



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Egne erfaringer med leverandør.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av fire rammeavtaler for male- og overflatebehandlingsarbeider. Klagers anførsler om at innklagede har brutt regelverket i evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet", ved ikke å differensiere karakterene til tilbyderne, og ved at en av de valgte leverandørene har blitt tildelt en for høy score, førte ikke frem. Klagenemnda kom til at innklagede har brutt regelverket ved å legge vekt på negative erfaringer med klager i evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet", fordi tildelingskriteriet ikke kunne forstås å åpne for en evaluering av tidligere erfaringer med leverandørene.

Klagenemndas avgjørelse 5. februar 2015 i sak 2014/54

Klager: MHA Entreprenør AS

Innklaget: Oslo kommune v/Undervisningsbygg

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/Undervisningsbygg (heretter innklagede) kunngjorde 5. februar 2014 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for male- og overflatebehandlingsarbeider. Rammeavtalens varighet er to år, med mulighet for ytterligere to ettårige forlengelser. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4) angitt å være 80 000 000 kroner. Tilbudsfrist er i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 24. mars 2014.
- (2) Det følger av tilbudsinnbydelsen punkt 4 "*Rammeavtalens omfang og fremdrift*" at innklagede skal inngå 3-4 parallelle rammeavtaler for maling og overflatebehandling. Rammeavtalen gjelder "*malearbeider i forbindelse med akutte utbedringsarbeider, planlagte vedlikeholdsarbeider og mindre rehabiliteringsprosjekter som [innklagede] gjennomfører mens skolen er i drift.*"
- (3) Av tilbudsinnbydelsen punkt 16 "*Tildeling (kriterier for valg av tilbud)*" fremkommer følgende kriterier:

	"Kriterier"	Dokumentasjon
70 %	Pris <i>Her vektlegges:</i> - Enhetspriser	- Utfylt prisskjema og tilbudsbrev

	- Timepriser - Påslag	
30 %	Kvalitet <i>Her vektlegges blant annet:</i> - Tilbudt plan for gjennomføring av oppdrag i rammeavtalen, herunder ivaretagelse av brukere av byggene (skole/bygg i drift) og oppfølging av SHA [sikkerhet, helse og arbeidsmiljø].	<i>Konkrete planer for hvordan:</i> - Arbeidene tenkes gjennomført i praksis samt hvordan ønsket kvalitet på utført arbeid oppnås. - Sikkerheten til brukere av skolene (barn, foreldre og ansatte) utover generell SHA/HMS [helse, miljø sikkerhet].

Oppdragsgiver vil etter beste skjønn vurdere det enkelte tilbud for hvert kriterium."

- (4) Innklagede mottok 12 tilbud, herunder fra MHA Entreprenør AS (heretter klager). Av disse oppfylte 11 av leverandørene kravene til deltakelse i konkurransen.
- (5) I brev av 11. april 2014 ble det opplyst at Alliero AS, Malermester Buer Drammen AS, Edvardsson Entreprenør AS og Bjørn Simonsen og Sønn AS (heretter valgte leverandører) ble tildelt kontrakt.
- (6) I tildelingsbeslutningen ble det gitt følgende forklaring på poengberegningen:

"Kvalitet:

Vurderingen av kvalitetskriteriet er basert på en helhetsvurdering hvor de momenter som var spesifisert i konkurransegrunnlaget er lagt til grunn. Det er gitt poeng på en skala fra 1-10, der 10 er best. Det tilbud som vurderes som best for dette kriteriet oppnår den høyeste poengsummen. Beste tilbyder får 10 poeng, og de øvrige tilbud får poeng ut i fra et innkjøpsfaglig skjønn som er basert på hvordan det enkelte tilbud fremstår i forhold til det beste tilbudet:

[...]

De tilbyderne som har fått 10 poeng har levert en konkret beskrivelse av hvordan arbeidene tenkes gjennomført i praksis, og hvordan sikkerheten til brukerne ivaretas. I tillegg har de gjerne lagt ved egne sjekklister utarbeidet spesielt for gjennomføring av arbeider på skole i drift."

