



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vedlikehold for vei. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende dokumentasjon av at kvalifikasjonskravene var oppfylt. Klagenemnda fant også at innklagede ulovlig hadde endret sitt tildelingsskjønn etter annullering av sin første tildelingsbeslutning. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 24. september 2012 i sak 2011/141

Klager: Grunnarbeid AS

Innklaget: Trondheim kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Morten Goller

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør, ulovlig tildelingsevaluering, endret tildelingsskjønn

Bakgrunn:

- (1) Trondheim kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. februar 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av veivedlikehold, mer spesifikt istandsetting etter innklagedes gravearbeid. Anskaffelsen var også kunngjort ved en veiledende kunngjøring 23. desember 2010. Anskaffelsens verdi er i den veiledende kunngjøringen punkt II.3 angitt til å være fra 60-75 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 10. mars 2011.
- (2) I konkurransegrunnlaget del 3 "Orientering" fremgikk det følgende av punkt 3.2 "Omfang":

Kontrakten omfatter hovedsakelig arbeid med følgende:

- *Graving*
- *Asfaltlegging med skjæring/fresing/riving*
- *Setting av gatestein, betongheller og betongsstein*
- *Setting av kantstein*
- *Justering av kummer og sluk*
- *Reetablering av grøntareal*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Omfanget av arbeidene kan variere fra år til år. Oppgitte mengder er stipulerte og tar utgangspunkt i erfaringsmengder de siste år. Det antas istandsetting av ca 2200 gravehull i gjennomsnitt pr. år 2 første år, og deretter en reduksjon til ca 1400 gravehull pr. år. Størrelsen på gravehullene vil også variere mye. Med en antatt arbeidsperiode april - desember vil det anslagsvis tilsi istandsetting av minimum 15 gravehull pr. dag 2 første år.

Kontraktens varighet er 1 år (2011) med opsjon på forlengelse for 2 år (2012-2013)."

- (3) I konkurransegrunnlaget del 4 "Anskaffelsesprosedyre" var det i punkt 4.1 angitt at anskaffelsen følger lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Videre var det i punkt 4.2 "Presiseringer" inntatt følgende:

"§ 8-4 Kvalifikasjonskrav

For å vurdere om firmaet har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfyllelse av kontrakten, skal tilbyder vedlegge tilbudet følgende dokumentasjon:

- 1. Kompetanse for å kunne utføre jobben skal dokumenteres. Firmaet skal ha sentral eller lokal godkjenning som ansvarlig utførende for området grunnarbeider og landskapsutforming, tiltaksklasse 2. Det stilles samme krav til eventuelle underentreprenører.*
- 2. HMS - egenerklæring skal vedlegges*
- 3. Skatteattest for innbetalt merverdiavgift skal vedlegges*
- 4. Skatteattest for innbetalt skatt skal vedlegges*
- 5. Entreprenøren må kunne dokumentere et KS-system*
- 6. Vedlagt miljøerklæring skal være utfylt.*
- 7. Dokumentasjon på finansielle forhold, med siste års revisjonsgodkjente regnskap med årsberetning*
- 8. Utstyr som tilbys skal dokumenteres*

(...)

§13-2 Kriterier for valg av tilbud

Tildeling skjer etter følgende kriterier:

Pris 60 %

Gjennomføringsevne 30 %

Miljø 10 %

Kriteriene graderes i en karakterskala fra 1 - 5, med 5 som høyeste score. Score for pris beregnes med en desimal, mens de øvrige kriterier bedømmes med heltall.

Pris (60 %)

Laveste pris gir 5 poeng. Videre poeng avregnes med lineær gradering (20 % høyere pris gis score 4 osv.).

Gjennomføringsevne (30 %)

I vedlegg (kfr. tabell i kap 1.8) skal entreprenoren opplyse:

Vektes 70 %: Gjennomføring av oppdraget, beskrivelse av hvordan oppdraget er tenkt lost (se kap 5.10 Framdrift).

Vektes 20 %: Kapasitet hos firma og tilbudt personell, oppgi antall personer som vil delta i utførelsen pr. år. Hvilket utstyr som skal benyttes, mannskap som skal benyttes og hvordan takle ujevn belastning.

Vektes 10 %: Referanser/dokumentasjon av kvalitet på tidligere utført arbeid

Miljø (10 %)

I vedlegg (kfr. tabell i post 1.8) skal entreprenoren opplyse:

Vektes 40 %: Entreprenør redegjør for returordning og prosedyrer for avfallsordninger for bedriften

Vektes 30 %: Redegjørelse for policy for tomgangskjøring

Vektes 30 %: Redegjørelse for bedriftens konkrete miljøtiltak knyttet til denne aktuelle entreprise."

- (4) Fra konkurransegrunnlaget punkt 5.10 "Framdrift" gjengis følgende:

"5.10 Framdrift

Entreprenoren må utarbeide en plan for fjerning av etterslep, dvs gravehull fra 2010 og tidligere. Etterslep skal gjøres ferdig områdevis etter byggherrens anvisning. Generelt gjelder at eldre gravehull skal gjøres ferdig først.

Byggherren forventer at entreprenør holder en jevnest mulig drift gjennom sesongen.

Asfaltering skal settes i gang senest 1 uke etter at istandsettingen er ferdig.

Følgende krav til framdrift gjelder for kontrakten:

- År 2011: Gravehull fra 2009 og 2010 - totalt ca 1300 hull og 60-70 % av gravehull fra 2011 ca 1000 hull. Totalt ca 2300 hull.

- *År 2012: 30-40 % av 2011 ca 600 hull og alle i 2012 ca 1500 hull. Totalt ca 2100 hull*
 - *År 2013: Alle gravehull i 2013. Totalt ca 1400 hull."*
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra 5 tilbydere, heriblant Grunnarbeid AS (heretter kalt klager) og Brende AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) I valgte leverandørs tilbudsbrief fremgikk det kommentarer vedrørende enkelte av kvalifikasjonskravene:

"Når det gjelder utstyr og maskinpark vil vi opplyse at vi har en moderne maskinpark for de aller fleste typer oppdrag innen grunnarbeidsfaget.

(...)

Vedrørende vårt KS-system kan vi opplyse at vi har et oppegående system utarbeidet av Maskinentreprenørenes Forbund og KS-systemet er ISO-sertifisert, jfr. vedlegg".

- (7) Et slikt vedlegg fulgte imidlertid ikke med tilbudet. Vedlagt valgte leverandørs tilbud var for øvrig en del dokumentasjon fra underleverandøren Peab Asfalt Norge AS. Her var det blant annet inntatt en utstyrsoversikt. Tilbudet inneholdt utover dette ikke dokumentasjon av hvilket utstyr som ville bli benyttet i oppdraget.
- (8) Tildelingsevalueringen ble foretatt av Rambøll (heretter kalt innklagedes representant), og sendt innklagede ved brev av 10. mars 2011. Under punktet "Kvalifikasjonskrav" var det inntatt et skjema over tilbyderne, hvor to bemerkninger var tilknyttet valgte leverandør: "Utstyr som tilbys er ikke dokumentert" og "KS-system er ikke dokumentert". Dette var etterfulgt av kommentaren: "Avvisning av anbydere som ikke har levert tilstrekkelig dokumentasjon på kvalifikasjonskrav må vurderes. Vi har valgt å evaluere anbud inntil det er tatt stilling til avvisning."
- (9) Fra brevet hitsettes også følgende fra punktet "Grunnlag for anbudsevaluering og resultat":

"Evaluering er utført i henhold til tildelingskriterier gjengitt foran. Evaluering av gjennomføringsevne og miljø er gjennomført før prisfaktoren er beregnet. Evalueringsskjema er vedlagt.

Grunnarbeid AS får høyest total poengsum på 4,95 (5 er maks).

Vi anbefaler derfor at Grunnarbeid AS tildeles kontrakten for istandsetting etter graving."

- (10) I det vedlagte evalueringsskjemaet var det tilbyderne gitt en karakter for hvert av underkriteriene, supplert av en kort begrunnelse.

"3. Brende AS

	<i>Karakter</i>	<i>Begrunnelse</i>

<i>Gjennomføringsevne</i>		
<i>Beskrivelse løsning</i>	<i>5</i>	<i>God plan for gjennomføring</i>
<i>Kapasitet</i>	<i>5</i>	<i>Personell og utstyr er godt beskrevet. Mye mannskap og maskiner.</i>
<i>Referanser</i>	<i>2</i>	<i>Referanser er ikke beskrevet, kun generelt</i>
<i>Miljø</i>		
<i>Returordning</i>	<i>5</i>	<i>Returordning og avfallsordning godt beskrevet</i>
<i>Tomgangskjøring</i>	<i>4</i>	<i>Ikke beskrevet, men moderne maskinpark</i>
<i>Miljøtiltak</i>	<i>3</i>	<i>Mangler konkrete miljøtiltak</i>

5. Grunnarbeid AS

	<i>Karakter</i>	<i>Begrunnelse</i>
<i>Gjennomføringsevne</i>		
<i>Beskrivelse løsning</i>	<i>5</i>	<i>God plan for gjennomføring</i>
<i>Kapasitet</i>	<i>5</i>	<i>Personell og utstyr er godt beskrevet. Mye mannskap og maskiner.</i>
<i>Referanser</i>	<i>5</i>	<i>Relevante referanser</i>
<i>Miljø</i>		
<i>Returordning</i>	<i>5</i>	<i>Returordning og avfallsordning godt beskrevet</i>
<i>Tomgangskjøring</i>	<i>5</i>	<i>Biler/maskiner er EURO-klassifisert. Plan om redusert CO2-utslipp</i>
<i>Miljøtiltak</i>	<i>5</i>	<i>Miljøfyrtårnbedrift 2010. Avtale med Retura.</i>

- (11) Beslutningen om å tildele kontrakten til klager ble meddelt tilbyderne ved brev av 15. mars 2011.

(12) Valgte leverandør henvendte seg til innklagede ved brev av 24. mars 2011, og stilte seg i brevet *"uforstående til at Grunnarbeid AS og Kolo-Veidekke AS kan vektes til 5 på gjennomføringsevne, kapasitet og referanser, da vi tviler på at de har levert etterspurt dokumentasjon"*.

(13) Innklagede har forklart at det på bakgrunn av dette ble gjennomført en gjennomgang av evalueringen, hvor det viste seg at *"gjennomføringsevne av asfaltarbeidene var avglemt under evalueringen"*. Innklagede besluttet på dette grunnlag at tildelingsbeslutningen måtte annulleres, og at en ny evaluering måtte gjennomføres. Innklagede mottok den etterfølgende evalueringen fra sin representant ved brev av 1. april 2011. Herfra gjengis:

"I forbindelse med ny evaluering av anbudet, ble det også foretatt en ny gjennomgang av kvalifikasjonskrav som beskrevet i kap. 4.2 § 8-4. Rambøll sendte e-post om dette til alle tilbydere som manglet dokumentasjon 30. mars kl 13:30. Frist for tilbakemelding ble satt til 31.mars kl 24. Alle epostene er lest."

- *Din Gårdsplass leverte dokumentasjon på underentreprenør til asfalt og finansielle forhold*
- *Veidekke Industri manglet ikke noe*
- *Brende leverte dokumentasjon på KS-system*
- *BL entreprenør og Grunnarbeid har ikke levert noe*

(...)

Etter en generell innledning fra Svein Ekle og Ivar Faksdal ble det sett nærmere på oppgitte kvalifikasjonskrav og innlevert dokumentasjon. BL entreprenør og Grunnarbeid har ikke levert dokumentasjon på eventuell underentreprenør på asfalt arbeider. Deltakerne på møtet tolker det slik at tilbyderne selv vil forstå dette arbeidet og besluttet at alle tilbyderne er kvalifisert.

(...)

Evalueringen foregikk slik at hver enkelt fikk et blankt ark, hvor de fylte inn sine karakterer (hele tall). Etter sammenstilling av karakterer fra alle, ble det diskusjon, og noen karakterer ble endret. Deretter ble gjennomsnittet beregnet, med ett siffer som varslet i utlysningen (uten desimaler). Tallet ble avrundet etter vanlige avrundingsregler og satt inn i evalueringsskjemaet. Helt til slutt ble karakter og poeng for pris beregnet. Høyeste totalsum gir rangering 1 osv. Det er ikke foretatt noen endringer i ettertid.

Før evalueringsmøtet ble det oppdaget en feil i beregningen av karakter for pris. Rettelsen medførte at pris ga et større utslag enn tidligere. Dette er også rettet opp for denne evalueringen.

Brende AS får høyest total poengsum på 4,30 (5 er maks). De var rangert nr 3 ved forrige evaluering. Grunnarbeid får en total poengsum på 4,18. De var rangert høyest ved forrige evaluering.

Vi anbefaler derfor at Brende AS tildeles kontrakten for istandsetting etter graving."

- (14) Også ved denne evalueringen var det vedlagt et evalueringsskjema etter samme mal som det foregående. Fra dette gjengis følgende:

"3. Brende AS

	<i>Karakter</i>	<i>Begrunnelse</i>
<i>Gjennomføringsevne</i>		
<i>Beskrivelse løsning</i>	5	<i>God beskrivelse av løsning også asfaltering med underentreprenør. Mange lag.</i>
<i>Kapasitet</i>	4	<i>Personell og utstyr er godt beskrevet. Antall er ikke spesifisert</i>
<i>Referanser</i>	3	<i>Referanser er ikke beskrevet i egen liste, kun generelt i tilbudsbrev (Trondheim kommune)</i>
<i>Miljø</i>		
<i>Returordning</i>	4	<i>Returordning og avfallsordning greit beskrevet</i>
<i>Tomgangskjøring</i>	2	<i>Mangler policy for tomgangskjøring. Moderne maskinpark, men ingen dokumentasjon (lite forpliktende)</i>
<i>Miljøtiltak</i>	2	<i>Mangler konkrete miljøtiltak knyttet til denne entreprisen, kun generelle. Miljøerklæring OK (men kun vurdert ved kvalifisering)</i>

5. Grunnarbeid AS

	<i>Karakter</i>	<i>Begrunnelse</i>
<i>Gjennomføringsevne</i>		
<i>Beskrivelse løsning,</i>	3	<i>God beskrivelse av løsning, men mangler beskrivelse av asfaltering (utgjør ca 50 % av anbudet)</i>
<i>Kapasitet</i>	4	<i>Personell og utstyr er godt beskrevet. Mye mannskap og maskiner. Mangler kapasitet på asfaltarbeid</i>

<i>Referanser</i>	4	<i>Relevante referanser på gravearbeid. Mangler referanser på asfaltarbeid</i>
<i>Miljø</i>		
<i>Returordning</i>	5	<i>Returordning og avfallsordning godt beskrevet og dokumentert</i>
<i>Tomgangskjøring</i>	3	<i>Liste over biler/maskiner vedlagt. Alle er EURO-klassifisert, CO-utslipp er oppgitt. Har ingen policy for tomgangskjøring men har planer om redusert CO2-utslipp</i>
<i>Miljøtiltak</i>	5	<i>God besvarelse. Miljøfyrtårnbedrift 2010. Avtale med Retura</i>

- (15) Den nye tildelingsbeslutningen, med ovenstående evalueringsnotater, ble meddelt tilbyderne ved brev av 4. april 2011.
- (16) Klager fremmet innsigelser mot tildelingsbeslutningen ved brev av 28. april 2011. Innklagede opprettholdt innstillingen i brev av 3. mai 2011. Ytterligere innsigelser fra klager førte heller ikke frem.
- (17) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 11. mai 2011.
- (18) Klager bragte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 11. mai 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (19) Valgte leverandør har ikke dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og skulle derfor ha vært avvist, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Den manglende dokumentasjonen gjelder både kravet til KS-system, og til hvilket utstyr som ville bli benyttet, jf. konkurransegrunnlaget punkt 4.2, § 8-4.
- (20) Valgte leverandørs KS-system kunne heller ikke ettersendes etter forskriften § 21-3, da det ikke kan regnes som "*offentlig tilgjengelig informasjon*". Det vises til at opplysninger om valgte leverandørs KS-system ikke lar seg verifisere ved henvendelse til bransjeorganisasjonen Maskinentreprenørenes Forbund (heretter kalt MEF). MEFs KS-system benyttes av MEF-medlemmer som basis for utarbeidelsen av medlemmets eget KS-system. Tjenesten MEF tilbyr forutsetter altså at medlemmene tilpasser innholdet til sitt behov. Disse tilpasningene, og dermed det endelige systemet, er ikke tilgjengelig for MEF.
- (21) Dokumentasjonskravet er for øvrig strengt formulert i konkurransegrunnlaget, og det er ikke åpnet for dokumentering av oppfyllelse på et senere tidspunkt.

- (22) Innklagedes vektlegging av egne erfaringer som grunnlag for at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. En slik fremgangsmåte kan ikke sikre kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, og vil kunne virke diskriminerende overfor øvrige tilbydere.

Vektlegging av asfaltarbeidene ved evalueringen av "Gjennomføringsevne"

- (23) Innklagede kunne ikke særskilt vektlegge asfaltarbeidene ved den etterfølgende evalueringen av tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne".
- (24) Det første underkriteriet under tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne", var beskrevet som: "Gjennomføring av oppdraget, beskrivelse av hvordan oppdraget er tenkt løst (se kap 5.10 Framdrift)". I punkt 5.10 er det oppstilt et ufravikelig krav om at asfaltering skal igangsettes senest 1 uke etter istandsetting av gravehullet. For øvrig var det ikke uttrykkelig bedt om en beskrivelse av asfaltarbeidene.
- (25) Utførelsen av asfaltarbeidene er for øvrig regulert i konkurransegrunnlaget, jf. punkt 5.1, hvor det fremgikk at NS 8405:2008 skulle gjelde som alminnelige kontraktsbestemmelser. Også øvrige bestemmelser i konkurransegrunnlaget sier noe om fremdriften i utførelsen av oppdraget.
- (26) Det fremstår derfor som unaturlig å forstå konkurransegrunnlaget slik at det var etterspurt en ytterligere beskrivelse av innsatsfaktorene i utførelsen av oppdraget. Så lenge det ikke er tatt forbehold mot det forespeilede arbeidet kan entreprenøren selv velge for eksempel med hvilket utstyr arbeidet skal utføres. En beskrivelse av dette kan ikke være utslagsgivende i tildelingsevalueringen.

Etterfølgende tildelingsevaluering

- (27) Det bestrides ikke at innklagede hadde adgang til å annullere den første tildelingsbeslutningen, jf. § 22-3 nr. 5. Innklagede har imidlertid brutt regelverket ved å endre sitt skjønn i den etterfølgende tildelingsevalueringen.
- (28) Den etterfølgende tildelingsevalueringen er basert på samme faktum som lå til grunn i den opprinnelige tildelingsevalueringen. Selv om det foreligger både rett og plikt til å endre innstilling av valgte leverandør der det foreligger konkrete feil i innstillingen, er det ikke adgang til å endre skjønn knyttet til de enkelte tildelingskriterier.
- (29) Innklagede annullerte tildelingsbeslutningen under henvisning til at det var gjort en feil ved evalueringen av tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne". En endret vurdering av andre tildelingskriterier enn dette innebærer at innklagede har endret sitt tildelingsskjønn. Det vises også til evalueringsnotatet gjengitt i premiss (13), hvor det av fremgangsmåten benyttet i den andre evalueringsrunden, tydelig fremgår at det ble gjennomført en ny skønnsmessig vurdering av tilbudene.

Feil faktum ved tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne"

- (30) Innklagede har lagt til grunn feil faktum når det gjelder verdien på asfaltarbeidene under tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne". I innklagedes nye evaluering er det om klager uttalt: "God beskrivelse av løsning, men mangler beskrivelse av asfaltering (utgjør ca 50 % av anbudet)".

- (31) Selv om den totale økonomiske verdien knyttet til asfaltering utgjør ca. 50 % av verdien på kontraktsarbeidene, er det ikke riktig at asfalteringen utgjør 50 % av anbudet. Asfaltleggingen utgjør etter klagers beregninger om lag 10 % av anbudet, og det resterende knytter seg til verdien på asfalten. Det er derfor lagt feil faktum til grunn når gjennomføringsevnen for asfaltarbeidene er vurdert med lik vekt som gjennomføringsevnen for istandsettingsarbeidene.

