



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av avtale for fasaderehabilitering av Ålesund rådhus. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 (2) og 2-2. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 22-2 ved ikke å oppgi i konkurransegrunnlaget hvilke felles tildelingskriterier som ville bli lagt til grunn ved valget av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på tvers av tilbudsgruppene. Videre konstaterte klagenemnda at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. Basert på dette ble ikke klagers øvrige anførsler behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 23. januar 2012 i sak 2010/271

Klager: Skanska Norge AS

Innklaget: Ålesund kommunes administrasjonsbygg AS

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Tildelingen. Avlysning av konkurranse. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Ålesund kommunes administrasjonsbygg AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. oktober 2008 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av avtale for fasaderehabilitering av Ålesund rådhus. I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 "Prosedyre" er det angitt at anskaffelsen er regulert av forskriften del I og II. Tidsfrist for å anmode om deltakelse i konkurransen var i kunngjøringen punkt IV3.4) angitt til å være 1. desember 2008 klokken 14.00. I konkurransegrunnlaget punkt 3.2 "Tilbudsfrist" fremkom det at tilbudsfristen for å inngi tilbud var 24. mars 2009 klokken 14.00.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 "Prosedyre" var det oppgitt at: "Kvalifiserte tilbydere som blir invitert til forhandlinger, blir valgt ut etter evaluering av tilbudene, ut fra prinsippet om det økonomisk mest fordelaktige tilbud".
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 4.3.2 "Evalueringskriteria for valg av leverandør/totalentreprenør" fremkom det at "Oppdragsgiver vil tildele kontrakten til den entreprenør som etter en samlet vurdering har gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. (§ 13-2)". Det kunne gis tilbud på tilbudsalternativ I, II og III. Det var oppgitt egne tildelingskriterier for hvert av tilbudsalternativene. Alternativ I innebar oppgradering av eksisterende fasade. Alternativ II innebar bygging av dobbeltfasade med luftrom mellom eksisterende og ny fasade. Alternativ III var

oppstilt for at tilbyderne kunne gi alternative tilbud til løsningene beskrevet i alternativ I og II. Tilbud på alternativ III, er av innklagede etter det opplyste definert som et alternativt tilbud, jf. kunngjøringen punkt II.1.9) og konkurransegrunnlaget punkt 4.4.

- (4) Om tildelingskriteriene for de ulike tilbudsalternativene og prosessen for øvrig var det angitt følgende:

"Alt I:

- ***Vederlag 50 %***
- ***Gjennomføringsevne 15 %***
- ***Fremdrift 15 %***
- ***Arkitektonisk uttrykk 20 %***
- ***Tekniske løsninger 10 %***

Alt II:

- ***Vederlag 40 %***
- ***Gjennomføringsevne 10 %***
- ***Fremdrift 10 %***
- ***Arkitektonisk uttrykk 25 %***
- ***Tekniske løsninger/årskostnader 15 %***

Alt III:

- ***Vederlag 40 %***
- ***Gjennomføringsevne 10 %***
- ***Fremdrift 10 %***
- ***Arkitektonisk uttrykk 25 %***
- ***Tekniske løsninger/årskostnader 15 %***

Prosedyren for gjennomføring av forhandling og evaluering er som følger:

[...]

2. Etter at forhandlingene er gjennomført, vil tilbudene bli evaluert/vurdert i forhold til tildelingskriteria som fremgår av tilbudsgrunnlaget. Dette vil bli gjort for hvert av alternativene. Rangeringa vil bli basert på prinsipp om økonomisk mest fordelaktige tilbud for hvert alternativ.

3. Valg av alternativ vil bli foretatt av styret i Ålesund Kommunes Administrasjonsbygg AS etter innstilling fra evalueringsgruppen. Endelig vedtak om gjennomføring vil bli fattet ved aktuelle politiske organ sin godkjenning av finansiering."

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 4.4 "Alternative tilbud" var det angitt at det var adgang til å gi alternative tilbud, og det fremkom at:

"Det ønskes innspill til løsning med fasademateriale/oppbygging forskjellig fra alternativ I og II. Det forutsettes at også dette alternativet skal gi en vesentlig gevinst mht. årskostnader."