- (7) Klager fikk 7 poeng på tildelingskriteriet "Kvalitet". Av de 11 tilbudene, er det opplyst at seks fikk 10 poeng, altså toppscore. Valgte leverandører Alliero AS og Bjørn Simonsen og Sønn AS fikk 10 poeng.
- (8) Det ble videre i tildelingsbeslutningen opplyst at klagers tilbud hadde gode beskrivelser av hvordan arbeidene var tenkt gjennomført i praksis og hvordan sikkerheten skulle ivaretas. Det ble gitt følgende forklaring på at klager likevel ble trukket i poeng for kriteriet:

"Det er likevel andre momenter som også spiller inn i kvalitetsvurderingen. KOFA har i sakene 2003/66, 2006/20 og 2007/106 uttalt at egne erfaringer kan innfortolkes under tildelingskriteriet "Kvalitet". Undervisningsbygg har lang erfaring med deres firma, både på entreprenøroppdrag, og som rammeavtaleleverandør. Den erfaringen som er mest overførbar til den nærværende kvalitetsvurdering er fra 01.04.2010 til 15.02.2012, da Askautrud [klagers tidligere firmanavn] var leverandør på den nå utgående rammeavtale for malingstjenester. Avtalen med Askautrud ble sagt opp med virkning fra 15.02.2012 på grunn av at den ikke fungerte tilfredsstillende. Undervisningsbygg opplevde flere ganger at bestilte oppdrag ikke ble ferdigstilt, selv med gjentatte purringer. Askautrud besvarte heller ikke forespørsler om prisoverslag for nye oppdrag. I tillegg til dette ble det avdekket mangler ved deres SHA-rutiner ved flere tilfeller. Det vises her til skriftlig korrespondanse mellom partene fra oktober 2011 til januar 2012.

De nevnte erfaringene gir seg utslag i poenggivningen på kvalitetsvurderingen for denne anskaffelsen. Firmaet har i mellomtiden skiftet navn fra Malermester Harald Askautrud AS til MHA Entreprenør AS, uten at dette får noen utslag for evalueringen. Totalt sett har tilbudet fra MHA Entreprenør fått 7 poeng på kvalitetskriteriet."

- (9) Klager klaget på tildelingsbeslutningen og begjærte om innsyn i valgte leverandørers tilbud og dokumentasjonen innklagede bygget sin evaluering. Innklagede opprettholdt beslutningen.
- (10) Det ble inngått kontrakt med valgte leverandører 7. mai 2014.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. mai 2014.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. februar 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Poengtildeling under tildelingsevalueringen

- (13) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å differensiere karakterene i evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet". Slik innklagede har beskrevet grunnlaget for poenggivningen i tildelingsbeslutningen, måtte det forstås slik at kun det beste tilbudet fikk toppscore, og at de øvrige fikk lavere score. Dette måtte også forstås slik at kvalitet skulle vurderes etter en skala med samme spenn som for kriteriet "Pris".
- (14) Innklagede har videre brutt regelverket ved å gi tilbudet fra valgte leverandør Bjørn Simonsen og Sønn AS 10 poeng, altså toppscore, på tildelingskriteriet "Kvalitet". Valgte leverandør hadde bare levert en summarisk og lite dyptgående beskrivelse av gjennomføringen og sikkerheten, blant annet ved å vise til praksis i forbindelse med gjennomføring av tidligere rammeavtaler. Det fremgår ikke av tilbudsinnbydelsen at slik erfaring er et parameter som erstatter en fullstendig besvarelse av kriteriet. Hadde ikke valgte leverandør fått uriktig høy score under "Kvalitet", ville klager ha vært blant de fire beste leverandørene og skulle ha blitt tildelt rammeavtalen.

Evalueringen av klagers tilbud og negative erfaringer

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å gi klager lavere score under tildelingskriteriet "*Kvalitet*" på bakgrunn av innklagedes tidligere negative erfaringer med klager. Innklagedes erfaringer gav ikke grunnlag for å gi klager lavere poengsum, slik at klager skulle ha fått toppscore på dette tildelingskriteriet.
- (16) Episoden som innklagede begrunner poengtrekket med, er ikke dokumentert på en etterprøvbart og gjennomiktig måte. Innklagede har også sett bort fra positive erfaringer med klager de siste årene. De erfaringene innklagede har bygget på er fra to år tilbake i tid, og klager har nå vokst vesentlig og har styrket både administrasjon og gjennomføringsstab.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Poengtildeling under tildelingsevalueringen

- (17) Det bestrides at det er gjort feil ved poenggivningen i tildelingsevalueringen. Det var vanskelig å skille mellom kvaliteten på de beste tilbudene. Der innklagede har vurdert tilbud å ha likeverdig kvalitet, har tilbyderne fått lik poengsum. På samme måte ville leverandører som tilbød like priser fått lik poengsum under tildelingskriteriet "*Pris*".