Erstatning

- (32) Klagenemnda anmodes om å ta stilling til erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (33) Det forelå ikke plikt til å avvise valgte leverandør på grunn av manglende dokumentasjon av kvalifikasjonskravene.
- (34) Manglende dokumentasjon kan være en indikasjon på manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, men er ikke tilstrekkelig til å statuere en avvisningsplikt i seg selv.
- (35) Det fremgikk av valgte leverandørs tilbudsbrev at valgte leverandør hadde et ISO-sertifisert KS-system utarbeidet av bransjeorganisasjonen MEF. Det var åpenbart en ren inkurie at vedlegget hvor dette var dokumentert var avglemt i tilbudet.
- (36) Opplysningen om at valgte leverandør har et KS-system lar seg videre verifisere ved henvendelse til MEF. Informasjonen er derfor "*offentlig tilgjengelig informasjon*", og kunne ettersendes, jf. forskriften § 21-3. Dette ble gjort ved e-post av 30. mars 2011.
- (37) Selv om MEF ikke ville kunne ha bekreftet at valgte leverandør hadde et ISO-sertifisert KS-system, er dette heller ikke nødvendig. Kravet var etter konkurransegrunnlaget punkt 4.2 at entreprenøren må kunne dokumentere "*et KS-system*". Ved en henvendelse til MEF kunne eksistensen av et slikt system for valgte leverandør blitt bekreftet. Det er for øvrig ikke normalt at tilbyder vedlegger hele sitt KS-system, slik at innkjøper fullt ut kan vurdere kvaliteten på dette.
- (38) Innklagede hadde på tidspunktet for tildelingsevalueringen en løpende kontrakt med valgte leverandør om istandsetting etter graving. Kontrakten dekket ikke asfaltarbeid, men anskaffelsen var for øvrig nesten identisk med angjeldende anskaffelse. Når det gjelder asfaltarbeidene skulle disse utføres av underentreprenør, og dokumentasjon av både KS-system og utstyrsliste fra denne var vedlagt valgte leverandørs tilbud.
- (39) På bakgrunn av tidligere innsendt dokumentasjon, og det pågående samarbeidet, hadde innklagede derfor kunnskap om at valgte leverandør hadde et tilfredsstillende KS-system, og det nødvendige utstyret til rådighet. Vurderingen av at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene var dermed både saklig og forsvarlig.

Vektlegging av asfaltarbeidene ved evalueringen av "Gjennomføringsevne"

- (40) Ved tildelingskriteriet "*Gjennomføringsevne*" var det bedt om en "*beskrivelse av hvordan oppdraget er tenkt løst*". Verken asfaltarbeidene eller andre deler av oppdraget

er uttrykkelig nevnt i denne sammenheng. Det er derfor naturlig å forstå underkriteriet på den måten at det etterspørres en beskrivelse av alle relevante deler av oppdraget.

- (41) Når det er etterspurt en beskrivelse av hvordan oppdraget tenkes løst, kan det naturlig gis en høyere poengsum til tilbud som gir en mer dekkende og kvalitetsmessig god beskrivelse av oppdraget. Asfaltdelen er den delen av oppdraget som krever mest spesialisert kompetanse og det tyngste og mest spesifiserte utstyret. Når dette ikke beskrives er det forutberegnelig at det vil påvirke uttellingen under kriteriet. Klager har for øvrig beskrevet andre enkeltelementer i tjenesten, og kan derfor ikke høres med at det var unaturlig å beskrive asfaltdelen.
- (42) Det bestrides også at innklagedes beskrivelse av oppdraget i konkurransegrunnlaget medfører at innklagede har fraskrevet seg retten til å vurdere løsningsbeskrivelse under tildelingsevalueringen. Dette understrekes av at det *etter* kontraktsinngåelse skal etableres en fremdriftsplan. Det er et omfattende etterslep i de arbeidene som skal utføres, og leverandørens tilgjengelige innsatsfaktorer er derfor av stor betydning for tildelingen.

Etterfølgende tildelingsevaluering

- (43) Innklagede ble gjort oppmerksom på at det lå et feil faktum til grunn for den første tildelingsbeslutningen, ved at asfaltarbeidene ikke var vurdert i tildelingsevalueringen. Disse arbeidene utgjorde en vesentlig del av leveransens innhold. Ettersom faktiske forskjeller mellom tilbudene dermed ikke var hensyntatt, var tildelingsbeslutningen i strid med forskriften § 22-2, og måtte annulleres, jf. forskriften § 22-3 nr. 5.
- (44) Det avglemt forholdet fikk først og fremst betydning for vurderingen av tildelingskriteriet "*Gjennomføringsevne*". Ettersom asfaltarbeidene utgjorde et vesentlig element i anskaffelsen, anså innklagede det slik at forglemmelsen kunne ha hatt innvirkning også på vurderingen av de andre tildelingskriteriene. Det ble på dette grunnlag foretatt en ny evaluering av samtlige tildelingskriterier.
- (45) Endringene under tildelingskriteriet "*Gjennomføringsevne*" var for klagers vedkommende blant annet begrunnet i at klager verken hadde beskrevet gjennomføringen av, eller den antatte fremdriften i asfaltarbeidene. Videre hadde valgte leverandør tilbudt flere lag for gjennomføringen av disse arbeidene. For å reflektere relevante forskjeller mellom tilbudene var det derfor nødvendig å redusere klagers poeng under punktet "*beskrivelse av løsning*".
- (46) Når det gjelder endringene som er foretatt under tildelingskriteriet "*Miljø*" skyldes disse delvis at det ble avdekket nye feil. Dette gjaldt at miljøerklæring/miljøsertifisering, som var alternative kvalifikasjonskrav og som ikke falt inn under beskrivelsen av underkriteriet, urettmessig hadde blitt tillagt vekt i den første evalueringen. Både klager og valgte leverandør fikk av denne grunn poengtrekk ved underkriteriet "*Tomgangskjøring*". Den etterfølgende evalueringen av tildelingskriteriet "*Miljø*" har heller ikke hatt betydning for rangeringen mellom tilbyderne.
- (47) Innklagede foretok også en kontrollregning ved tildelingskriteriet "*Pris*". Dette fordret korrigering av en regnefeil som medførte at klager ble gitt en høyere score. Heller ikke denne evalueringen har hatt betydning for rangeringen mellom tilbyderne.

- (48) Slik det fremgår av den etterfølgende evalueringen skyldes ikke endringen av klagers poengsum et endret skjønn, men at feil i den foregående tildelingsevalueringen er hensyntatt.
- (49) Det anføres prinsipalt at oppdragsgiver etter en rettmessig annullering av en tildelingsbeslutning kan gjennomføre en ny evaluering av samtlige forhold, også av andre forhold enn de som direkte lå til grunn for annulleringen.
- (50) Subsidiært anføres at de etterfølgende endringene som er isolert sett er knyttet til asfaltarbeidene, alene ville ha resultert i samme rangering av tilbyderne.

Feil faktum ved tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne"

- (51) Tildelingskriteriet *"Gjennomføringsevne"* er gitt en relativ vekt på 30 %, og det første underkriteriet herunder en vekt på 70 %. Det er ikke gitt spesifikk uttelling for ulike deler av leveransen basert på økonomisk verdi. Det forhold at den økonomiske andelen av asfaltarbeidene var angitt i en parentes i evalueringsskjemaet, kan ikke forstås dithen at asfaltarbeidene ble vektlagt 50 % i evalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (52) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder veivedlikehold, mer spesifikt istandsetting etter graving som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen var i veiledende kunngjøring av 23. desember 2010 punkt II.3 estimert til å ha en verdi mellom 60-75 millioner kroner. 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 og 2-2.

Avvisning av valgte leverandør

- (53) Klager har anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende dokumentasjon av at kvalifikasjonskravene er oppfylt.
- (54) Det følger av § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*. Videre følger det av forskriften § 20-12 (2) bokstav g at oppdragsgiver *"kan"* avvise leverandører som har *"unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren"*.
- (55) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2, § 8-4 var det angitt at *"For å vurdere om firmaet har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfyllelse av kontrakten, skal tilbyder vedlegge tilbudet følgende dokumentasjon"*. I listen over etterspurt dokumentasjon var det i punkt 5 oppgitt at *"Entreprenøren må kunne dokumentere et KS-system"*, og i punkt 8 at *"Utstyr som tilbys skal dokumenteres"*.
- (56) Kravet om dokumentasjon av utstyr er formulert som et dokumentasjonskrav. Sammenholdt med det overordnede kvalifikasjonskravet, forutsetter dokumentasjonskravet et kvalifikasjonskrav om at tilbyderne har tilfredsstillende teknisk utstyr for å utføre oppdraget, sml. blant annet sak 2010/201 premiss (28).

- (57) For en del av oppdraget, asfaltarbeidene, var det vedlagt en utstyrsliste fra valgte leverandørs underentreprenør. For den delen av oppdraget valgte leverandør selv skulle forestå var det kun inntatt en opplysning i tilbudsbrevet om at *"vi har en moderne maskinpark for de aller fleste typer oppdrag innen grunnarbeidsfaget"*. Innklagede vurderte likevel valgte leverandør til å oppfylle kvalifikasjonskravet, på bakgrunn av kunnskap om hvilket utstyr valgte leverandør hadde til rådighet. Innklagede har i denne forbindelse vist til en løpende kontrakt med valgte leverandør som, foruten asfaltarbeidene, tilsvarte angjeldende anskaffelse.
- (58) Klagenemnda har i flere saker vurdert forholdet mellom oppdragsgivers plikt og rett til å avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av dokumentasjonskrav, jf. blant annet sak 2010/323 premiss (49) flg. med videre henvisninger. Her gjengis blant annet fra sak 2009/219 at:
- (35) ... en leverandør skal avvises etter § 20-12 første ledd bokstav a dersom han ikke oppfyller det tilhørende dokumentasjonskravet «og ved dette viser at han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet (eller som følge av dette ikke har dokumentert at han oppfyller kravet)». Dersom tilbyder «ellers» ikke oppfyller kravene til dokumentasjon, kan selskapet avvises etter § 20-12 andre ledd bokstav g, men i slike tilfeller har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet.
- (36) Dette viser at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som ikke på noen måte har dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Oppdragsgivers rett til å avvise en leverandør etter § 20-12 andre ledd bokstav g er dermed forbeholdt tilfeller der dokumentasjonskravet ikke er oppfylt, men leverandøren på annen måte likevel har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt, eller at dette fremstår som sannsynlig.
- (59) Spørsmålet er dermed om valgte leverandør har vist at kvalifikasjonskravet, til tross for den manglende dokumentasjonen, er oppfylt, eller at dette på annen måte fremstår som sannsynlig. Dette spørsmålet er i utgangspunktet gjenstand for innklagedes skjønn, jf. sak 2010/323 premiss (55), men med rettslige begrensninger for skjønnsutøvelsen. Her må klagenemnda ta stilling til om innklagede lovlig kunne vektlegge kunnskap fra det løpende kontraktsforholdet med valgte leverandør.
- (60) Leverandøren bærer risikoen for at tilbudet tilfredsstiller de krav som er satt i konkurransegrunnlaget, herunder at den innleverte dokumentasjonen viser at kvalifikasjonskravene er oppfylt. På bakgrunn av de grunnleggende kravene til etterprøvbarehet og forutberegnelighet, kan oppdragsgiver som utgangspunkt ikke vektlegge udokumentert informasjon, jf. sak 2005/50 premiss (33).
- (61) Innklagede hadde i foreliggende sak sin kunnskap fra det løpende kontraktsforholdet med valgte leverandør. Hensynet til øvrige tilbydere tilsier at slike forhold ikke kan vektlegges i vurderingen, sml. klagenemndas sak 2009/174 premiss (60) med videre henvisninger. Selv om oppdragsgivere etter omstendighetene kan tilkjennes en begrenset adgang til å gå utenfor det faktum som fremkommer av tilbudene, for eksempel til offentlig tilgjengelige og konstaterbare opplysninger, kan ikke egne erfaringer benyttes som grunnlag for kvalifikasjonsvurderingen.
- (62) Spørsmålet er dermed om det var annen og dokumentert informasjon som kunne sannsynliggjøre oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Valgte leverandørs opplysning om at *"vi har en moderne maskinpark for de aller fleste typer oppdrag innen*

grunnarbeidsfaget", kan ikke alene være tilstrekkelig til å oppfylle et slikt sannsynlighetskrav. Innklagede har heller ikke begrunnet sin vurdering av valgte leverandørs kvalifikasjoner med annet enn kunnskap fra det løpende kontraktsforholdet. Ettersom dette ikke kan vektlegges, er det ikke sannsynliggjort at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet.

- (63) Valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende dokumentasjon av at kvalifikasjonskravene var oppfylt, jf. § 20-12 (1) bokstav a.
- (64) På bakgrunn av denne konklusjonen finner ikke klagenemnda grunn til å vurdere klagers anførsel om at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende dokumentasjon av KS-system.

Vektlegging av asfaltarbeidene ved evalueringen av "Gjennomføringsevne"

- (65) Klager har anført at innklagede ikke kunne vektlegge beskrivelse av asfaltarbeidene ved vurderingen av tildelingskriteriet *"Gjennomføringsevne"*.
- (66) Det første underkriteriet under tildelingskriteriet *"Gjennomføringsevne"* er i konkurransegrunnlaget beskrevet med *"Gjennomføring av oppdraget, beskrivelse av hvordan oppdraget er tenkt løst (se kap 5.10 Framdrift)"*.
- (67) Ved tildelingsevalueringen skal oppdragsgiver ut fra kravet til forutberegnelighet i loven § 5 kun ta hensyn til de forhold som naturlig faller inn under de fastsatte tildelingskriteriene med tilhørende underkriterier. For øvrig har oppdragsgiver ved tildelingsevalueringen et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig.
- (68) Klager har begrunnet sin anførsel med at slik tildelingskriteriet og konkurransegrunnlaget for øvrig er lagt opp, er det ikke naturlig å vektlegge beskrivelse av asfaltarbeidene ved evalueringen. Klager viser til at asfaltarbeidene ikke er uttrykkelig nevnt verken i tildelingskriteriet eller punkt 5.10 i konkurransegrunnlaget. Det vises også til at asfaltarbeidene var regulert i konkurransegrunnlaget for øvrig, og at en ytterligere beskrivelse av disse fremstod som overflødig.
- (69) Spørsmålet om bruk av tildelingskriterier som gjelder evne til å oppfylle kontrakten ("Lianakis" C-532/06) er ikke reist, og nemnda forholder seg til klagenemndsforskriften § 12 om begrensning av saken til partenes anførsler
- (70) Underkriteriet som gjaldt løsningsbeskrivelse etterspurte generelt en *"beskrivelse av hvordan oppdraget er tenkt løst"*. Dette tilsier verken at enkelte deler av oppdraget skulle utelates, eller beskrives spesielt. Det samme gjelder konkurransegrunnlaget punkt 5.10 *"Framdrift"* som er vist til i forbindelse med underkriteriet. Her er det imidlertid inntatt et krav om at *"Asfaltering skal settes i gang senest 1 uke etter at istandsettingen er ferdig"*.
- (71) Anskaffelsen gjelder istandsetting etter graving, og oppdraget omfatter en rekke forskjellige arbeider, jf. premiss (2). Den etterspurte løsningsbeskrivelsen må ses i lys av dette, og åpner i utgangspunktet for at oppdragsgiver kan vurdere alle beskrevne elementer i det planlagte arbeidet.