- (6) Innen tilbudsfristens utløp var det innkommet tilbud fra 3 tilbydere, heriblant fra Skanska Norge AS (heretter kalt klager) og Veidekke/Kristiseter AF (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Ved e-post til tilbyderne 22. juni 2009 informerte innklagede om at tilbudene ville bli delt inn i to ulike kategorier, A og B. Kategori A gjaldt tilbud på alternativ I, mens kategori B gjaldt tilbud på alternativ II og III. Alternativ II gjaldt løsning med dobbeltfasade, mens alternativ III gjaldt løsning med kompaktfasade. Angjeldende klage gjelder tilbud inngitt i kategori B.
- (8) Fra evalueringsrapporten punkt 7 "Evaluering av tilbud" hitsettes følgende vedrørende tildelingskriteriene:

"I ht. Evalueringsbestemmelsene, skal følgende vektning legges til grunn:

Alt 2:

- *Vederlag 40 %*
- *Gjennomføringsevne 10 %*
- *Fremdrift 10 %*
- *Arkitektonisk uttrykk 25 %*
- *Tekniske løsninger/årskostnader 15 %*

Alt 3:

- *Vederlag 40 %*
- *Gjennomføringsevne 10 %*
- *Fremdrift 10 %*
- *Arkitektonisk uttrykk 25 %*
- *Tekniske løsninger/årskostnader 15 %*

[...]

Tekniske løsninger/årskostnader/energi:

Årskostnad: Poengsetting er basert på beregnede årskostnader.

Dokumentasjon: Vurderingen er basert på opplysninger gitt i tilbud med senere suppleringer og i hvor stor grad disse kan nyttes som et grunnlag for å belyse de relevante vurderingskriterier.

Tekniske løsninger: Vurderingen er basert på materialvalg, bestandighetsegenskaper og levetid, konsekvenser av de valgte løsninger for byggets driftsfase og hvor gjennomarbeidet de foreslåtte løsninger synes å være.

Energi: Følgende vurderinger er gjort:

Overordnet vurdering av tekniske løsninger og energibruk som følge av oppgradering til dobbeltfasade (alternativ II) og kompaktfasade (alternativ III.)

Evaluerings- og rangering av tilbydernes alternativ II og III. Poenggivning er basert på vurdering av et antall vurderingskriterier."

- (9) Vedlagt evalueringsrapporten var det en rapport utarbeidet av Multiconsult AS hvor energibruk for dobbeltfasade (alternativ II) og kompaktfasade (alternativ III) ble vurdert. Videre ble en evaluering og rangering av tilbudene med alternativ II og alternativ III foretatt.
- (10) I evalueringsrapporten var det også utarbeidet et evalueringsskjema for alternativ II, hvor tilbudene med alternativ II ble vurdert opp mot hverandre. Klagers tilbud fikk høyest score ved evalueringen av alternativ II. Kriteriene som ble evaluert var "Pris/vederlag", "Gjennomføringsevne", "Fremdrift", "Arkitektonisk uttrykk" og "Tekn.løsninger/Årskost."
- (11) I evalueringsrapporten var det også utarbeidet et evalueringsskjema for alternativ III, hvor tilbudene med alternativ III ble vurdert opp mot hverandre. Valgte leverandørs tilbud fikk høyest score ved evalueringen av alternativ III. Tildelingskriteriene som ble evaluert var de samme som for alternativ II, jf. premisen over.
- (12) Fra evalueringsgruppens innstilling om valg av leverandør av 2. februar 2010 gjengis følgende:

"Som angitt i tilbuds-grunnlaget skal følgende evaluerings-kriterier og tilhørende vektall legges til grunn:

<i>Pris/vederlag</i>	<i>40 %</i>
<i>Gjennomføringsevne</i>	<i>10 %</i>
<i>Fremdrift</i>	<i>10 %</i>
<i>Arkitektonisk uttrykk</i>	<i>25 %</i>

Teknisk løsning/årskostnad	15 %
----------------------------	------

Som det fremgår av evaluerings-rapporten er det betydelige prisforskjeller mellom de ulike tilbudene, både for dobbeltfasade (alternativ II) og for kompaktfasade (alternativ III).

[...]

De energi-tekniske vurderingene (utført av Multiconsult) angir at det er knyttet større usikkerhet både til tekniske løsninger og energi-gevinst ved etablering av dobbeltfasade (alternativ II) enn ved kompaktfasade (alternativ III). Samtidig vurderes potensialet for energi-innsparing å være større for kompaktfasaden enn for dobbeltfasaden.

Dobbelt-fasade (alternativ II)

[...]

*Basert på tilbudet fra Skanska, og før det er gjennomført evt. kontraktsforhandlinger, kan vi skissere en budsjett-ramme i størrelsesorden **kr.154,2 mill.***

Kompakt-fasade (alternativ III)

[...]

*Basert på tilbudet fra Veidekke/Kristseter AF, og før det er gjennomført evt. kontraktsforhandlinger, kan vi skissere en budsjett-ramme i størrelsesorden **kr.181,5 mill.***

Innstilling

*Basert på de evalueringer som er gjort, og ut fra at en kompaktfasade vil gi større energi-gevinst enn en dobbeltfasade, vil vi anbefale valg av løsningen med kompaktfasade. Og til tross for de betydelige prisforskjeller mellom de ulike tilbudene, vil vi innstille på at det innledes forhandlinger med **Veidekke/Kristseter AF.**"*

- (13) Innklagede meddelte tilbyderne valg av tilbud ved e-post 5. mars 2010. Det ble vist til at styret i Ålesund kommunes administrasjonsbygg AS enstemmig hadde fattet vedtak om å velge alternativ III – kompaktfasade, og at valgte leverandørs tilbud var det totalt mest fordelaktige tilbudet i alternativ III.
- (14) I klagers brev til innklagede av 18. mars 2010 ble tildelingsbeslutningen påklaget, og innklagede ble oppfordret til å foreta en ny evaluering av tilbudene hvor tilbud på tilbudsgruppe II og III ble sammenlignet direkte opp mot hverandre. Følgende gjengis fra klagen:

"Begrunnelsen for innstillingen av Veidekkes tilbud for alternativ III fremfor Skanskas alternativ II er, slik vi leser mottatte dokumenter, kun en generell uttalelse hentet fra en rapport utarbeidet av kommunens rådgiver, Multiconsult. Kommunens begrunnelse er ikke koblet opp mot tildelingskriteriene, og det synes klart at det ikke

er foretatt en evaluering mellom tilbudene basert på konkurransegrunnlagets tildelingskriterier.

En direkte sammenligning av resultatene fra evalueringen gjennomført for hhv. alternativ II og III, tilsier at Skanska har levert et godt tilbud, og med tanke på den betydelige prisforskjellen mellom tilbudsalternativ II fra Skanska og tilbudsalternativ III fra Veidekke er det ut fra mottatt dokumentasjon vanskelig å se at tildelingen er korrekt.

[...]

Uansett er det etter Skanskas syn et brudd på anskaffelsesregelverket at tilbudene i alternativ II og III ikke er evaluert samlet. Uten en slik direkte sammenligning kan kommunen heller ikke avgjøre hvilket tilbud som faktisk er det økonomisk mest fordelaktige."

- (15) På bakgrunn av klagen utarbeidet innklagede en evalueringsmatrise, datert 13. april 2010, hvor klagers tilbud på alternativ II-løsning ble sammenlignet med valgte leverandørs tilbud på alternativ III-løsning.
- (16) Kontrakt med valgte leverandør ble signert av totalentreprenøren 29. mars 2010 og av byggherren 14. april 2010.
- (17) Innklagede opprettholdt tildelingsbeslutningen ved e-post til klager 15. april 2010.
- (18) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev 28. september 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Tildelingen

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å foreta en feilaktig tildelingsevaluering i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling. Det vises til følgende 2 grunnlag:
- (20) Klager viser for det første til at innklagede har evaluert tilbudene i tilbudsalternativ II og III hver for seg, og ikke evaluert tilbudene i de to gruppene opp mot hverandre. Uten en samlet evaluering, er det ikke mulig å avgjøre hvilket tilbud som faktisk er det økonomisk mest fordelaktige i konkurransen. Karaktersettingen innen hvert tilbudsalternativ gir kun uttrykk for rangeringen, ikke for hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige totalt sett. Dersom innklagede hadde evaluert tilbudene opp mot hverandre, ville klagers tilbud vært å anse som det økonomisk mest fordelaktige, da klager har tilbudt lavere pris og kortere byggetid. Istedenfor har innklagede valgt tilbudsalternativ III fremfor alternativ II basert på en generell uttalelse hentet fra en rapport fra Multiconsult AS. Dette til tross for at kriteriet "*Tekniske løsninger/årskostnader*" kun skulle vektes med 15 % i tildelingsevalueringen.