Evalueringen av klagers tilbud og negative erfaringer

- (18) Det var rettmessig å vektlegge egne erfaringer med klager i evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*". Egne erfaringer er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og negative erfaringer er relevant ved vurderingen, ettersom tidligere utført arbeid kan være en indikasjon på hvilken kvalitet oppdragsgiver kan vente seg. Erfaringene er etterprøvbare gjennom den skriftlige korrespondanse mellom partene fra oktober 2011 til januar 2012 angående mislighold av avtalen, som det også er vist til i tildelingsevalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder male- og overflatebehandlingsarbeider, og ble kunngjort som en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori (1). Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4) estimert til 80 000 000 kroner. 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.

Poengtildeling under tildelingsevalueringen

- (20) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gi tilbyderne differensierte karakterer i evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*".
- (21) Ved verdsettelsen av forskjellene mellom tilbudene, utøver oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Det følger imidlertid av kravet til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 at oppdragsgivers poengsetting i alle fall må sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene tilbudene gis, jf. klagenemndas sak 2010/42 (54) med videre henvisninger.
- (22) Klager hevder at kun det beste tilbudet skulle gis toppscore for "*Kvalitet*", og at kriteriet skulle evalueres etter en skala med samme spenn som for tildelingskriteriet "*Pris*".

- (23) Det var ikke oppgitt poengskala for tildelingskriteriet "*Kvalitet*" i konkurransegrunnlaget. I tildelingsbeslutningen ble det blant annet opplyst at "*[b]este tilbyder får 10 poeng, og de øvrige tilbud får poeng ut i fra et innkjøpsfaglig skjønn som er basert på hvordan det enkelte tilbud fremstår i forhold til det beste tilbudet.*" Det beste tilbudet skulle altså få toppscore og brukes som utgangspunkt for å rangere de øvrige tilbudene. Ettersom flere tilbud kan vurderes å være av like god kvalitet eller tilby samme pris, kan flere tilbydere få beste karakter for "*Kvalitet*". Anførselen fører ikke frem.
- (24) Klager har også vist til at "*Kvalitet*" skulle vurderes etter en skala med samme spenn som for kriteriet "*Pris*". Vurderingen av pris er en kvantitativ vurdering, som skiller seg fra vurderingen av "*Kvalitet*". Begge vurderingene ble gjort med utgangspunkt i beste tilbud innenfor hvert kriterium, der forskjeller fra dette ble forholdsmessig bedømt. Det er ikke holdepunkter for at denne metoden strider mot regelverket. Anførselen fører ikke frem.
- (25) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket ved å gi tilbudet fra valgte leverandør Bjørn Simonsen og Sønn AS toppscore på tildelingskriteriet "*Kvalitet*".
- (26) Ved tildelingsevalueringen utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som kun i begrenset grad overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, eller på annen måte er usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum.
- (27) Klager har vist til at valgte leverandør bare har levert en summarisk og lite dyptgående beskrivelse av gjennomføringen og sikkerheten, blant annet ved å vise til praksis i forbindelse med gjennomføring av tidligere rammeavtaler med innklagede.
- (28) Valgte leverandør har i tilbudet forklart at denne har hatt rammeavtaler med innklagede tidligere og slik var kjent med rutineene. I tillegg skisserte valgte leverandør hovedtrekkene for gjennomføringen før oppstarten, under utførelsen og etter avsluttet arbeid.
- (29) Det var det eller de beste tilbudene som skulle få 10 poeng under tildelingskriteriet. Det var således ikke avgjørende om tilbudet eller tilbudene i seg selv var svært gode eller bare nokså gode, så lenge de var bedre enn de øvrige tilbudene. Innklagede har uttalt at tilbydere som har fått 10 poeng har levert en konkret beskrivelse av hvordan arbeidene skal gjennomføres og sikkerheten ivaretas, og noen har lagt ved egne sjekklister for arbeid på skoler i drift, se premiss (10) ovenfor.
- (30) Av de andre tilbudene som fikk 10 poeng, mener klager at Alliero AS og To Malere Interiør og Vedlikehold AS hadde fyldige beskrivelser av tildelingskriteriet. Klager har vist til at Allieros tilbud beskriver hvordan oppdraget forutsettes gjennomført og fyldig dokumenterer referanseprosjekter og kompetanse innen firmaet, og at To Malere leverte en fyldig kvalitetsbeskrivelse. Tildelingskriteriet "*Kvalitet*" etterspurte ikke uttrykkelig referanseprosjekter eller kompetanse, men var derimot rettet mot tilbydernes konkrete planer for gjennomføring og sikkerhet. Klager har ikke konkret vist på hvilken måte det materielle innholdet i valgte leverandør Bjørn Simonsens tilbud er dårligere enn de andre som har fått 10 poeng. Klagenemnda kan som nevnt kun i begrenset grad overprøve innklagedes skjønnsutøvelse i evalueringen, jf. premiss (26) ovenfor. Ettersom klager ikke har konkretisert hvordan andre tilbud var bedre enn valgte

leverandør, kan ikke nemnda se at det er grunnlag for å underkjenne innklagedes skjønnsutøvelse i vurderingen av at valgte leverandør Bjørn Simonsen og Sønn AS skulle få 10 poeng for "*Kvalitet*". Anførselen fører ikke frem.

- (31) Klager har også vist til at innklagede synes å tildele leverandører som har levert alle dokumenter som følger av tilbudsinnbydelsen punkt 13 "*Kvalifikasjonskrav*" høy poengsum i kvalitetsbedømmingen. "*Kvalitet*" var et tildelingskriterium, og det relevante for evalueringen og poenggivningen under dette kriteriet er derfor om og hvor godt kriteriet er oppfylt ut fra de oppgitte momentene i tilbudsinnbydelsen punkt 16 "*Tildeling*". Klager har ikke videre begrunnet anførselen, og det er ikke holdepunkter for at innlevert dokumentasjon i forbindelse med kvalifikasjonskrav har virket inn på tildelingsevalueringen. Anførselen fører ikke frem.

Evalueringen av klagers tilbud

- (32) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved uriktig å gi klager lavere score under tildelingskriteriet "*Kvalitet*" på bakgrunn av innklagedes tidligere negative erfaringer med klager.
- (33) Ved evalueringen av tildelingskriteriene utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda i begrenset grad kan prøve.
- (34) Innklagedes har opplyst at egne negative erfaringer med klager har blitt lagt vekt på i klagers disfavør under tildelingskriteriet "*Kvalitet*". Spørsmålet blir om innklagede hadde adgang til dette.
- (35) Klagenemnda har i sin praksis godtatt at oppdragsgivers erfaringer med en leverandør fra tidligere oppdrag etter omstendighetene kan vektlegges som del av en kvalitetsvurdering. For å ivareta hensynet til forutberegnelighet og etterprøvbarehet, er det forutsatt at referanser eller egne erfaringer er oppgitt som en del av et tildelingskriterium for konkurransen, og at oppdragsgivers egne erfaringer er objektivt konstaterbare, jf. eksempelvis sak 2012/43 premiss (21) og sak 2007/106 premiss (42) med videre henvisninger.
- (36) Det følger ikke eksplisitt av tilbudsinnbydelsen at referanser eller egne erfaringer ville bli tillagt vekt i evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*". Hva som skulle vektlegges under "*Kvalitet*" er ikke uttømmende opplistet i konkurransegrunnlaget, jf. ordlyden "*blant annet*". Om innklagede kunne vektlegge egne erfaringer, beror derfor på om en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder kunne utlede av tildelingskriteriet at referanser eller erfaringer ville vektlegges.
- (37) Tildelingskriteriet i foreliggende sak var innrettet mot leverandørenes plan for gjennomføringen av oppdraget, noe som også var reflektert i at slike planer var den eneste etterspurte dokumentasjonen under kriteriet. Oppdragsgivers erfaringer er noe annet enn leverandørenes egne redegjørelser for hvordan oppdrag skal gjennomføres og hvordan de ville følge opp SHA/HMS. Dette tilsier at en normalt påpasselig tilbyder ikke kunne utlede av kriteriet at negative erfaringer med leverandørene var omfattet. Dette vil kunne være av betydning for leverandørene ved beslutningen om å inngi tilbud, og ved utformingen av tilbudet. Til dette kommer at referanser og andres erfaringer med tilbyder er nærmest å vurdere under kvalifikasjonsfasen, der det også i forskriften er gitt en viss adgang til å avvise tilbydere med grunnlag i tidligere

kontraktsbrudd, jf. § 20-12 (2) bokstav d og EU-domstolens sak C-465/11 (Forposta). På dette grunnlaget finner klagenemnda at innklagede ikke hadde anledning til å legge vekt på negative erfaringer med klager i den foreliggende saken. Innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å vektlegge egne erfaringer med klager ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*".

Konklusjon:

Anførslene om manglende differensiering av poeng og at valte leverandør Simonsen har fått for høy poengsum for "*Kvalitet*", har ikke ført frem.

Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å legge vekt på negative erfaringer med klager i evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*".

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk