



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: *Avvisning av tilbud, tildelingsevaluering, evalueringsmodell*

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nytt rullebanedekke ved Bodø hovedflystasjon. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 22-3 (5) ved å omgjøre evalueringen og avvise klagers tilbud på grunn av angitte forbehold knyttet til værforhold og omfang av reparasjoner. Klagenemnda kom videre til at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5, ved å evaluere "Tilbudt organisasjons leveranseerfaring" under tildelingskriteriet "Leveringsevne", og ved å oppjustere tilbydernes poengsum i den endelige poengutregningen som var gjenstand for vekting. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 4. februar 2015 i sak 2014/22

Klager: Hesselberg Bygg AS

Innklaget: Forsvarsdepartementet v/ Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven, Kai Krüger

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. desember 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nytt friksjonsdekke på hovedrullebanen ved Bodø hovedflystasjon. Arbeidet skulle utføres som generalentreprise etter NS 8405. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tilbudsfrist var 24. januar 2014.
- (2) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at ferdigstillelsesfrist var 30. september 2014, og at overskridelse av denne var dagmulktbelagt i henhold til kontraktbestemmelsene. I NS 8405 punkt 34.3 er dagmulktssatsen satt til 1 % av kontraktssummen.
- (3) Et av kvalifikasjonskravene i konkurransen var følgende:

<i>"Leverandørenes anleggsleder og prosjektleder skal ha kompetanse og erfaring i disse rollene fra entrepriser på rullebaner av tilsvarende størrelse og kompleksitet</i>	<i>CV fra anleggsleder og prosjektleder</i> <i>Liste over referanseprosjekter som gir en kort beskrivelse av prosjektet, dets størrelse og hvilke funksjoner disse personene hadde i prosjektet."</i>
--	--

- (4) I konkurransegrunnlagets prisskjema var det angitt følgende om flyplassdekkets tetthet:

"Det ferdige dekke skal være impermeabelt for vanninntrengning fra oversiden av dekket og diffusjonsåpent for avluftning av fuktighet."

- (5) Det ble videre presisert under anbudsbehandling at kravet til tetthet måtte dokumenteres oppfylt i tilbudet, herunder at dekket skulle være diffusjonsåpent. Dette ble nedfelt i referatet fra anbudsbehandlingen.
- (6) Tildeling av kontrakt var basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, ut fra tildelingskriteriene "Pris" (40 %) og "Leveringsevne" (60 %). Om evalueringen av kriteriet "Leveringsevne", var det angitt følgende i konkurransegrunnlaget:

"For kriteriet leveringsevne vurderes leverandørens dokumentasjon for at han kan gjennomføre byggearbeidene bl.a. basert på teknisk gjennomføring, tilgjengelig utstyr, logistikk, kvalitet, bemanninger etc i forhold til sin fremlagte fremdriftsplan, og gitte tidsvinduer for banestengninger/døgnstegninger.

Leverandøren skal levere en fyldestgjørende fremdriftsplan der han redegjør for tidsmessig gjennomføring av de ulike aktivitetene, slik at han kommer i mål til ferdigstillelsesdato. Fremdriftsdiagram fremstillet i regneark eller Microsoft Project eller lignende program, som viser minimum: Klarering av personell, opplæring av personell, materialleveranser, utbedring av skader, gjennomføring av prøvedekke, utlegging av permanent dekke, fugearbeider, oppmerking, etc. Planen skal være tilpasset plan for stengning av rullebaner slik at alle aktiviteter på alle rullebanedeler fremkommer entydig og komplett. Planen skal dessuten fremvise kvalitetssikring og kontrollarbeider, FDV og øvrige aktiviteter beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Bedømmelsen vil blant annet bli gjort ut ifra vurdering av leverandørens dokumentasjon/beskrivelse:

- *Fremdriftsredegjørelse*
- *Metodebeskrivelse for forarbeider og klargjøring av betongdekket*
- *Metodebeskrivelse for utlegging av friksjonsdekke*
- *Metodebeskrivelse for fugging*
- *Metodebeskrivelse for merking*
- *Metodebeskrivelse for kvalitetssikring*
- *Beskrivelse av aktiviteter innenfor de ulike tilgjengelige rullebanedeler*
- *Beskrivelse av kapasitet pr døgn/natt, skiftordninger, reservekapasitet, forseringsmuligheter*
- *Identifisering og beskrivelse av gjennomføring av kritiske arbeidsoperasjoner, herunder minimalisering av risikoen for kvalitetsforringelse og forsinkelser pga nedbør.*

For byggherren er det en betingelse at de gitte tidsvindu for banestengninger, nattstengninger etc. overholdes og at det ikke går ut over kvaliteten.

Det vil bli satt poeng fra 0 til 10 poeng. 10 poeng gis leverandører med svært god redegjørelse på leveranseevne og 0 poeng gis leverandører som ikke dokumenterer leveranseevne.

Samlet evaluering

Poengene på begge kriterier blir deretter vektet med sine respektive vektall. Den tilbyder med høyest samlet score etter vektning blir innstilt som vinner av konkurransen"

- (7) Det ble levert to tilbud i konkurransen, fra Hesselberg Bygg AS (heretter klager), og Possehl Spezialbau GMBH (heretter valgte leverandør). Tilbudt pris var henholdsvis kroner 89 525 268 og 100 228 380.
- (8) Fra klagers tilbud hitsettes:

"5. Forbehold

5.1 Vi tar forbehold om at 400 m² med prøvefelt kan installeres som 1. etappe av selve oppdraget

5.2 Hvis det inntreffer så mange regndager utover normalvær (statistikk for de siste 5 år) at det kan installeres mindre enn 90 % av de antatte (basert på samme statistikk) tilgjengelige skift for nattarbeid (de arealene der det bare kan arbeides natt) forutsettes at vi også kan arbeide natt i fase 3.

5.3 Vi tar forbehold om døgnmulkt knyttet til ferdigstillelse på 1 ‰ ikke vil bli gjort gjeldende hvis:

- det inntreffer så mange regndager utover normalvær (statistikk for de 5 siste år) at det kan installeres mindre enn 70 % av de antatte (basert på samme statistikk) tilgjengelige skift.*
- omfanget av reparasjoner blir så omfattende at det kan dokumenteres at det umuliggjør planlagt fremdrift.*

Kostnadene for å ferdigstille belegget som er beskrevet er imidlertid entreprenørens."

- (9) Tilbyderne ble meddelt 14. februar 2014 at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Av brevet fremgikk følgende om evalueringen av tildelingskriteriet "Leveringsevne":

"Forsvarsbygg har evaluert dokumentasjonen i tilbudene i henhold til punktene som ble beskrevet i tilbudsinnbydelsen samt tilbudt organisasjons leveranseerfaring.

Hesselberg Bygg AS har levert en godt gjennomarbeidet framdriftsredegjørelse og har en god beskrivelse av kapasitet og aktiviteter med forseringsmuligheter. De har levert begrenset med dokumentasjon og redegjørelse for fugging, oppmerking og kvalitetssikring samt deler av organisasjonens kompetanse og erfaring.

Possehl Spezialbau har levert en enkel, men dekkende beskrivelse av fremdrift, aktiviteter, kritiske arbeidsoperasjoner og risikotiltak. På de øvrige punktene har de levert god eller meget god dokumentasjon og redegjørelse.

Samlet evaluering er foretatt ved at beste tilbyder innenfor hvert evalueringskriterium har fått 10 poeng på kriteriet og den andre har fått poeng på sin evaluering normalisert i forhold til dette. Til slutt er pris og leveringsevne vektet i forhold til hverandre. Dette følgende oppsummeringstabell:

<i>Tilbyder</i>	<i>Prispoeng (40%)</i>	<i>Leveringsevnepoeng (60%)</i>	<i>Total evaluering</i>
<i>Possehl Spezialbau GmbH</i>	8,8	10	9,52
<i>Hesselberg Bygg AS</i>	10	7,2	8,30"

(10) Det er også fremlagt en mer detaljert evalueringsmatrise, som blant annet viser at det ble gitt poeng mellom 1 til 10 under hvert punkt som var evaluert under tildelingskriteriet "*Leveringsevne*", og disse var gitt spesifikk vekt. Det gjengis følgende av matrisen:

- *Fremdriftsredegjørelse*, 10 % vekt: Klager tildelt 9 poeng, valgte leverandør 5 poeng.
- *Redegjørelse for gjennomføring av forarbeider med reparasjon og klargjøring av betongdekke*, 5 % vekt: Klager tildelt 4 poeng, valgte leverandør 9 poeng.
- *Redegjørelse og metodebeskrivelse for gjennomføring av utlegging av friksjonsdekke*, 10 % vekt: Begge leverandører tildelt 9 poeng.
- *Redegjørelse og metodebeskrivelse for fuging*, 10 % vekt: klager tildelt 2 poeng, valgte leverandør 9 poeng.
- *Gjennomføring av oppmerking av rullebanedekkene*, 5 % vekt: klager 1 poeng, valgte leverandør 8 poeng.
- *System og beskrivelse av gjennomføring av kvalitetssikring*, 10 % vekt. Klager tildelt 1 poeng, valgte leverandør 9 poeng
- *Beskrivelse av aktiviteter innenfor de ulike rullebanedeler*, 10 % vekt: klager tildelt 9 poeng, valgte leverandør 5 poeng
- *Beskrivelse av kapasitet pr døgn/natt, skiftordninger, reservekapasitet, forseringsmuligheter*, 10 % vekt: klager tildelt 9 poeng, valgte leverandør 7 poeng
- *Identifisering og beskrivelse av kritiske arbeidsoperasjoner min. risk ved nedbør*, 10 % vekt: klager tildelt 8 poeng, valgte leverandør 5 poeng.
- *Tilbudt organisasjons leveranseerfaring*, 20 % vekt: klager tildelt 3 poeng, valgte leverandør 10 poeng.
- *Summer: Vektet kompetansescore*: klager tildelt 5,6 poeng, valgte leverandør 7,8 poeng. *Kompetansepoeng*: klager tildelt 7,2, valgte leverandør 10 poeng.

(11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. februar 2014.

- (12) Innklagede foretok en ny gjennomgang av tilbudene på bakgrunn av klagen. Dette resulterte i at klagers tilbud ble avvist 10. mars 2014 med den begrunnelse at det inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, og at forbeholdene medførte bedømmelsestvil, jf. forskriften § 20-13 (2) bokstav d og f. Kontrakt ble inngått etter dette.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. februar 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avvisning av valgte leverandør

- (14) Valgte leverandør skulle vært avvist fordi det ikke var lagt ved forpliktelseserklæring fra underleverandører som skulle benyttes til forbehandling av betongdekke og oppmerking.
- (15) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi det ikke var dokumentert i tilbudet at belegget som var tilbudt var diffusjonsåpent, jf. forskriften § 20-13 bokstav e. Manglende dokumentasjon på oppfyllelse av dette kravet representerer et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen.

Avvisning av klagers tilbud

- (16) Innklagede hadde ikke hjemmel til å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 bokstav d eller f på grunn av forbeholdene som var stilt.
- (17) Det ville vært useriøst å ikke ta forbeholdet vedrørende værforhold som er stilt i tilbudet punkt 5.2 og 5.3 første setning. Tilbudet svarer på oppgaven på best mulig måte ved å analysere risikoen for at en ikke kan ferdigstille arbeidene på grunn av regn og dertil definert en rekke tiltak, der kostnadene er medtatt i tilbudet, for å unngå at dette skal skje. I den mest kritiske fasen har vi for eksempel redegjort for 35 % kapasitetsreserve ved et normalt antall nedbørsdøgn. Valgte leverandørs tilbud inneholder også et værforbehold ved presiseringen om at installasjonen av belegg bare kan gjøres ved tørt vær, mens de samtidig legger ved en plan som ikke lar seg gjennomføre hvis det skulle regne over en forholdsvis kort periode. Dette gjør at også valgte leverandør kan pårope seg fristforlengelse, men uten at de har definert hvilken risiko de påtar seg, i motsetning til klager. Klagers tilbud kunne uansett ikke avvises på grunn av værforbeholdet i punkt 5.3 fordi forbeholdet kan prissettes til dagmulktsummen.
- (18) Når det gjelder forbeholdet i punkt 5.3 andre strekpunkt, kan ikke dette regnes som et egentlig forbehold, ettersom klager uansett vil kunne kreve fristforlengelse i henhold til kontrakten dersom det viser seg at reparasjonene er mer omfattende enn beskrevet. Forbeholdet i punkt 5.1 er også tatt i valgte leverandørs tilbud. Hvis prøvefelt underkjennes må begge tilbyderne derfor stanse planlagt arbeid inntil dette er i orden.

Evalueringen

- (19) Det var ikke opplyst i konkurransegrunnlaget at innklagede ville evaluere "*Tilbudt organisasjons leveranserfaring*" under tildelingskriteriet "*Leveringsevne*", og

innklagede har derfor brutt kravet til forutberegnelighet ved å medta dette i evalueringen, og ved gi det så høy vekt som 20 % av kriteriet.

- (20) Subsidiært anføres at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager for lav poengscore for besvarelsen av *"Tilbudt organisasjons leveranseerfaring"*. Valgte leverandør har fått 10 poeng på grunnlag av to CVer, uten å vise hvordan operasjonen skal organiseres. Klager har fått 3 poeng på grunnlag av 2 CVer og et organisasjonskart som viser hvordan prosjektet organiseres.
- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å gi klager en uforholdsmessig lav poengsum ved evalueringen av *"Reparasjon og klargjøring av betongdekke"*, sammenlignet med valgte leverandør. Klagers tilbud gir en meget god beskrivelse av dette, og poengforskjellen er urimelig.
- (22) Innklagede har brutt regelverket ved å gi klager for en lav poengscore for besvarelsen av *"Redegjørelse og metodebeskrivelse for fugging"* og *"Gjennomføring av oppmerking av rullebanedekke"* opp mot valgte leverandør. Også klagers tilbud var enkelt men dekkende på disse punktene.
- (23) Innklagede har brutt regelverket ved å gi valgte leverandør så høy total poengsum som 7,8, når tilbudets fremdriftsplan ikke fyllestgjørende besvarer hvordan de skal få gjennomført installasjonen med knappe tidsvinduer og betydelig værrisiko. I konkurransegrunnlaget var dette fremhevet som viktig. Innklagede har ved evalueringen heller ikke tatt i betraktning den risiko som ligger i valgte leverandørs metode for å legge rullebanedekket, sammenlignet med klagers belegg.
- (24) Innklagede har brutt regelverket ved at det er manglende samsvar mellom begrunnelsen for vurderingen av valgte leverandørs tilbud under tildelingskriteriet *"Leveranseevne"* og poengene som er tildelt. Begrunnelsen tilsier ikke at tilbudet er vurdert i nærheten av *"svært god"*, og burde derfor ut fra konkurransegrunnlaget ikke fått 7,8 poeng.
- (25) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å utregne totalsummene for tildelingskriteriet *"Leveringsevne"* riktig i henhold til konkurransegrunnlaget. Valgte leverandør ble tildelt 7,8 poeng ved tildelingskriteriet *"Leveringsevne"*. Poengscore ble deretter oppjustert til henholdsvis 10 og 7,2 poeng for valgte leverandør og klager. Denne oppjusteringen er ikke i samsvar med konkurransegrunnlaget.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (26) Valgte leverandør skulle ikke vært avvist på grunn av manglende forpliktelseserklæring fra underleverandører. Det var kun påkrevd forpliktelseserklæring der leverandøren ikke i tilstrekkelig grad kunne vise til å ha gjort arbeider av tilsvarende størrelse og kompleksitet. Valgte leverandør oppfyller klart dette kravet på egenhånd, og forpliktelseserklæring fra underleverandører var dermed ikke påkrevd.
- (27) Valgte leverandørs tilbud ga ikke innklagede grunn til å tro at tilbudet inneholdt vesentlige avvik fra kravet til tetthet i konkurransegrunnlaget, og skulle følgelig ikke vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Leverandørenes beskrivelser ble evaluert av en rådgivergruppe med fagekspertise, som vurderte beskrivelsene som likeverdige, selv om de er noe ulike i forhold til metode.

Avvisning av klagers tilbud

- (28) Innklagede hadde plikt til å omgjøre evalueringen og avvise klagers tilbud, fordi det inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, som medførte bedømmelsestvil, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d og f. Forbeholdene medfører en forskyvning av risikoen mellom partene knyttet til ferdigstillelse innenfor kontraktens tidsfrister, og det er åpenbart at tilbudet skulle avvises når forbeholdene ses samlet. Forbeholdene er også vesentlige hver for seg.
- (29) Forbeholdet mot dagmulkt i punkt 5.3 første punkt avviker fra kontrakten, og senker terskelen for hvilke værforhold som gir fristforlengelse sammenlignet med kontraktstandardens force majeure-bestemmelse. Det er i tillegg uklart om forbeholdet gjør unntak fra den økonomiske risikofordelingen som er fastlagt i regelen om force majeure, som sier at entreprenøren har krav på fristforlengelse men ikke tilleggsvederlag. Fremdrift og ferdigstillelse er meget sentrale forhold i denne kontrakten, noe tildelingskriteriene gjenspeiler. Forbeholdene lar seg ikke prissette, fordi det er umulig å beregne sannsynligheten for at sommerhalvåret 2014 skal være et normalt år ut fra statistikken de siste fem år. Innklagede har ut fra klagers tilbud beregnet at ved bruk av 70 % tilgjengelige skift på grunn av avvik utover normalnedbør, vil gjennomføringen minst forskyves utover fase 4. Det har som konsekvens at arbeidene må forskyves til 2015, da legging av for eksempel epoxy ikke lar seg gjøre på grunn av værforholdene i september og oktober. Forlenget gjennomføring vil også ha priskonsekvenser utover tapet av dagmulkt, som kostnader ved å beholde byggleiderteamet i en lengre periode.
- (30) Forbeholdet mot dagmulkt i punkt 5.3 andre punkt angående omfanget av reparasjoner, har noe uklar rekkevidde, men tolkes til at forbeholdet inntreffer der omfanget av reparasjoner umuliggjør klagers egen fremdriftsplan. Den nye gjennomgangen av tilbudet avdekker svakheter i kapasitet, og det er da naturlig å tolke dette forbeholdet som begrensninger i forhold til konkurransegrunnlaget. Forbeholdet vil i tillegg til bestemmelsen om dagmulkt, føre til en begrensning i byggherrens rett til å kreve endringer etter pkt. 22.1, samt retten til å kreve forsering i punkt 22.2. Det nevnes at endringsadgangen er oppjustert til 25 % av kontraktssummen i kontrakten. Dette er sentrale bestemmelser i standarden, og er kritisk for dette prosjektet. Forbeholdet er konkurransevridende og lar seg ikke prise med tilstrekkelig grad av sikkerhet.

Evalueringen

- (31) Klager har anført at innklagede ikke har utregnet riktig poengsum i evalueringen. I alle tilfeller ser ikke innklagede at denne nyansen skal kunne utgjøre en forskjell i evalueringen, ettersom dette vil resultere i samme vinnerresultat. Den forholdsmessige differansen til klagers tilbud er konstant, og rangeringen under kriteriet blir derfor ikke endret.
- (32) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å medta *"Tilbudt organisasjons leveranserfaring"* i evalueringen av tildelingskriteriet *"Leveringsevne"*. Dette er ment å ta opp kjernen i kriteriet *"leverandørens dokumentasjon for at han kan gjennomføre byggearbeidene"*, og man fant det derfor naturlig å tillegge dette mer vekt enn de øvrige. Det er ikke grunnlag for å hevde at evalueringen er gjort på bakgrunn av forhold som ikke er nevnt i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget åpner også for at andre moment kan vektlegges.

- (33) Innklagede har ikke brutt regelverket ved poengtildelingen i evalueringen av tildelingskriteriet "*Leveringsevne*". Klagers tilbud er vurdert korrekt, og det er også grunnlag for at klager skulle fått en lavere score fordi tilbudets fremdriftsplan avviker fra konkurransegrunnlagets beskrivelse av hvor det kan arbeides i ulike perioder.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av nytt friksjonsdekke på hovedrullebanen ved Bodø hovedflystasjon, som er en bygg- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i konkurransedokumentene, men anskaffelsen er kunngjort i Doffin og TED, som en anskaffelse som følger forskriften del I og III. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av valgte leverandør/ valgte leverandørs tilbud

Forpliktelseserklæring

- (35) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist fordi det ikke var lagt ved forpliktelseserklæring fra underleverandører som skulle benyttes til forbehandling av betongdekke og oppmerking, slik det var krav om i konkurransegrunnlaget.
- (36) Det er noe uklart på hvilket grunnlag klager mener valgte leverandør skulle vært avvist for ikke å levere forpliktelseserklæring fra disse underleverandørene. Regelverket inneholder ikke et alminnelig krav om å legge ved forpliktelseserklæring for å dokumentere det som er tilbudt, herunder arbeid som skal utføres av andre enn tilbyder selv, jf. klagenemndas avgjørelse 2012/248 premiss (49). Det er ikke anført at valgte leverandør manglet evne til å oppfylle kvalifikasjonskrav til for eksempel tekniske og faglige kvalifikasjoner på egenhånd, og dermed måtte dokumentere at de hadde rådighet over andre foretaks kapasitet, jf. § 17-9 (2). Det er heller ingen holdepunkt for dette. Anførselen fører ikke frem.

Dokumentasjon på tetthet

- (37) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, fordi det ikke var dokumentert i tilbudet at belegget som var tilbudt var diffusjonsåpent, og at tilbudet dermed inneholdt et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen.
- (38) Oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (39) Friksjonsdekket som skulle legges på rullebanen måtte ifølge konkurransegrunnlaget være impermeabelt for vanninntrenging fra oversiden av dekket og diffusjonsåpent for avluftning av fuktighet. Det ble presisert under anbudsbehandling at dette kravet til tetthet måtte dokumenteres oppfylt, herunder at dekket skulle være diffusjonsåpent.
- (40) Valgte leverandørs tilbud inneholdt en bekreftelse fra teknisk leder om at friksjonsdekket var impermeabelt for vanninntrenging, og at dekket var gjennomhullet med "*sprinkled material*" som gjorde at vanddamp kunne diffundere gjennom overflaten. Det var også presisert at epoxybelegget var ca. 1 mm tykt.

- (41) Klager hevder at en slik skriftlig uttalelse fra egne ansatte ikke kunne være egnet som dokumentasjon, og at dokumentasjonen ikke er presis nok. Ifølge klager burde tilbudet sagt mer om systemoppbyggingen av belegget, for å dokumentere at valgte leverandørs topplack ikke dannet en sammenhengende film med bindemiddel, som igjen kunne forårsake at systemet blir diffusjonstett. Innklagede har på sin side fremholdt at beskrivelsen ikke gir grunn til å tro at tilbudet inneholder vesentlige avvik fra kravet.
- (42) Klager har ikke hevdet at valgte leverandørs løsning faktisk ikke oppfyller kravet til diffusjonsåpenhet, men at dette ikke alene kunne sluttes ut fra egenerklæringen. Denne inneholdt en forklaring om hvordan belegget var diffusjonsåpent, ved at belegget var gjennomhullet med *"sprinkled material"*. Det var ikke stilt krav til hvilken og hvor omfattende dokumentasjon som måtte vedlegges. Valgte leverandørs dokumentasjon i form av egenerklæring fra teknisk leder må være tilstrekkelig i så måte så langt det ikke er holdepunkt i tilbudet for øvrig for at valgte leverandørs tilbudte løsning ikke oppfyller kravet. Klagers anførsel fører ikke frem.

Avvisning av klagers tilbud

- (43) Klager anfører at det ikke var grunnlag for å avvise dennes tilbud.
- (44) Innklagede foretok en ny gjennomgang av tilbudene på bakgrunn av klagen. Dette resulterte i at klagers tilbud ble avvist med den begrunnelse at klager måtte avvises med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav d og f.
- (45) Dersom innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud på dette grunnlag, vil dette utgjøre en feil ved den opprinnelige evalueringen som skulle rettes, jf. § 22-3 (5), se blant annet klagenemndas avgjørelse 2012/249 premiss (44) følgende.
- (46) Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d har oppdragsgiver plikt til å avvise tilbud som inneholder *"vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene"*. Etter bokstav f skal et tilbud avvises når det på grunn av *"avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.
- (47) Innklagede anfører at alle forholdene i klagers tilbud punkt 5, jf. premiss (8), både samlet og hver for seg innebærer vesentlige forbehold som medfører bedømmelsestvil. Innklagede fremhever særlig at tilbudet punkt 5.3 i seg selv måtte medføre avvisning. Klagenemnda tar først stilling til dette.
- (48) Spørsmålet er først om tilbudet punkt 5.3 karakteriseres som *"forbehold"*.
- (49) Det fremkommer av tilbudet punkt 5.3 første strekpunkt at dagmulkt knyttet til ferdigstillelse på 1 % ikke kan gjøres gjeldende *"dersom det inntreffer så mange regndager utover normalvær (statistikk for de 5 siste år), at det kan installeres mindre enn 70 % av de antatte (basert på samme statistikk) tilgjengelige skift"*. Etter NS 8405 punkt 24.3 har partene først krav på fristforlengelse ved *"ekstraordinære værforhold"*, som etter sin ordlyd og juridisk teori først utløses når værforholdene går utover de normale variasjonene i årstidene. Værforhold som er nevnt i tilbudet punkt 5.3 første setning vil derfor sannsynligvis ikke føre til fristforlengelse etter NS punkt 24.3, og dette innebærer et forbehold mot NS 8405 punkt 34.3 om dagmulkt knyttet til ferdigstillelse. Det kan derimot ikke legges til grunn at tilbudet i tillegg tar forbehold

om at vederlaget skal justeres ved fristforlengelse etter NS 8405 punkt 24.3, slik innklagede setter spørsmålstegn ved. Tilbudet punkt 5 siste setning støtter dette, som sier at *"Kostnadene for å ferdigstille belegget som er beskrevet er imidlertid entreprenørens"*.