- (21) Klager viser for det andre til at innklagedes begrunnelse for valg av tilbudsalternativ III ikke er koblet opp mot en evaluering av de oppgitte tildelingskriteriene. Istedenfor viser innklagede i tildelingsinnstillingen i all hovedsak til en overordnet vurdering av energieffektivitet, herunder en rapport fra Multiconsult AS som bygger på udokumenterbare påstander, og derfor ikke kan benyttes til å begrunne valg av alternativer.

Endring av tildelingskriterium

- (22) Klager anfører at innklagede, ved å endre tildelingskriteriet "*tekniske løsninger og årskostnad*" til "*tekniske løsninger/årskostnad/energi*" i den endelige evalueringen, har foretatt en vesentlig endring av tildelingskriteriet i strid med forskriften. Når innklagede differensierer mellom "*årskostnad*" og "*energi*" taler det for at innklagede har lagt ulikt innhold i disse begrepene, noe som igjen tilsier at det er benyttet et annet tildelingskriterium ved den endelige evalueringen enn det som er opplyst i konkurransegrunnlaget.

Erstatning

- (23) Klagenemnda oppfordres til å uttale seg om klagers krav på erstatning for lidt tap, jf. loven § 10.

Innklagedes anførsler:

Tildelingen

- (24) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved tildelingsevalueringen:
- (25) Innklagede viser for det første til at slik konkurransen var utformet, var det nødvendig å legge opp til en evaluering der tilbudene ble evaluert innenfor hvert av alternativene. Det ville ikke vært mulig å evaluere tilbudene innen de to tilbudsgruppene opp mot hverandre, ettersom alternativ III åpnet for en mer fleksibel løsning, og innklagede derfor ikke kunne forutse hva som ville bli tilbudt innen denne gruppen. Tilbudene ble derfor evaluert og rangert for hvert av alternativene, noe det var opplyst om i konkurransegrunnlaget. I forbindelse med at tildelingsbeslutningen ble påklaget, ble på klagers oppfordring, tilbudene fra valgte leverandør og klager satt inn i samme skjema. Dette ble utarbeidet etter meddelelse om kontraktstildeling, og var således ikke et skjema som ble brukt i forbindelse med evalueringen av de innkomne tilbud, men ved vurderingen av klagen til klager.
- (26) Innklagede viser for det andre til at evalueringen og innstillingen for hvert tilbudsalternativ skjedde i tråd med konkurransegrunnlaget. Som beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 4.3.2, ble valg av tilbudsalternativ fattet av styret etter innstilling fra vurderingsgruppen. Basert på dette, ble valgte leverandørs tilbud ansett som det økonomisk mest fordelaktige.

Endring av tildelingskriterium

- (27) Innklagede bestrider at regelverket er brutt på dette punkt idet tildelingsevalueringen ble foretatt etter kriteriene fastsatt i konkurransegrunnlaget.

Erstatning

- (28) Innklagede har ikke kommentert denne anførselen.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder fasaderehabilitering som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen er i konkurransegrunnlaget punkt 2.2 angitt å være regulert av forskriften del II. Imidlertid overstiger tilbudsprisene klart EØS-terskelverdi, og klagenemnda legger til grunn at i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 (2) og 2-2.

Tildelingen

- (30) Klagenemnda må ta stilling til om innklagede har foretatt en regelstridig tildelingsevaluering ved ikke å foreta en samlet vurdering av tilbudene på tvers av de ulike tilbudsalternativene. Klager viser både til at innklagede skulle evaluert de to alternative tilbudsgruppene II og III samlet istedenfor hver for seg, og til at valg av tilbudsgruppe III fremfor tilbudsgruppe II skulle ha vært knyttet opp mot en evaluering av tildelingskriteriene.
- (31) I henhold til forskriften § 22-2 (1) skal kontraktstildeling enten skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen. For det tilfellet at tildelingen skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, følger det av forskriften § 22-2 (2) at *"Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Det følger forutsetningsvis av forskriften at det skal oppstilles et felles sett med tildelingskriterier for å kåre *"det"* økonomisk mest fordelaktige blant tilbud inngitt basert på den primære tekniske spesifikasjonen. Tilsvarende skal det fastsettes felles tildelingskriterier for eventuelle tilbud som er inngitt på grunnlag av den alternative spesifikasjonen som er angitt i de tilfeller oppdragsgiver har åpnet for alternative tilbud, jf. forskriften § 4-1 (1) bokstav k.
- (32) I konkurransegrunnlaget punkt 4.3.2 var det angitt at oppdraget skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Videre var det under samme punkt i konkurransegrunnlaget angitt separate tildelingskriterier for de alternative tilbudsgruppene I, II og III, som skulle være avgjørende for valg av tilbud innenfor den enkelte tilbudsgruppe. Innklagede har imidlertid ikke fastsatt og opplyst hvilke felles tildelingskriterier som skulle være avgjørende ved valget av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet totalt sett, når tilbudene i alle tilbudsgruppene skulle sammenlignes. I tilsvaret til klagenemnda har innklagede uttalt at det ikke ville vært mulig å evaluere tilbudene innen de forskjellige tilbudsgruppene samlet, blant annet fordi det innen tilbudsgruppe III var åpnet for en mer fleksibel løsning. Ved valg av tilbudsgruppe, og herunder det beste tilbudet i konkurransen totalt sett, har innklagede, uten å opplyse om dette i konkurransegrunnlaget, i evalueringen lagt avgjørende vekt på at tilbudsgruppe III er det mest fordelaktige ut fra energitekniske vurderinger og hensynet til energigevinst, jf. innstillingen til evalueringsgruppen av 2. februar 2010, jf. premiss (12). Klagenemnda finner etter dette at innklagede, ved ikke å oppgi i konkurransegrunnlaget hvilke felles tildelingskriterier som ville bli

lagt til grunn ved evalueringen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige på tvers av de ulike tilbudsgruppene, har brutt forskriften § 22-2. Som en følge av denne feilen har ikke innklagede vært i stand til å foreta en evaluering av tildelingskriteriene i samsvar med regelverket, slik klager har anført.

Avlysningsplikt

- (33) For å ta stilling til hvorvidt klager har rettslig interesse i å få avgjort de øvrige anførselene som er fremsatt, må klagenemnda først ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede ikke har fastsatt felles tildelingskriterier for valget av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet blant de ulike tilbudsgruppene, er en feil som innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (34) Spørsmålet om avlysningsplikt er verken direkte regulert i loven eller forskriften om offentlige anskaffelser.
- (35) I EU-domstolens sak C-448/01(Wienstrom), avgjort 4. desember 2003, og som gjaldt bruk av et ulovlig tildelingskriterium, konstaterte domstolen i avgjørelsens premiss (92) til (95) at det forelå avlysningsplikt basert på følgende betraktninger:

"92 Med henblik på at besvare det således omformulerte spørsmål bemærkes, således som Domstolen allerede har fastslået, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsprocedurerne indebærer, at de ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet (jf. i denne retning SIAC Construction-dommen, præmis 43).

93 Der er således for så vidt angår selve tildelingskriterierne i endnu højere grad grund til at erkende, at disse overhovedet ikke må ændres i løbet af udbudsproceduren.

94 Det følger heraf, at i det tilfælde, hvor klageinstansen annullerer en beslutning, der vedrører et tildelingskriterium, kan den ordregivende myndighed ikke gyldigt fortsætte udbudsproceduren og se bort fra kriteriet, idet det vil være det samme som at ændre de kriterier, der anvendes i det omhandlede udbud.

95 Herefter skal det fjerde spørgsmål besvares med, at fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter pålægger den ordregivende myndighed at tilbagekalde udbuddet, når en beslutning, der vedrører et af de tildelingskriterier, den har fastsat, under en klageprocedure i henhold til artikel 1 i direktiv 89/665 viser sig at være ulovligt og derfor annulleres af klageinstansen."

- (36) Domstolen konstaterte altså her en avlysningsplikt når det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Begrunnelsen er at den offentlige oppdragsgiveren skal fastholde den samme fortolkning av tildelingskriteriene gjennom hele anskaffelsesprosessen, og at kriteriene overhodet ikke må forandres i løpet av prosessen. Etter dette uttalte domstolen at i et tilfelle der en beslutning vedrørende et tildelingskriterium annulleres, kan den offentlige oppdragsgiveren ikke gyldig fortsette anskaffelsesprosessen og se bort fra det ulovlige tildelingskriteriet, da dette ville være det samme som å endre de tildelingskriterier som anvendes i den aktuelle konkurranse.

- (37) I Førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-345/03, avgjort 12. mars 2008, ble det vurdert hvorvidt et brudd på likebehandlingsprinsippet var en feil som medførte en annullasjonsplikt av den beslutning som lå til grunn for feilen. Følgende vilkår for annullasjonsplikt ble oppstilt i premiss (147), som også har blitt fulgt opp i den samme domstols avgjørelse i sak T-50/05 premiss (61), avgjort 19. mars 2010:

"Ifølge fast retspraksis kan en uregelmæssighed ved proceduren imidlertid kun føre til annullation af den pågældende beslutning, hvis det påvises, at den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat, hvis uregelmæssigheden ikke var forekommet, og sagsøgeren havde haft adgang til de pågældende oplysninger fra begyndelsen af proceduren, samt hvis der var en – om end begrænset – mulighed for, at sagsøgeren kunne have udvirket, at proceduren fik et andet utfald".

- (38) I klagenemndas sak 2011/171 konstaterte klagenemnda at det er de samme vilkår som er oppstilt for annullasjonsplikt i førsteinstansdomstolens avgjørelser, som også må legges til grunn som vilkår for en plikt til å avlyse en konkret konkurranse. Basert på førsteinstansdomstolens rettssetning i de to overnevnte avgjørelser, formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt, jf. premiss (61):

"Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."

- (39) Nemnda la de samme vilkår for avlysningsplikt til grunn i sakene 2011/157, 2011/204, 2011/249 og 2011/268. Feilen avlysningsplikten ble vurdert opp i mot i disse sakene, var henholdsvis urettmessig avvisning av klager/klagers tilbud, feil ved angivelse av tildelingskriterienes vekt, uklart konkurransegrunnlag og brudd på kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp.

- (40) I lagmannsrettens dom LE-2011-50469, avsagt 2. november 2011, fant rettens flertall (mindretallet konkluderte med at tildelingskriteriene var lovlige) at oppdragsgivers bruk av et ulovlig underkriterium til tildelingskriteriet "opplæring", som var angitt å skulle vektes med 20 %, medførte at det forelå avlysningsplikt. Det ble vist til følgende:

"Flertallet slutter seg til vurdering og begrunnelse i tingrettens dom hva gjelder virkningen av at underkriteriet "antallet nøkkelpersoner som stilles til rådighet" er ulovlig. Flertallet kan ikke se at det foreligger nyere rettspraksis eller praksis fra KOFA som gir grunnlag for å fravike prinsippene i Wienstromdommen i saken her."

- (41) Etter klagenemndas oppfatning er det vilkårene slik nemnda har formulert disse i sak 2011/171 og etterfølgende saker, som må legges til grunn som vurderingstema for når det foreligger avlysningsplikt. Dette fordrer at den feil den offentlige oppdragsgiveren har begått må ha hatt en virkning, enten for klageren i saken eller for øvrige leverandører, enten potensielle eller de som faktisk har deltatt i den aktuelle konkurransen.

- (42) Som konstatert over, har ikke innklagede opplyst i konkurransegrunnlaget hvilke felles tildelingskriterier som ville bli vektlagt ved vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige på tvers av tilbudsgruppene. Å få opplyst hvilke tildelingskriterier som vil være avgjørende for valget av tilbud, er et forhold som er helt sentralt for leverandørene, både i vurderingen av om tilbud skal inngis og ved utformingen av et konkret tilbud. Basert på dette, må det både anses påvist at konkurransen kunne ha fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, og at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, med andre ord avholdt leverandører fra å delta. Innklagede hadde etter dette en plikt til å avlyse konkurransen.

Erstatning

- (43) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse for klager kan være oppfylt, ettersom innklagede ikke har opplyst i konkurransegrunnlaget hvilke felles tildelingskriterier som ville bli lagt til grunn ved vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige på tvers av tilbudsgruppene.

Klagers øvrige anførsler

- (44) Ut fra det resultat klagenemnda er kommet til, er det ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Ålesund kommunes administrasjonsbygg AS har brutt forskriften § 22-2 ved ikke å oppgi i konkurransegrunnlaget hvilke felles tildelingskriterier som ville bli lagt til grunn ved valget av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på tvers av tilbudsgruppene.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Bergen, 23. januar 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl