avlysningsbrevet av 3. april 2009 (som her er gjengitt ovenfor i premiss (10)). Disse uklarhetene må sies å kunne ha påvirket

utformingen av de ulike tilbudene. Adgangen til å fremsette alternative tilbud er også uforenlig med tildelingskriteriet laveste pris. Avlysningen var derfor rettmessig.

- (27) Innklagede bestrider videre at tilbudsevalueringen i den nye konkurransen strider mot konkurransegrunnlaget. Tidelingskriteriene pris, oppgaveforståelse og kompetanse, skulle vektas henholdsvis 60, 20 og 20 % jf. konkurransegrunnlaget del I punkt 11, hvilket også ble gjort.
- (28) Innklagede bestrider også at evalueringen strider mot regelverket. Forutberegnelighetskravet i § 5 er ivarettatt ved at tildelingskriteriene med vektning fremgår av konkurransegrunnlaget del I punkt 11. Selve vurderingen fremgår av innstillingen datert 15. april 2009. Det er umulig å begrunne den fullt ut ettersom den er skjønnsmessig. Det innkjøpsfaglige skjønnets kan heller ikke overprøves. Det er opp til innklagede å fastsette modell for poengfordeling. Modellen har blitt anvendt likt ved evaluering av alle tilbud og er således ikke vilkårlig. At klager opplever evalueringsresultatet urimelig, kan ikke vektlegges. Poengrangering mellom 80 og 100 poeng skyldes små forskjeller mellom tilbudene, samtidig er tilbudene differensiert på en måte som gjenspeiler kvalitetsforskjellene. Antall maskiner var ikke gjort til et tildelingskriterium.
- (29) Når det gjelder klagers anførsel om at valgte leverandørs kompetanse er vurdert på bakgrunn av tidligere prosjekter erkjennes det at innklagede ikke har mottatt CV for de tilbudte ressurser i valgte leverandørs tilbud. Innklagede har imidlertid fra tidligere prosjekter hatt meget god kjennskap til de nevnte personer og hva de står for. Innklagedes kjennskap til nevnte personer ble vektlagt på den måten at det ble lempet på kravet om CV for disse. Det bestrides imidlertid at dette utgjør et brudd på regelverket. Innklagede mottok for øvrig CV for "A" i tilbudet som ble levert for den konkurransen som ble avlyst.
- (30) Klagenemnda bør ikke uttale seg om erstatningsspørsmålet, da det egner seg best til pådømmelse ved en domstol. Innklagede bestrider ellers at det er grunnlag for klagers erstatningskrav.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr 41 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr 402 del I og II. Den første konkurransen følger del I og III.

#### *Avlysning av den første konkurransen*

- (32) Klager anfører at det ikke var anledning til å avlyse den første konkurransen. Spørsmålet er om det forelå "saklig grunn" til å avlyse konkurransen, jf. § 22-1 (1).
- (33) Hvorvidt det foreligger saklig grunn, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. I vurderingen må det tas hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den, jf. blant annet klagenemndavgjørelsen i sak 2008/60. Klagenemndas senere praksis viser at feil som følge av innklagedes eget forhold, hvor feilen ikke kan repareres med andre tiltak enn avlysning av konkurransen, anses som saklig grunn, jf. sak 2009/93 premiss (23).

- (34) Det skal mindre til for at det foreligger saklig grunn dersom avlysningen foretas i god tid før tilbudsfristens utløp, enn hvor avlysningen foretas etter at tilbudene er innlevert, jf. blant annet sak 2008/60 premiss (29). I den foreliggende sak avlyste innklagede konkurransen etter å ha valgt tilbyder og meddelt at kontrakt ville bli inngått med denne. Det er et seint stadium i anskaffelsesprosessen og høyner terskelen for hva som anses som saklig grunn.
- (35) I innklagedes brev av 3. april 2009 begrunnes avlysningen med uklarheter som kan ha gitt tilbyderne grunnlag for misforståelser. Reell risiko for regelbrudd ved å unnlate å avlyse konkurransen, kan etter omstendighetene gi saklig avlysningsgrunn, jf. eksempelvis sak 2009/135 premiss (16).
- (36) Et av forholdene som innklagede begrunnet avlysningen av konkurransen med var at tildelingskriteriene i den første konkurransen var uklare. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det eneste oppgitte underkriteriet var imidlertid pris. Når det ikke er oppgitt utfyllende tildelingskriterier, plikter oppdragsgiver å velge det tilbudet som har lavest pris, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/11, 2003/21, 2003/190 og 2003/270.
- (37) Selv om tildelingskriteriene var uheldig angitt, er det likevel klart at konkurransen skulle avgjøres ut ifra hvilket tilbud som hadde den laveste prisen. Uklarhet med henhold til innholdet i tildelingskriteriet kunne altså ikke gi grunnlag for avlysning av konkurransen.
- (38) Innklagede begrunnet også avlysningen med uklarhet når det gjaldt vurderingen av alternative tilbud. Selv om dette ikke ble fremhevet ved innklagedes brev av 3. april 2009, er det som innklagede har anført ikke anledning til å åpne for alternative tilbud i en konkurranse som avgjøres utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen, jf. forskriften § 20-4 første setning. Innklagedes åpning for inngivelse av alternative tilbud var således i strid med § 20-4. Innklagede mottok i foreliggende sak to alternative tilbud. I sak 2008/128 kom nemnda til at innklagedes åpning for inngivelse av alternative tilbud når tildelingskriteriet var laveste pris, var en feil som medførte at innklagede burde ha avlyst konkurransen. Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende i foreliggende sak.
- (39) Etter klagenemndas vurdering var konkurransen på denne bakgrunn beheftet med slike feil at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse den første konkurransen. Klager får derfor ikke medhold i sin anførsel.

#### *Tilbudsevalueringen*

- (40) Klager har anført at en rekke forhold ved innklagedes evaluering i den andre konkurransen er i strid med anskaffelsesregelverket. Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn kan klagenemnda bare overprøve dersom oppdragsgiver har brutt regelverket ved å legge feil faktum til grunn, eller ved å utøve et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn. Klagenemnda kan også prøve om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (41) Klager anfører at når all poenggivning bare foregår innen øvre 20 % av poengskalaen, er poenggivningen regelstridig. Klagenemnda bemerker at det er i tråd med regelverket at bare den øverste del av en poengskala brukes, dersom dette skyldes liten differanse

mellom tilbudene, jf. sak 2008/67 premiss (47), hvilket også innklagede har anført er tilfellet. Det forhold at kun den øverste delen av poengskalaen er benyttet er altså ikke tilstrekkelig for å underkjenne innklagedes innkjøpsfaglige evaluering.

- (42) Klager har imidlertid også anført at klager ikke er blitt riktig honorert for bedre kvalitet i sin tilbudte ytelse sammenlignet med valgte leverandørs tilbudte ytelse, ettersom klager tilbyr fem maskiner mot valgte leverandørs fire. Klager har videre anført at klager i motsetning til valgte leverandør har spisskompetanse på relevante områder, og at klager i motsetning til valgte leverandør også har utarbeidet en miljøbeskrivelse for oppdraget.
- (43) Klagenemnda bemerker at antallet tilbudte maskiner ikke var et eget tildelingskriterium. At innklagede ikke har vektlagt forskjellen i antall tilbudte maskiner utgjør således ikke et brudd på regelverket. Klagers øvrige innsigelser er bestridt av innklagede, som har vist til tildelingsevalueringen i innstillingen av 15. april 2009. For tildelingskriteriet "*Oppgaveforståelse*" er klager tildelt 20 av 20 poeng, mens valgte leverandør er tildelt 18 poeng. Klager er også tildelt 20 av 20 poeng mot valgte leverandørs 18,3 for tildelingskriteriet "*Tilbudt kompetanse*". Slik klagenemnda oppfatter innklagedes poenggivning, har innklagede honorert de forhold som klager anfører utgjør kvalitativt bedre aspekter ved klagers tilbud. Den konkrete uttellingen kan klagenemnda kun i begrenset grad prøve, og klagenemnda kan ikke se at klager for øvrig har fremført forhold som gir grunnlag for å underkjenne innklagedes innkjøpsfaglige evaluering. Anførselen fører derfor ikke frem.
- (44) Klager har videre anført at tilbudene er vurdert på en måte som ikke gjenspeiler kvalitetsforskjellene mellom tilbudene, ettersom poengtildelingen ikke er konsekvent i forhold til kvalitetsforskjeller som innklagede selv påpeker. Et utdrag av innklagedes evaluering er inntatt i premiss (16) ovenfor. Klagenemnda bemerker at de uttrykk og adjektiver innklagede har brukt for å beskrive tilbudene, og som klager har fremhevet, ikke kan leses isolert fra den øvrige beskrivelsen. Innklagede har for øvrig også vist til at ettersom evalueringen er skjønnsmessig, er det er umulig å begrunne evalueringen fullt ut. Innklagedes beskrivelse av tilbudene kan altså ikke leses isolert. Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for klagers anførsel om at tilbudene er vurdert på en måte som ikke gjenspeiler kvalitetsforskjellene mellom tilbudene. Klager gis ikke medhold i sin anførsel.

#### *Vektlegging av tidligere erfaring med valgte leverandør*

- (45) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling, og etterprøvbarhet ved å vektlegge innklagedes tidligere erfaringer med valgte leverandør ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Tilbudt kompetanse*". Innklagede har erkjent at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt CV for de tilbudte personalressurser. Innklagede har imidlertid fremholdt at innklagede fra tidligere prosjekter har hatt meget god kjennskap til de nevnte personer og hva de står for, og at innklagedes kjennskap til nevnte personer ble vektlagt på den måten at det ble lempet på kravet om CV for disse. Uansett var CV levert i den første konkurransen.
- (46) Det følger av blant annet sak 2009/107 premiss (20) at når en oppdragsgiver legger vekt på egne erfaringer med en leverandør, må erfaringene som vektlegges være objektivt konstaterbare og ikke bare representere subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side.

- (47) Konkurranses grunnlaget del I punkt 16 forutsatte at det skulle innleveres "*CV for nøkkelpersonell i oppdraget*". Leverandørenes tilbudte kompetanse må da forutsettes å bli vurdert på bakgrunn av innlevert CV. Innklagede har imidlertid vektlagt egne erfaringer med valgte leverandør ved evalueringen av den tilbudte kompetansen. En slik vurdering kunne ikke innklagede gjort for leverandører innklagede ikke hadde kjennskap til på forhånd, og innklagede har heller ikke fremlagt dokumentasjon som tyder på at erfaringene var annet enn subjektive vurderinger. Dette utgjør et brudd på kravene til forutberegnelighet, likebehandling, og etterprøvbarehet i § 5.
- (48) Til innklagedes anførsel om at CV var fremlagt i den første konkurransen, bemerker klagenemnda at den første konkurransen var rettmessig avlyst og at det bryter med kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarehet å vektlegge informasjon som ikke følger av et tilbud i en konkurranse, jf sak 2005/50 premiss (33) flg. Innklagede måtte da basere seg på det som ble fremlagt i den andre konkurransen og disse kravene ville bli brutt dersom CV fremlagt i den første konkurransen ble vurdert.

#### *Erstatning*

- (49) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 (2).

#### **Konklusjon:**

Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å evaluere valgte leverandørs kompetanse på bakgrunn av egne erfaringer.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda.

19. april 2010

Andreas Wahl