- (50) Av klagers tilbud punkt 5.3 andre strekpunkt følger det videre at døgnmulkt knyttet til ferdigstillelse på 1 % ikke kan gjøres gjeldende der *"omfanget av reparasjoner blir så omfattende at det kan dokumenteres at det umuliggjør planlagt fremdrift"*. Det er uklart om *"planlagt fremdrift"* er ment å knytte seg til klagers egen fremdriftsplan, eller gjennomføringsplanen som var skissert i konkurransegrunnlaget. Klager har anført at dette ikke egentlig var et forbehold, ettersom en slik situasjon uansett ville gitt klager et krav på fristforlengelse, slik at døgnmulkt ikke ville bli utløst.
- (51) Reparasjoner skulle ifølge prisskjema avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster). I slike tilfeller vil et større reparasjonsomfang enn det som følger av mengdeangivelsen anses som en endring som gir fristforlengelse etter NS 8405 punkt 24.1 først der avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten, jf. NS 8405 punkt 22.1 siste ledd. Dersom klagers punkt 5.3 annet strekpunkt knyttes til klagers egen fremdriftsplan, kan klager ha rett på fristforlengelse hvis reparasjonsomfanget blir høyere enn det klager har tatt høyde for i sin fremdriftsplan, slik at dette utgjør et forbehold. Dersom det ved klagers punkt 5.3 annet strekpunkt derimot er ment å presisere at fristforlengelse inntreffer der konkurransegrunnlagets frist for ferdigstillelse ikke lar seg overholde, vil dette allerede være innklagedes risiko etter NS 8405 pkt. 24.1 bokstav c, og vil ikke innebære et forbehold. På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til nedenfor, finner ikke nemnda grunn til å ta endelig stilling til hvordan forbeholdet skal forstås. For den videre drøftelsen forutsettes det at det dreier seg om et forbehold mot NS 8405 punkt 34.2 om dagmulkt knyttet til ferdigstillelse. Klagenemnda kan ikke se at dette ellers berører retten til å pålegge endringer etter NS 8405 22.1 slik innklagede anfører, eller retten til å pålegge forsering etter 22.2.
- (52) Spørsmålet er videre om forbeholdene er *"vesentlig[e]"* eller *"medføre[r] tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.
- (53) Forbeholdene gjelder risikofordelingen i kontrakten ved oversittelse av ferdigstillelsesfristen på grunn av vær og omfanget av reparasjoner. Det må foretas en konkret vurdering av om risikoen i kontraktsforholdet med dette forrykkes i en slik grad at forbeholdene må anses vesentlige. I praksis er det lagt til grunn at muligheten for å prise et forbehold eller avvik kan ha betydning for om det foreligger bedømmelsestvil, og for om forbeholdet er vesentlig, se klagenemndas avgjørelse i sak 2011/308 premiss (88) med videre henvisninger. Resonnementet er at innvirkningen på konkurransen mellom tilbyderne etter omstendighetene kan anses tilstrekkelig ivarettatt der det i evalueringen tas hensyn til forbeholdets prismessige konsekvens. Prissettingen må i så fall sikre at klager ikke får en urettmessig konkurransefordel av forbeholdet.
- (54) Innklagede anfører at sannsynligheten for at forbeholdet vil inntreffe er umulig å beregne, og at priskonsekvensen derfor vanskelig kan fastslås. I foreliggende sak er det imidlertid nærliggende at i hvert fall den maksimale merkostnaden for innklagede kan fastslås. Hvorvidt innklagede ved prissettingen av forbeholdet må legge til grunn de maksimale merkostnadene ved realisering, eller saklig og forsvarlig kan vurdere priskonsekvensen som lavere, se blant annet NOU 2014: 4 kapittel 25.4.11. Det nevnes

også at valgte leverandørs tilbud ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, selv om klagers forbehold ikke var hensyntatt ved evalueringen. En usikkerhet om størrelsen av priskonsekvensen vil derfor i utgangspunktet ikke medføre tvil om rangeringen av tilbudene.

- (55) Etter NS 8405 punkt 34.3 er entreprenørens samlede dagmulktansvar begrenset til 10 % av kontraktssummen. Innklagede har anført at forbeholdene vil ha priskonsekvenser utover tapet av dagmulkt, fordi en forsinkelse trolig vil føre til at arbeidene vil måtte utsettes til 2015 pga. værforhold i oktober, som innebærer ytterligere kostnader for byggledderteam mm. Til dette presiseres at dagmulkten fungerer som den erstatning byggherren har rett til ved forsinkelse, slik at innklagede uansett ikke kan kreve erstatning for slike forhold etter NS 8405 punkt 34.1, med mindre det foreligger forsett eller grov uaktsomhet. Tilbudene skiller seg derfor ikke på dette punktet.
- (56) Et moment er likevel at formålet med dagmulkt ikke kun er å kompensere for forsinket arbeid, men også et incentiv for å fremskynde rettidig ferdigstillelse. Ferdigstillelsesfristen var viktig i konkurransen. Klager har imidlertid ikke tatt direkte forbehold mot ferdigstillelsesfristen, men mot sanksjonsmuligheten for oversittelse av denne under visse forutsetninger. Det er ikke holdepunkt for at klager har tatt seg fordeler av forbeholdene ved å legge inn større risiko for forsinkelse i fremdriftsplanen. Tvert imot var det i begrunnelsen for tildeling av kontrakt presisert at klagers tilbud hadde en godt gjennomarbeidet fremdriftsredegjørelse, med god beskrivelse av kapasitet og aktiviteter med forseringsmuligheter. I tilbudet til valgte leverandør var det også inntatt en forutsetning om at beleggene bare kunne legges ved tørt vær, og det eneste som tilsynelatende skiller tilbudene på dette punkt er klagers reservasjon mot at det pålegges dagmulkt ved oversittelse av ferdigstillelsesfristen på grunn av uventede værforhold og omfanget av reparasjoner. Klagenemnda kan etter dette ikke se andre konkurransefordeler klager oppnår ved forbeholdet enn dagmulkten, som maksimalt kan takseres til 10 % av kontraktssummen.
- (57) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn ikke sannsynliggjort at forbeholdet i punkt 5.3 kunne ha betydning for tilbudets rangering, eller at forbeholdet er vesentlig.
- (58) Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt forholdene i tilbudet punkt 5.1 og 5.2 innebærer vesentlige forbehold eller forbehold som medfører rangeringstvill, er dette overhodet ikke berørt av innklagede. Klager har fremholdt at tilbudene er like hva gjelder punkt 5.1, og klagenemnda ser ikke holdepunkt ved forbeholdene i punkt 5.1 eller 5.2 som tilsier at tilbudet skulle avvises.
- (59) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke hadde plikt til å avvise klager etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d eller f. Innklagede kunne dermed ikke omgjøre evalueringen og avvise klager etter forskriften § 22-3 (5), og det tas derfor i det videre utgangspunkt i den opprinnelige evalueringen.

Evalueringen av tildelingskriteriet "Leveringsevne"

Lovligheten av å evaluere "Tilbudt organisasjons leveranseerfaring"

- (60) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å medta "Tilbudt organisasjons leveranseerfaring" i evalueringen av tildelingskriteriet "Leveringsevne", og gjøre det til

det viktigste evalueringspunktet med 20 % vekt, fordi det ikke fremkom av konkurransegrunnlaget at dette skulle evalueres.

- (61) Det presiseres at klager ikke har anført at tildelingskriteriet "*Leveringsevne*" er ulovlig etter EU-domstolens avgjørelse C-532/06 *Lianakis*, se i den sammenheng Rt. 2007 s. 1783 (NIDA). Anførselen gjelder evalueringen av dette tildelingskriteriet.
- (62) Ifølge konkurransegrunnlaget skulle tildelingskriteriet "*Leveringsevne*" vurderes ut fra "*leverandørens dokumentasjon for at han kan gjennomføre byggearbeidene*". Videre skulle bedømmelsen av tildelingskriteriet "*blant annet*" bli gjort ut fra leverandørens dokumentasjon/beskrivelse av fremdriftsredegjørelse, en rekke metodebeskrivelser, og hvilken reservekapasitet det var lagt opp til, se premiss (6). Organisasjonsplan eller CV for personell var ikke nevnt. Ved beskrivelsen av kvalifikasjonskravene var det derimot etterspurt CV for anleggsleder og prosjektleder som dokumentasjon på deres erfaring med oppdrag av tilsvarende størrelse og kompleksitet. Det legges til grunn at det er disse CVene som er evaluert under "*Tilbudt organisasjons leveranseerfaring*", og som er gitt en intern vekt på 20 % under tildelingskriteriet.
- (63) Ut fra den detaljerte beskrivelsen om hvordan tildelingskriteriet «Leveringsevne» skulle bedømmes, sitert ovenfor under (6), og som i hovedsak etterspurte metodebeskrivelser av ulike prosesser, er hverken leveringserfaring eller CV for personell nevnt. Evalueringen sitert ovenfor under (10) med siste strekpunkt der klager ble gitt 3 mot valgte leverandørens 10 poeng innenfor 20% av underkriteriet, er derfor i strid med regelverket, se klagenemndas tidligere sak 2008/129 premiss (29). Dersom innklagede på forhånd visste at man ville vurdere denne erfaringen i tildelingsevalueringen, skulle det i tillegg fremgått klart av konkurransegrunnlaget at denne vurderingen ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/237 premiss (21). Det er også relevant at informasjon om hvorvidt erfaring på personell skal virke inn på tildelingen, kan ha betydning for hvilket personell leverandøren velger å tilby, se EU-domstolens avgjørelse C-331/04 (ATI EAC).
- (64) Klagenemnda er dermed kommet til at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5, ved å evaluere "*Tilbudt organisasjons leveranseerfaring*" under tildelingskriteriet "*Leveringsevne*".

Poengtildelingen i evalueringen

- (65) Klager har flere anførsler knyttet til poengtildelingen under tildelingskriteriet "*Leveringsevne*".
- (66) Oppdragsgiver utøver et innkjøpsfaglig skjønn ved evalueringen av tilbudene, og klagenemnda har derfor begrenset adgang til å overprøve innklagedes poengtildeling ved evalueringen av tildelingskriteriet. Klagenemnda kan likevel prøve om skjønnsutøvelsen er saklig og forsvarlig, bygd på riktig faktum og om den ellers er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (67) Klager anfører at poenggivningen ved "*Tilbudt organisasjons leveranseerfaring*" er feil. Klagenemnda er ovenfor kommet til at det var ulovlig å evaluere dette kriteriet, og det er derfor ikke grunn til å ta stilling til anførselen.

- (68) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi klagers tilbud uforholdsmessig lav poengsum opp mot valgte leverandør under evalueringen av kriteriene "*Reparasjon og klargjøring av betongdekke*", "*Redegjørelse og metodebeskrivelse for fugging*" og "*Gjennomføring av oppmerking av rullebanedekke*". Klager har kun vist til at tilbudene er minst like gode på disse punktene, og har ikke begrunnet i tilstrekkelig grad hvilke konkrete likheter eller forskjeller ved tilbudene som tilsier en annen poenguttelling. Det foreligger ikke holdepunkt for å underkjenne innklagedes poengtildeling ved kriteriene.
- (69) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi valgte leverandør så høy total poengsum som 7,8 når tilbudets fremdriftsplan ikke fyllestgjørende besvarer hvordan valgte leverandør skal få gjennomført installasjonen med knappe tidsvinduer og betydelig værrisiko. På kriteriet "*fremdriftsplan*", fikk valgte leverandør tildelt lavere poengsum enn klager. Klager har heller ikke her pekt på hvilke konkrete forhold ved fremdriftsplanen til valgte leverandør som skulle tilsi en annen poengutdeling. Klager fremholder også at innklagede ikke har tatt i betraktning den risiko som ligger i valgte leverandørs metode for å legge rullebanedekket, sammenlignet med klagers belegg. Det er ikke dokumentert at valgte leverandørs metode innebærer en slik risiko, og det er ikke belyst hvorvidt dette er vurdert av innklagede. Det er derfor ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes poenggivning.
- (70) Klager anfører at det ikke er i samsvar med begrunnelsen for valg av leverandør å tildele valgte leverandør totalt 7,8 poeng. Ifølge konkurransegrunnlaget skulle 10 poeng tildeles tilbud med "*svært god*" redegjørelse på leveringsevne. Klagenemnda finner ikke at begrunnelsen tilsier at tilbudet til valgte leverandør ikke er vurdert i nærheten av "*svært god*", slik klager fremholder.
- (71) Klagers anførsler knyttet til poenggivningen har etter dette ikke ført frem. Det kan likevel samlet stilles spørsmål ved om den begrunnelsen innklagede har gitt tilfredsstillende kravet i forskriften § 20-16, men dette er ikke anført av klager.

Utrekning av total poengsum

- (72) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å oppjustere de totale poengsummene for "*Leveringsevne*", i strid med konkurransegrunnlaget.
- (73) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at det ville bli satt 0 til 10 poeng for "*Leveringsevne*", der 10 poeng ville gis en "*svært god*" redegjørelse for leveringsevne. Det vil da etter klagers mening ikke være i samsvar med konkurransegrunnlaget å oppjustere poengene, slik at beste tilbyder blir tildelt 10 poeng, i den endelige poengutregningen som er gjenstand for vekting.
- (74) Valgte leverandør ble etter evaluering av tildelingskriteriet "*Leveringsevne*" tildelt 7,8 poeng, og klager 5,6 poeng. Dette er i samsvar med konkurransegrunnlagets opplysning om at poengene vil settes skjønnsmessig mellom 1 og 10 ut fra hvor god redegjørelse som er levert. Deretter er valgte leverandør gitt 10 poeng i den endelige poengutregningen for kriteriet, mens klagers tilbud ifølge innklagede er forholdsmessig justert til 7,2 poeng.
- (75) Innklagedes justering av poengsummene slik at beste tilbud oppnådde 10 poeng ved hvert enkelt tildelingskriterium, representerer formodentlig innklagedes ønske om å la

evalueringsresultatet reflektere den innbyrdes vektfordelingen mellom tildelingskriteriene. Dersom konkurransegrunnlaget er taust om poengberegningsmodellen som skal anvendes, betyr en slik etterfølgende justering normalt ikke at evalueringen bryter med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet eller likebehandling i loven § 5, såfremt justeringen skjer på en måte som bevarer tilbudenes relative styrkeforhold.

- (76) I foreliggende sak hadde innklagede opplyst at 10 poeng ville gis til en redegjørelse for leveringsevne som ble bedømt som *"svært god"*. Valgte leverandørs tilbud, som ble bedømt som beste tilbud under tildelingskriteriet, fikk 7,8 poeng. Når oppdragsgiver har opplyst at poeng under leveringsevne skal vurderes etter en fast skala (altså ikke slik at beste tilbud gis full uttelling, og øvrige tilbud et forholdsmessig fratrekk), er dette en opplysning med relevans for tildelingskriterienes innbyrdes vekt. Det at beste tilbud ikke nødvendigvis får 10 poeng ved dette kriteriet er dermed forutberegnelig, og innebærer ikke at tildelingskriteriets vekt er endret ved poengutregningen.
- (77) I foreliggende sak har imidlertid innklagede oppjustert valgte leverandørs poenguttelling fra 7,8 til 10 poeng. På bakgrunn av de opplysninger som var gitt i konkurransegrunnlaget, er dette i strid med kravet til forutberegnelighet.
- (78) Innklagede har videre anført at poengjusteringen ikke fikk noen betydning, fordi den ikke påvirket vinnerresultatet, med henvisning til at den forholdsmessige differansen til klagers tilbud er konstant.
- (79) Klagenemnda finner ikke grunn til å vurdere om feilen endrer tilbudsrangeringen, i lys av at det ovenfor er konstatert at det ikke var anledning til å evaluere ett av underkriteriene som er benyttet i konkurransen. Klagenemnda vil likevel kommentere innklagedes uttalelse om at den forholdsmessige differansen mellom tilbudene er konstant. Valgte leverandør ble etter evaluering av tildelingskriteriet *"Leveringsevne"* tildelt 7,8 poeng (oppjustert til 10), og klager 5,6 poeng (oppjustert til 7,2). Differansen mellom de tildelte poengene, som var på 2,2 poeng, har etter justeringen blitt 2,8 poeng. Dette er fordi innklagede har tatt utgangspunkt i poengsummen 7,8, hvorav 5,6 poeng utgjør 72 %. Når tilbudenes leveringsevne skulle vurderes på en skala fra 1-10, er imidlertid utgangspunktet at hele skalaen skal benyttes. Det blir dermed feil å vurdere klagers tilbud prosentmessig ut fra valgte leverandørs tilbud, i stedet for fra sin innplassering på skalaen. Måten innklagede har justert poengsummene på, kan derfor ha hatt betydning for bedømmelsen av tilbudenes poeng under tildelingskriteriet *"Leveringsevne"*.

Konklusjon:

Anførslene om avvisning av valgte leverandør/valgte leverandørs tilbud har ikke ført frem.

Forsvarsdepartementet v/ Forsvarsbygg har brutt forskriften § 22-3 (5) ved å omgjøre evalueringen og avvise klagers tilbud på grunn av forbeholdene som var stilt.

Forsvarsdepartementet v/ Forsvarsbygg har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å evaluere *"Tilbudt organisasjons leveranseerfaring"* under tildelingskriteriet *"Leveringsevne"*.

Forsvarsdepartementet v/ Forsvarsbygg har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å oppjustere tilbydernes poengsum i den endelige poengutregningen som var gjenstand for vekting ved tildelingskriteriet *"Leveringsevne"*, i strid med konkurransegrunnlaget.

Klagers øvrige anførsler knyttet til skjønnsutøvelsen for poengtildelingen under tildelingskriteriet "*Leveringsevne*" har ikke ført frem eller har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

Dokumentet er godkjent elektronisk