



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av klimaskjerm og diverse ombygningsarbeider til Voksen skole. Klagenemnda fant at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium knyttet til "Tilbudt personell sin erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag", og at innklagede derfor skulle ha avlyst konkurransen. Basert på dette fant klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 12. oktober i sak 2009/49

Klager: Asker Entreprenør AS

Innklaget: Oslo kommune v/Undervisningsbygg

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Undervisningsbygg Oslo KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 18. september 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av klimaskjerm og diverse ombygningsarbeider til Voksen skole.

- (2) Anskaffelsen var beskrevet på følgende måte i kunngjøringen punkt II.1.5:

"Hoveddelen i prosjektet er klimaskjerm. Det omhandler rehabilitering av tak, fasader (herunder vinduer, dører, solavskjerming, belysningsanlegg), drenering, akutte risikoelementer og følgeskader av ovennevnte (herunder sopp-, råteskader og sprekkdannelse) på skolebyggene Sentralbygg, Storskolen, Småskolen, Nybygg og Vaktmesterboligen.

Videre omhandler dette prosjektet ombygning av garderober, oppussing av toaletter og restaurering av Jarbakkstua som er en verneverdig bygning fra 1771."

- (3) Oppdraget var også beskrevet i konkurransegrunnlagets bok 0 – "orientering om oppdraget". På side 3 fremgår det følgende opplysninger om restaureringsarbeidet av Jarbakkstua:

"Jarbakkstua er fra 1771 og står på Byantikvarens liste. Rehabilitering/oppussing av denne skal gjøres etter Byantikvarens bestemmelser. Takstein tas av og sorteres og undertak tekkes med asfaltshingel. Nytt tak bygges opp og gammel takstein legges opp igjen fra en side så langt den rekker. Taket kompletteres med takstein som er mest mulig lik den opprinnelige. Nytt panel og råttent panel skiftes ut med tilsvarende som gammel panel. Laftetømmer som er råttent slisses ut og skiftes. Alle arbeider skal utføres med

forsiktighet og mest mulig av det gamle skal beholdes så langt det er mulig. Eventuelle uklarheter tas opp."

- (4) I kunngjøringens punkt III.2.3) var det satt opp følgende dokumentasjonskrav og krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

(1) Oversikt over foretakets totale bemanning

(2) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, bygge- og anleggskontrakter)

(3) Foretakets viktigste leveranser de siste 3 år, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker (gjelder vare- og tjenestekontrakter)

(4) redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy

(5) redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem

(6) Kopi av systemsertifikat utstedt av akkreditert sertifiseringsorgan eller tilsvarende dokumentasjon (gjelder tjeneste- og bygg- og anleggskontrakter.)

Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

Tilstrekkelig kapasitet

Kompetanse og erfaring fra tilsvarende oppdrag

Sentral godkjenning/kvalifisert for lokal godkjenning

Godt og velfungerende kvalitetssikringssystem

HMS"

- (5) I konkurransegrunnlagets bilag 1 punkt 12.3 var det fastsatt følgende kvalifikasjonskrav til tilbydernes tekniske og faglig kompetanse:

"Kompetanse og erfaring fra tilsvarende oppdrag: Dvs. utførelse og totalansvar for liknende klimaskjermprosjekter som omfatter rehabilitering/ utskifting av tak og fasader (herunder alt som er satt fast i eller henger i/på fasaden, herunder vinduer, dører, solavskjerming, lykter o.l), samt drenering. I tillegg erfaring fra tilsvarende innvendige ombyggingsarbeider."

- (6) Dette skulle dokumenteres med:

"En oversikt over tilsvarende arbeider/prosjekter som er utført i løpet av de siste 3 år, sammen med eventuelle attester over tilfredsstillende utførelse av de viktigste arbeidene. Oversikten skal angi arbeidenes verdi samt tid og sted for arbeidsutførelsen, og oppgi hvorvidt arbeidene er blitt fagmessig utført og behørig fullført. Referanseperson skal oppgis (for eksempel PL, BL, ARK eller RIB). Undervisningsbygg gis fullmakt til å kontakte vedkommende."

- (7) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 15, "Tildeling (kriterier for valg av tilbud):

	Kriterier	Dokumentasjonskrav
60 %	Pris <i>Her vektlegges blant annet:</i>	

	<i>Pris for beskrevet løsning (fast totalpris)</i> <i>Enhetspriser</i> <i>Timepriser og påslagsfaktorer</i> <i>Opsjonspriser</i>	<i>Tilbudsbrev og komplett utfyllt tilbudsskjema</i>
40 %	<i>Prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse</i> <i>Her vektlegges blant annet:</i>	
1	<i>Tilbudt personell sin erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag.</i>	<i>CV for alle medarbeidere i prosjektorganisasjonen og for underentreprenører som skal jobbe på prosjektet (nøkkelpersoner), herunder prosjektleder, formann og anleggsledere. Dette gjelder også for underentreprenører.</i> <i>Prosjektattester og kontaktinformasjon til referansepersoner (PL, BL, ARK eller RIB) Undervisningsbygg gis fullmakt til å kontakte vedkommende.</i>
2	<i>Plan for gjennomføring av oppdraget</i>	<i>Tilbyders beskrivelse og overordnet gjennomføringsplan for hele oppdraget</i> <i>Beskrivelse av hvordan byggeplassen er tenkt bemannet i ulike perioder av prosjektet</i> <i>Beskrivelse av maskiner og utstyr som skal benyttes ved gjennomføringen av oppdraget.</i>
3	<i>Tilbyders forståelse av HMS og skole i drift på dette prosjektet</i>	<i>Tilbyders beskrivelse og plan spesifisert for dette prosjektet."</i>

”

- (8) I konkurransegrunnlagets punkt 18 var det opplyst hvordan dokumentasjonen skulle fremlegges. Her fremgikk det at det skulle leveres dokumentasjon både for kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Det hitsettes følgende fra dette punktet i konkurransegrunnlaget:

”18. Hva skal leveres

Dokumentasjon skal vedlegges på følgende måte:

Skilleark 0

Signert tilbudsbrev

[...]

Skilleark 5

Dokumentasjon på tekniske kvalifikasjoner (iht. tabellen i punkt 12.3)

[...]

Skilleark 9

Dokumentasjon i henhold til tildelingskriterier i tabellen under punkt 15.

Skilleark 10

Navn på de firmaer eller leverandører (underleverandører) som er benyttet i tilbudet og hvilke arbeider disse skal utføre. Det skal også oppgis hvor stor del av kontrakten som forutsettes overdratt til underleverandør.”

- (9) Innen tilbudsfristens utløp den 27. oktober 2008 mottok innklagede fem tilbud, deriblant fra Asker Entreprenør AS (heretter kalt klager) og Haga & Berg AS.
- (10) Det ble avholdt avklaringsmøte mellom klager og innklagede 6. november 2008. Bakgrunnen for møtet var blant annet å gå gjennom HMS. Klagers regnskap ble også overlevert på møtet. Det ble utarbeidet referat fra møtet, og følgende hitsettes fra referatet:

”Bakgrunn for møtet

Ellingjord opplyste innledningsvis at Asker Entreprenør AS, som en av flere entreprenører, var innkalt til avklaringsmøte for å gå gjennom bl.a.

Bemanning.

Referanseprosjekter.

Fremdrift.

HMS, spesielt med fokus på skole i drift.

Diverse.

[...]

HMS

BE/ Johansen, Skjennurn opplyste at de la stor fokus på HMS-arbeider, og at firmaet samt de personene som skulle ivareta den administrative delen på byggeplassen hadde god erfaring med skole i drift. På spørsmål fra PL/ Ellingjord om hvem som ville være KU, opplyste BE/ Johansen at han ville ivareta det. Han opplyste i en forbindelse at han

også ville foreta stikkprøver på byggeplassen for å påse at HMS-arbeidene ble ivaretatt på en betryggende måte.

BE/ Johansen opplyste at Statsbygg hadde HMS-opplegget til Asker Entreprenør AS til revisjon når det gjaldt Akershus Festning, men at resultatet ikke forelå ennå.

[...]

Regnskap

BE overleverte ovennevnte til PL på møtet”

- (11) Klager oversendte CV for alternativ prosjektleder etter møtet.
- (12) I tildelingsbrev av 5. desember 2008 ble kontrakt tildelt Haga & Berg AS (heretter kalt valgte leverandør). Det hitsettes fra tildelingsbrevet:

”Følgende tildelingskriterier var oppgitt i tilbudsgrunnlaget: Pris (vektet 60 %) og prosjektgjennomføring/oppgaveforståelse (vektet 40 %). For de ulike tildelingskriteriene er det gitt poeng fra 1-6, hvor 6 er best.

Valgte tilbyder hadde tredje laveste tilbudssum på kr 10 402 075, høyeste påslagsprosenter og laveste timepriser. Haga & Berg ble sammenlagt rangert som nummer 3 på pris. Hva gjelder prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse ble Haga & Berg rangert som nummer 1. Her ble det vektlagt at tilbudt personell har dokumentert god erfaring og kompetanse både innen lafting og restaurering. Videre har de synliggjort en hensiktsmessig plan for gjennomføring og viser god forståelse for skole i drift. Sistnevnte er dokumentert med at de blant annet har erfaring fra prosjekter med skole i drift og har utpekt egen HMS ansvarlig for dette prosjektet.

På denne bakgrunn vurderes Haga & Bergs tilbud som det økonomisk mest fordelaktige.”

- (13) I anskaffelsesprotokollens vedlegg 1 Tilbudsevaluering angir innklagede innholdet av poengskalaen:

”D.1 Vekting

Vektingen gjøres i henhold til en poengskala fra 1 — 6 der:

- 1 -2 poeng: Ikke relevant, ikke besvart, eller utmerker seg i negativ retning*
- 3-4 poeng: Krav i tilbudet overholdt, men tilbudt produkt utmerker seg ikke spesielt i noen retning.*
- 5-6 poeng: Tilbudet utmerker seg i positiv retning*

Pris (60 %)

Avvik i pris fra høyeste tilbyder¹ beregnes som en prosentandel. 15 % tilsvarer 1 poeng avvik.

Prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse (40 %)

Poeng i forhold til prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse er gjort i henhold til skjønn”

¹ Skrivefeil ifølge innklagedes tilsvaer. Det skulle stått: avvik i pris fra laveste tilbyder beregnes som en prosentandel. 15 % tilsvarer 1 poeng avvik”

- (14) Innklagedes utarbeidet et sammendrag fra tilbudsevalueringen i anskaffelsesprotokollen punkt D.4. Sammendraget for klagers tilbud hitsettes:

"Tilbyder 3 — Asker Entreprenør AS

Asker Entreprenør AS scorer veldig bra på pris og får tilsvarende god uttelling på dette tildelingskriteriet, 6 poeng av 6 mulige.

Deres besvarelse på den kvalitative delen er vurdert å være middels bra:

1. Tilbudt personells dokumenterte erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag

o Har kun levert CV for anleggsleder. Anleggslederen og Asker entreprenør har erfaring fra skoleprosjekter.

2. Plan for gjennomføring av oppdraget

o Forutsetter at de utvendige arbeidene starter opp medio april og ikke i januar 2009. Har ikke valgt underentreprenører på dette tidspunkt.

3. Tilbyders forståelse av HMS og skole i drift på dette prosjektet

o Innholdsfortegnelse i HMS-systemet ligger vedlagt. Sier ingenting om HMS og skole i drift på dette prosjektet.

Under dette tildelingskriteriet scorer tilbyder middels bra og får 2,9 poeng av 6 mulige.

Totalt får Asker Entreprenør AS 4,8 poeng etter vektning (60 % pris, 40 % prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse). Se for øvrig tabell nedenfor i dette avsnittet."

- (15) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 13. desember 2008. Klagen ble besvart av innklagede i brev av 22. desember 2008, hvor klagen ikke ble tatt til følge. Det hitsettes fra brevet:

"Vurderingstema er hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktig basert på konkurransegrunnlagets tildelingskriterier.

Evalueringen foretas på bakgrunn av den dokumentasjon som forelå ved tilbudsfristens utløp. Dokumentasjon som leveres etter dette tidspunkt kan ikke vektlegges, da dette vil være i strid med det generelle forhandlingsforbudet som gjelder i anbudskonkurranser.

[...]

Følgende tildelingskriterier var oppgitt i tilbudsgrunnlaget: Pris (vektet 60 %) og prosjektgjennomføring/oppgaveforståelse (vektet 40 %). For de ulike tildelingskriteriene er det gitt poeng fra 1 – 6 hvor 6 er best. Fordelingsnøkkel er avvik på 15 % fra beste pris tilsvarer et poeng.

Asker hadde laveste tilbudssum og fikk 6 poeng under kriteriet pris. Haga & Berg fikk her 5,4 poeng. Valgte leverandørs tilbudssum ble oppgitt i vårt brev av 05.12.2008.

Hva gjelder prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse har dere dokumentert at tilbudt personell har tilfredsstillende erfaring fra rehabiliteringsarbeider. Asker entreprenør og Haga Bergs erfaring fra tilsvarende oppdrag ligger omtrent på samme nivå. Haga & Berg gis imidlertid noe bedre score da de i tillegg tilbyr en formann som er lafter og har erfaring fra restaurering noe som er spesielt relevant for dette prosjektet når det gjelder Jarbakkstua. Beløpsmessig er arbeidene med Jarbakkstua av mindre omfang, men desto viktigere for prosjektet som helhet.

Tilbudte formanns kompetanse og erfaring fra rehabilitering vil dessuten komme resten av prosjektet til gode.

Videre er deres gjennomføringsplan vurdert til å være tilfredsstillende men utmerket seg ikke spesielt. Dere har f. eks ikke opplyst hvilke underentreprenører som tenkes brukt ved gjennomføring av oppdraget. Haga & Berg har oppgitt underentreprenører og ble vurdert som noe bedre enn dere på dette punkt.

Hva gjelder HMS og skole i drift er dette noe generelt angitt i deres tilbud og vi finner lite eller ingenting spesifikt hva gjelder prosjektet på Voksen. Til sammenligning har Haga & Berg i sitt tilbud vist at de har et bevisst forhold til HMS idet de har gitt en grundig beskrivelse av hvordan byggeplassen skal organiseres og drives i forhold til HMS og skole i drift.

Totalt sett fikk derfor Asker entreprenør AS 2,9 poeng under kriteriet prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse, mot Haga & Berg som fikk 6 poeng. Vektet score for pris er dermed 3,24 for Haga Berg mot Askers 3,60. Under prosjektgjennomføring/oppgaveforståelse får Haga Berg en vektet score på 2,40 mot Alliero² som får 1,16. Totalt får Haga Berg 5,64 poeng mot Askers med 4,76 poeng.

På denne bakgrunn vurderes Haga & Bergs tilbud som det økonomisk mest fordelaktige og vi kan ikke se at det er kommet innvendinger som gjør at vi må endre våre opprinnelige vurderinger."

- (16) Klager sendte et nytt brev til innklagede 7. januar 2009, og i brev av 14. januar ba klager om innsyn i sakens dokumenter, herunder anskaffelsesprotokollen. Dette brevet ble besvart av innklagede i brev av 22. januar 2009 hvor anskaffelsesprotokollen med vedlegg 1, 3 og 9 ble fremlagt.
- (17) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 16. januar 2009.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 5. mars 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Det faktiske grunnlaget for tildelingsevalueringen

- (19) Klager anfører at tildelingen av kontrakt er tatt på feil faktisk grunnlag da innklagede ikke har vektlagt den informasjon og dokumentasjon som ble overlevert innklagede i, og i forbindelse med, avklaringsmøtet.

Pris

- (20) Klager anfører at tildelingsevalueringen av priskriteriet er gjennomført i strid med regelverket da poengsettingen ikke sikrer at de relevante forskjellene mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene som de enkelte tilbudene er gitt.
- (21) Det vises til at det foreligger en vesentlig prisforskjell mellom valgte leverandør og klagers tilbud på nærmere en million kroner, mens det ved poenggivningen kun skiller 0,36 poeng. En kontraktssum som hadde vært 50 % høyere enn det laveste tilbudet ville blitt gitt en poengmessig reduksjon på kun 3,33 poeng, slik at dette tilbudet likevel ville fått 2,67 poeng på pris. Det strider mot kravet til forutberegnelighet at 15 % prisforskjell bare gir ett poeng fradrag

² Klagenemnda antar at det riktige her er Asker Entreprenør

- (22) Det anføres videre at det strider mot kravet til forutberegnelighet at innklagede ikke har benyttet hele poengskalaen mellom 1 og 6 til å skille anbyderne som forutsatt i konkurransegrunnlaget.
- (23) Klager anfører at den foretatte vektingen av priskriteriet medfører at priskriteriet ikke er vektet 60 %, som oppgitt i konkurransegrunnlaget. Poengskalaen benyttes i betydelig større grad hva gjelder tildelingskriteriet *"Prosjektgjennomføring og Oppgaveforståelse"*, og dette tilsier at tildelingskriteriet *"pris"* er tillagt mindre vekt enn det som er forutsatt i konkurransegrunnlaget.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium

- (24) Klager anfører at erfaring ikke er et lovlig tildelingskriterium, jf. forskriftens § 11-1 og 13-2. Det vises til at erfaring kan godtas som tildelingskriterium dersom det er *"egnet til å si noe om tilbudets økonomiske fordelaktighet for oppdragsgiver"*. Dette kan gjelde *"kompetansetunge tjenesteoppdrag der kvaliteten på tjenesten uunngåelig vil bero på tjenesteyteren og hans medarbeideres evne til å levere mer kvalitet ut over kontraktens krav"*, jf. klagenemnda sak 2008/120 premiss (46). Denne konkurransen kan ikke sies å være omfattet av en slik karakteristik, da vurderingsmomentet *"erfaring fra tilsvarende oppdrag"* ikke sier noe om kvalitet utover de krav som kontrakten allerede stiller.
- (25) Det anføres også at tildelingskriteriet er ulovlig da det ikke kommer klart nok frem av konkurransegrunnlaget at det skal foretas to ulike vurderinger knyttet til kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene. Av dokumentasjonskravet til kvalifikasjonskravet *"tekniske og faglige kvalifikasjoner"* fremgår det at *"referanseperson skal oppgis (for eksempel PL, BL, ARK eller RIB)"*, mens det for tildelingskriteriet fremgår at det som skal dokumenteres er: *"Prosjektattester og kontaktinformasjon til referansepersoner (PL, BL, ARK eller RIB)"*.

Evalueringskriteriet "prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse"

- (26) Subsidiært anføres, forutsatt at erfaring kan benyttes som tildelingskriterium, at innklagedes evaluering av kriteriet er gjennomført i strid med anskaffelsesregelverket. Det vises til at innklagede har vektet kriteriet feil da det kun foreligger marginale forskjeller mellom klagers og valgte leverandørs tilbud med hensyn til tilbudt personells erfaring. Det vises her til anskaffelsesprotokollens punkt D.4 hvor det går frem at klager scorer middels bra og får 2,9 poeng av 6 mulige. Middels bra score samsvarer ikke med innklagedes beskrivelse av 1-2 poeng på poengskalaen. Klager skulle minst hatt 3-4 poeng. Forskjellen mellom klager og valgte leverandør skulle vært mindre under dette tildelingskriteriet.
- (27) Det vises til at innklagede i evalueringen av underkriteriet *"tilbudt personell sin erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag"* sier at valgte leverandørs erfaring fra tilsvarende oppdrag er *"...omtrent på samme nivå"*, samt at valgte leverandør er gitt *"... noe bedre score da de i tillegg tilbyr en formann som er lafter og har erfaring fra restaurering ..."*. Det er ikke angitt hvor mye dette utgjør i poeng. Laftererfaring er fra klagers side dokumentert gjennom prosjektet for Statsbygg på Akershus festning med en kontraktspris på kr 40 000 000, der to bygg ble restaurert i nært samarbeid med Riksantikvaren. Prosjektet er beskrevet i møteprotokollens punkt A01.02. Videre utgjør lafterarbeidene kun en minimal del av kontrakten. Kontraktsprisen på laftingen utgjør etter klagers oppfatning kun ca. kr 10 000 av en total kostnad på ca. kr 12 000 000, med andre ord mindre enn 0,1 % av kontraktsprisen.
- (28) Klager viser til at evalueringen av underkriteriet *"Plan for gjennomføring av oppdraget"*, ikke gjenspeiler at det er opplyst av innklagede at klagers tilbud er vurdert

til å være tilfredsstillende, samt at innklagede i tilsvaret for klagenemnda har opplyst at det *"ikke er store forskjeller på vinner og klager på dette punkt"*.

- (29) Når det gjelder evalueringen av underleverandører, har innklagede i evalueringen opplyst at klagers tilbud ikke inneholdt noen opplysning om hvilke underentreprenører selskapet hadde tenkt å bruke. Klager viser til at forholdet til underentreprenører ikke ble nevnt på avklaringsmøtet, og at dette skulle vært tatt opp der dersom det var behov for avklaringer.
- (30) Klager viser til at underkriteriet *"HMS/skole i drift"* ble gjennomgått i avklaringsmøte, og flere av klagers tidligere prosjekter ble gjennomgått. Klager kan ikke se at innklagedes anførsel om at klagers tilbud er lite spesifikt, samt at klager ikke har besvart dette punktet i sitt tilbud kan tilsi en poengreduksjon på hele 51,66 % for tildelingskriteriet prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse.
- (31) Klager viser til prosjektet Sollerudstranda skole som et eksempel på en evaluering foretatt i et sammenlignbart prosjekt hvor kriteriene var nærmest identiske. Ved evalueringen i denne konkurransen fikk klager 5,5 poeng på tildelingskriteriet kvalitet, mens klageren i denne konkurransen fikk 2,9 poeng. Klager viser til Sollerudstranda skole for å illustrere at innklagedes evaluering i herværende sak ikke har vært forsvarlig og saklig.

Nærmere om karaktersetting i evalueringen

- (32) Klager anfører at innklagede ikke har kunnet påvise hvordan og hvorfor innklagede kom frem til karakterene som er gitt. Når det gjelder innklagedes anførsel om at klager måtte ha fått 5.1 poeng under tildelingskriteriet *"prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse"* for å få samme totalsum og plassering som vinneren, anføres det at innklagde utelater å foreta en total vurdering av begge tildelingskriteriene.

Erstatning

- (33) Klager ber klagenemnda uttale seg om det foreligger grunnlag for erstatning for den positive, eller subsidiært den negative, kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Det faktiske grunnlaget for tilbudsevalueringen

- (34) Innklagede anfører at leverandørene i en anbudskonkurranse er ansvarlig for å levere inn all etterspurt dokumentasjon. Innklagede mener det er åpenbart at muntlig orientering og udokumentert informasjon gitt i avklaringsmøte ikke kan gi grunnlag for å oppnå en bedre score enn det tilbyder ville fått basert på den dokumentasjon som forelå ved tilbudsfristen. Det er kun anledning til å gjøre oppmerksom på forhold oppdragsgiver har oversett eller utdype allerede foreliggende informasjon, slik at forutsetningen gitt i tilbudet opprettholdes. Oppdragsgiver kan ikke gi uttrykk for at det er forbedringspotensial i tilbyders oppgaveforståelse og/eller gi en tilbyder mulighet til å forbedre seg.
- (35) Det foreligger således intet belegg for å hevde at oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, evalueringen er basert på den informasjon som forelå ved tilbudsfristen.

Pris

- (36) Innklagede bestrider at klager kan høres med at det er gitt mangelfulle opplysninger om evalueringsmodellen for pris. Det kan opplyses at denne modellen først ble fastsatt etter at tilbudsfristen hadde gått ut. Innklagede har i henhold til regelverket opplyst om tildelingskriteriene og hvordan disse skal vektes.

- (37) Forskjellen mellom klagers pris og valgte leverandørs pris utgjør 8,2 %. Innklagede kan ikke se at en forskjell i karakterpoeng på 10 % er usaklig eller uforsvarlig. Innklagede anfører videre at evalueringen av tildelingskriteriene og beslutning om tildeling foretas med utgangspunkt i tilbudene i den aktuelle konkurransen. Å legge til grunn leverandørers poengoppnåelse i en annen konkurranse ville etter innklagedes mening utgjøre et brudd på prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium

- (38) Innklagede anfører at erfaring knyttet til tilbudt personell vil være tillatt å vektlegge forutsatt at dette er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og at det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at det skal foretas to ulike vurderinger hva gjelder kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Det anføres at dette skillet kommer tydelig frem i denne konkurransen. Det vises til at kvalifikasjonskravet fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 12.3, med tilhørende dokumentasjonskrav. Tildelingskriteriet oppgaveforståelse og prosjektgjennomføring fremkommer i konkurransegrunnlagets punkt 15 med tilhørende dokumentasjonskrav. Det er videre i punkt 18 oppgitt hvordan dokumentasjonen skal fremlegges. Det fremgår her at det skal leveres dokumentasjon både for tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav, og det bør være klart for klager at det skal gjøres én vurdering for leverandørens kvalifikasjoner og én vurdering for tilbudenes utførende personell (tildelingsevalueringen). Konkurransegrunnlaget gir informasjon om at kvalifikasjonskravet gjelder for leverandøren og at tildelingskriteriet gjelder for det utførende personell. Innklagede mener derfor at tildelingskriteriet er lovlig og riktig anvendt.
- (39) Innklagede anfører at ytelsen som skal leveres har et klart innslag av innsatsforpliktelse, og underkriteriet tilbudt personells erfaring vil være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Evaluering av tildelingskriteriet ”prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse”

- (40) Når det gjelder klagers subsidiære anførsel om at det var marginale forskjeller mellom valgte leverandør og klager når det gjelder erfaring fra rehabilitering og lafteerfaring, påpeker innklagede at utslaget mellom vinner og klager er totalt for hele tildelingskriteriet. Tildelingskriteriet er vurdert i forhold til tre underkriterier der det gjennomgående er forskjeller mellom klagers tilbud og valgte leverandørs tilbud. Når det gjelder erfaring, ligger tilbudene omtrent samme nivå, bortsett fra at valgte leverandør har fått bedre uttelling på lafteerfaring. Videre har klager fått en del trekk i poengsummen på underkriterium tre fordi tilbudet ikke dokumenterer hvordan HMS og skole i drift i utførelsesfasen, vil bli ivaretatt. Til slutt er det forskjeller i plan for gjennomføring mellom valgte leverandør og klager, noe som også har medført trekk i klagers poengsum. Det vises også til brev med ytterligere begrunnelse og anskaffelsesprotokollen side 11. Alle forskjellene er relevante for innklagede, og har til sammen gitt klager lavere score enn valgte leverandør.
- (41) Det er ikke noe krav om å oppgi poengscore for underkriterier, men et krav om å oppgi det valgte tilbuds egenskaper og relative fordeler. Dette mener innklagede er oppfylt i denne konkurransen.
- (42) Innklagede har i sin tilbudsevaluering av underkriteriet *”tilbudt personell sin erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag”* lagt vekt på at CV'en til formannen til Haga & Berg viser at han er utdannet lafter og har gjennomført flere kurs i restaurering, og at dette er viktig for prosjektet på grunn av laftearbeidene som skal gjennomføres på

Jarbakkstua. Klager har ikke tilbudt tilsvarende kompetanse, noe som medfører at det er en forskjell på klagers og valgte leverandørs poengsum for dette underkriteriet.

- (43) Innklagede bemerker for øvrig at valgte leverandør har levert CV for hele sin prosjektorganisasjon, det vil si for utførende personell. Klager har kun levert CV for anleggsleder. Dette gir ikke noe dårligere eller bedre score i seg selv, men sier noe om grunnlaget innklagede har hatt for å vurdere tilbudene.
- (44) Det er ikke store forskjeller på valgte leverandør og klager når det gjelder underkriteriet "*Plan for gjennomføring av oppdraget*". For øvrig vises det til brev om ytterligere begrunnelse, samt til innklagedes uttalelse om poenggivningen av underkriteriene. Innklagede anfører at det ville vært brudd på forhandlingsforbudet å diskutere forbedringspotensial i klagers tilbud målt opp mot valgte leverandørs tilbud.
- (45) Etter innklagedes oppfatning inneholdt ikke klagers tilbud noen besvarelse av underkriteriet "*HMS/Skole i drift*". Dette er således årsaken til at klager fikk dårlig score her.
- (46) Konkurransen vedrørende "*Sollerudstranda skole*" har etter innklagedes mening marginal relevans for herværende sak. Oppdragsgivers evaluering i en konkurranse kan ikke være bindende for en evaluering i en senere konkurranse. Videre er det slik at tilbudene vurderes i forhold til øvrige tilbud i konkurransen, og ikke ut fra en antatt markedspris eller antatt kvalitet i markedet. Resultat oppnådd i en tidligere konkurranse er derfor av liten eller ingen relevans.

Nærmere om karaktersetting i evalueringen

- (47) Begrunnelsen for den poengforskjell som foreligger mellom klager og valgte leverandør på tildelingskriteriet "*prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse*", er den forskjellen innklagede vurderte at det var mellom tilbudene på de tre underkriteriene som var knyttet til dette tildelingskriteriet. Innklagede mener at det innkjøpsfaglige skjønnet er utøvd på en saklig og forsvarlig måte. Det påpekes avslutningsvis at klager måtte ha fått 5,1 poeng under dette tildelingskriteriet for å få samme totalsum og plassering som vinneren av konkurransen. Innklagede mener det er uforsvarlig å gi så høy uttelling til et tilbud som jevnt over var dårligere enn vinnerens tilbud, blant annet fordi klagers tilbud manglet en besvarelse på flere av vurderingstemaene knyttet til tildelingskriteriet.

Erstatning

- (48) Innklagede bestrider at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt. Klager er innstilt som nummer tre i konkurransen. Videre kan det verken sannsynliggjøres at bruk av en fordelingsnøkkel høyere enn 10 % er uforsvarlig eller at klager skulle hatt samme/tilnærmet samme score som valgte leverandør under tildelingskriteriet prosjektgjennomføring/oppgaveforståelse.
- (49) Innklagede bestrider også at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse er oppfylt. Konkurransen er gjennomført etter regelverket, og innklagedes skjønn har vært saklig og forsvarlig.

Klagenemndas vurdering:

- (50) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

- (51) Det er i foreliggende sak fremsatt en rekke ulike anførsler. Klagenemnda finner det hensiktsmessig å først ta stilling til hvorvidt det foreligger et ulovlig tildelingskriterium.

Påstand om ulovlig tildelingskriterium

- (52) Klager har anført at underkriteriet *"Tilbudt personell sin erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag"* under tildelingskriteriet *"Prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse"*, medfører at tildelingskriteriet må anses ulovlig. Dette fordi det tilbudte personellets erfaring fra tilsvarende oppdrag, etter klagers oppfatning, ikke er *"egnet til å si noe om tilbudets økonomiske fordelaktighet for oppdragsgiver"*. Klager viser til forskriften § 13-2.

Av forskriften § 13-2 (2) fremgår det at *"dersom tildeling av kontrakt skal skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden"*. Med dette må det forstås at de kriterier som benyttes må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. klagenemndas sak 2009/80 premiss (26).

- (53) Når det konkret gjelder tilbyderens *"erfaring"* fra tilsvarende oppdrag, har klagenemnda uttalt seg om dette som under- og/eller tildelingskriterium, blant annet i klagenemndas sak 2008/120. I saken foretar nemnda en grundig gjennomgang av rettstilstanden etter EF-domstolens dom C-532/06 (*"Lianakis"*), og konkluderer med at *"erfaring"* som hovedregel ikke kan benyttes som et tildelingskriterium, men at det må gjøres noen unntak fra dette. Fra nemndas avgjørelse premiss 46 og 56 hitsettes følgende vedrørende dette:

" (46) Det kunne etter dette være grunnlag for å godta at et kompetansekriterium ble brukt både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium, nemlig der kriteriet foruten å avgrense kretsen av kvalifiserte leverandører i tillegg også var egnet til å si noe om tilbudets økonomiske fordelaktighet for oppdragsgiver (forskriftens § 13-2). Slike spørsmål har i teori og praksis særlig gjeldt kompetansetunge tjenesteoppdrag der kvaliteten på tjenesten uunngåelig vil bero på tjenesteyterens og hans medarbeideres evne til å levere mer-kvalitet ut over kontraktens krav, slik som ved krevende konsulentoppdrag, oppdrag der personsammensetning av personell sammen med deres oppdragsrelaterte erfaring utgjør et konkurransefortrinn ved sammenligning av tilbudene (f eks advokatfirmaets tilbud om team til å løse oppdraget). I slike tilfelle gir det mening å tillate bruk av grunnleggende kvalifikasjonskrav (f eks utdanningsnivå og kvantifiserbar erfaring målt i f eks foretakets antall sammenlignbare oppdrag over et gitt tidsrom), samtidig som man ved sluttevalueringen forbeholder seg som mulighet å vektlegge konkrete oppdragsspesifikke innsatsfaktorer som tjenesteyteren tilbyr for den aktuelle kontrakt, målt som spesialkompetanse egnet til å si noe om tilbudets kvalitet ut over de krav som allerede kontrakten stiller (og som kan være begrenset til leveringstid, tekniske spesifikasjoner o l).

[...]

(56) ... For tjenester der markedets tilbud ut over kontraktens basis-krav kan variere fordi oppdraget krever innovasjon og kreativitet, slik som ved konsulenttjenester, totalentrepriser prosjekteringsoppdrag, vil man etter dette lettere kunne skille mellom kvalifikasjoner og tilbudskvalitet. Spørsmålet er om dommen må forstås dit hen at oppdragsgiver ikke har den mulighet å åpne for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til teamwork og personer som tilbys. Nemnda stiller seg tvilende både til hensiktsmessigheten av en slik begrensning, og til om dommen virkelig er slik å forstå. Nemnda stiller seg også tvilende til om den tolkning som nemnda legger til grunn bryter

med kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i lovens § 5, sml direktivets Art 2.

- (54) Slik foreliggende anskaffelse er presentert for klagenemnda, fremstår den som en ordinær bygge- og anleggskontrakt, jf. blant annet kunngjøringens punkt II.1.5. hvor det fremgår at hoveddelen av anskaffelsen omhandler *"rehabilitering av tak, fasader (herunder vinduer, dører, solavskjerming, belysningsanlegg), drenering, akutte risikoelementer og følgeskader av ovennevnte (herunder sopp-, råteskader og sprekkdannelser) på skolebyggene Sentralbygg, Storskolen, Småskolen, Nybygg og Vaktmesterboligen."* Det eneste som nemnda ser at muligens kan begrunne et unntak for erfaring som tildelingskriterium, er restaureringsarbeidet som er tilknyttet Jarbakkstua. Her ser nemnda at det kanskje kan være behov for å skille tilbydernes tilbud, basert på hvor god erfaring det tilbudte personell har innen restaurering av verneverdige bygninger.
- (55) Av konkurransegrunnlagets punkt 15 fremgår det imidlertid at underkriteriet *"Tilbudt personell sin erfaring fra gjennomføring av tilsvarende oppdrag"* refererer seg til alt arbeidet anskaffelsen omfatter, og ikke kun til restaureringsarbeidet med Jarbakkstua. Videre er det også, slik nemnda oppfatter det, ikke tvilsomt at restaureringsarbeidet kun knytter seg til en mindre del av den totale anskaffelsen. Klagenemnda er derfor kommet til at underkriteriet, med den generelle utforming dette er gitt, *ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. § 13-2(2)*. Dette innebærer at tildelingskriteriet *"Prosjektgjennomføring og oppgaveforståelse"*, hvor dette underkriteriet inngår, må anses ulovlig.

Klagers øvrige anførsler.

- (56) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriftens § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium vil ha en plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas saker 2009/19, 2008/217, 2008/120, 2008/92 og 2009/88.
- (57) Basert på at Oslo kommune v/Undervisningsbygg skulle avlyst konkurransen, finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på klagers øvrige anførsler.

Erstatning

- (58) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse vil kunne foreligge.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Undervisningsbygg har brutt forskriftens § 13-2 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium knyttet til erfaring.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda,

12. oktober 2009

Andreas Wahl