(72) Selv om fokuset i underkriteriet løsningsbeskrivelse ligger på fremdrift i oppdraget, innebærer ikke det nevnte minstekravet for asfalteringsarbeidene at ytterligere beskrivelse av asfalteringsarbeidene ikke kunne vektlegges. På samme måte som for de øvrige delene av oppdraget måtte innklagede derimot ha anledning til å vurdere hvordan asfalteringen var tenkt gjennomført, blant annet for kunne vurdere kvaliteten i dette arbeidet. Dette kunne ikke fremstå som upåregnelig for tilbyderne, og innklagede har dermed ikke brutt kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Gjennomføringsevne"*.

(73) Klagers anførsel fører ikke frem.

Etterfølgende tildelingsevaluering

(74) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å endre sin skjønnsmessige vurdering i den etterfølgende tildelingsevalueringen.

(75) Det følger av forskriften § 22-3 nr. 5 at dersom *"oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått"*.

(76) Innklagede begrunnet annulleringen av den første tildelingsbeslutningen med at *"gjennomføringsevne av asfaltarbeidene var avglemt under evalueringen"*. Klager har ikke bestridt at innklagede hadde rett til å annullere beslutningen.

(77) Bestemmelsen i forskriften § 22-3 nr. 5 innebærer at oppdragsgiver ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, jf. også klagenemndas saker 2011/338 premiss (57), 2011/267 premiss (46), 2005/294 premiss (18) og 2006/66 premiss (42). Dette betyr at oppdragsgiver ved den etterfølgende tildelingsevalueringen både kan og skal rette opp i feil fra den foregående evalueringen, men at øvrige endringer ikke er tillatt. Rettingen er imidlertid ikke begrenset til den eller de feil som begrunnet annulleringen.

(78) Innklagede har forklart at feilen først og fremst hadde betydning for vurderingen av tildelingskriteriet *"Gjennomføringsevne"*. Ettersom asfaltarbeidene utgjorde et vesentlig element i anskaffelsen, anså innklagede det slik at feilen også kunne ha innvirket på vurderingen av de andre tildelingskriteriene. Det ble derfor foretatt en ny evaluering av samtlige tildelingskriterier.

(79) Det er ikke fyllestgjørende opplyst for klagenemnda hvilke konkrete følger feilen om asfaltarbeidene hadde fått i den første tildelingsevalueringen. Dette vanskeliggjør vurderingen av hvilke forhold som lovlig kunne rettes ved den etterfølgende tildelingsevalueringen.

(80) De tre underkriteriene under tildelingskriteriet *"Miljø"*, gjengitt i premiss (3), gjaldt henholdsvis returordning, tomgangskjøring og miljøtiltak. Poengsummene under samtlige av disse er endret for én eller flere av tilbyderne. Innklagede har imidlertid kun begrunnet endringene under en av disse, tomgangskjøring, med at det ble avdekket feil i den foregående tildelingsevalueringen. I tråd med det ovenstående hadde innklagede både rett og plikt til å rette denne feilen i den nye evalueringen. Innklagede har imidlertid ikke begrunnet endringene i de to øvrige underkriteriene under *"Miljø"* med

at det ble avdekket feil. I det etterfølgende evalueringsnotatet er heller ikke de enkelte begrunnelsene for disse endringene knyttet til feilen om asfaltarbeidene.

- (81) Innklagede har plikt til å påvise at de etterfølgende endringene skyldes feil i den foregående evalueringen. Ettersom endringene ved to av tre underkriterier under "Miljø" ikke er begrunnet med foregående feil, finner klagenemnda slik saken er opplyst at innklagede har foretatt endringer i sitt tildelingsskjønn fra den første til den andre tildelingsevalueringen. Innklagede har ved dette brutt forskriften § 22-3 nr. 5.

Feil faktum ved tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne"

- (82) Klager har anført at innklagede har lagt til grunn feil faktum under tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne" ved å vurdere asfaltarbeidene til å utgjøre ca. 50 % av oppdraget ved underkriteriet løsningsbeskrivelse.
- (83) Klager har vist til at innklagede ved evalueringen av klager i den andre tildelingsevalueringen har skrevet "*God beskrivelse av løsning, men mangler beskrivelse av asfaltering (utgjør ca 50 % av anbudet)*". Det er videre vist til at selv om den økonomiske verdien av asfaltarbeidene, inkludert asfalten, utgjør 50 %, representerer ikke dette andelen arbeid forbundet med asfaltdelen av oppdraget. Innklagede har på sin side forklart at det ikke er gitt spesifikk uttelling for ulike deler av leveransen basert på økonomisk verdi.
- (84) Innklagede har opplyst at det ikke er riktig at asfaltarbeidene er tillagt den vekt klager hevder, og at det ikke er gitt spesifikk uttelling for ulike deler av leveransen basert på økonomisk verdi. Klagenemnda forstår innklagede på den måten at henvisningen til at asfaltarbeidene utgjorde 50 % av anbudet kun er en faktisk opplysning. Dette fremstår også som den mest nærliggende måten å lese den andre tildelingsevalueringen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Erstatning

- (85) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemnds forskriften § 12.

Konklusjon:

Trondheim kommune har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a, ved ikke å avvise valgte leverandør.

Trondheim kommune har brutt forskriften § 22-3 nr. 5, ved å endre sitt tildelingsskjønn etter annullering av den første tildelingsbeslutningen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 24. september 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim