



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlige tildelingskriterier

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av utomhusarbeider. Som underkriterium til tildelingskriteriet "Kvalitet" hadde innklagede angitt "Firmaets gjennomføring- og samarbeidsevne", og klager mente dette var ulovlig. Et flertall i Klagenemnda kom til at kriteriet ikke hadde den nødvendige tilknytningen til den ytelsen som skulle utføres, og dermed ikke var egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 22-2. Innklagede hadde på dette grunnlag plikt til å avlyse konkurransen. Dissens.

Klagenemndas avgjørelse 9. mars 2016 i sak 2015/149

Klager: Bjelland AS

Innklaget: Stavanger kommune

**Klagenemndas
medlemmer:** Karin Fløistad, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune (heretter innklagede) kunngjorde i 3. juli 2014 en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av utomhusarbeider – entreprise 15 ved oppføringen av nye Eiganes skole. Anskaffelsens verdi ble estimert til 10,5 millioner kroner. Kontrakten var en av 20 entrepriser på det aktuelle prosjektet, med en total entreprisekostnad på ca. 160 millioner kroner. Byggearbeidene skulle gjennomføres som delte entrepriser (byggherrestyrte sideentrepriser). Fristen for å søke om prekvalifisering var 11. august 2014, og tilbudsfrist var 11. november 2014.
- (2) I kvalifikasjonsgrunnlaget var det åpnet for at mellom 5 og 7 leverandører skulle delta i konkurransen. Grunnlaget inneholdt blant annet krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder til kompetanse og kapasitet innenfor nærmere bestemte fagområder.
- (3) De kvalifiserte tilbyderne ble 7. oktober 2014 tilsendt konkurransegrunnlaget. Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på kriteriene pris (70 %) og kvalitet (30 %). Sistnevnte var inndelt i to underkriterier:

<i>Tilbudte personells erfaring og kompetanse.</i>	<i>CV for tilbudt nøkkelpersonell. Definisjon av nøkkelpersoner beskrives i vedlegg 1 CV-en skal inneholde opplysninger om utdanning og erfaring (byggherre, areal, entreprisekostnad og type/art og medarbeiderens rolle i prosjektet).</i>
--	--

	<i>Byggherren forbeholder seg retten til å sjekke referanser på personnivå i forbindelse med evalueringen.</i>
<i>Firmaets gjennomføring- og samarbeidsevne</i>	<i>Stavanger eiendoms og andre byggherrers erfaring fra tidligere utførte oppdrag.</i> <i>Legg [ved] liste over referanser på tidligere oppdrag.</i>

- (4) Konkurranses grunnlagets vedlegg 3 inneholdt en sjekkliste for tilbyderne over hvilket materiale som skulle vedlegges tilbudet. I punkt 7, som var relatert til det sistnevnte underkriteriet, var det angitt: *"Liste over tilsvarende bygg tilbyder har utført de siste 5 år. Tilbyder skal oppgi prosjektnavn, navn og kontaktinformasjon på referanseperson, sted (adresse), areal og kontrakts-størrelse."*
- (5) I konkurranses grunnlaget punkt 2.10 fremgikk det at skolen skulle være i drift i hele byggeperioden, og at entreprenøren måtte utvise stor aktsomhet og tilpasse sin virksomhet til skolens drift. Ytterligere krav i forhold til naboskap var omtalt i et vedlagt miljøprogram. I punkt 6.1 var det angitt at hovedbedriftens ansvar ville ligge hos betongentreprenør i første fase av byggearbeidene, tømrerentreprenør i andre fase, og entreprenør for utomhusarbeider (hvilket denne konkurransen gjaldt) i siste fase. Hovedbedriftens oppgaver var regulert i punkt 6.2, der det fremkom at denne har ansvar for den daglige driften av byggeplassen, og for samordningen av de enkelte virksomheters helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i henhold til arbeidsmiljøloven § 2-2. Arbeidet skulle samordnes med byggeleder, som var byggherrens koordinator for utførelse. Det var også opplistet enkelte konkrete arbeidsoppgaver for hovedbedriften.
- (6) En orienterende fremdriftsplan inngikk som del av anbuds dokumentene. Her fremgikk det at flere av de andre entreprisene ville være i avslutningsfasen når entreprisen for utomhusarbeider pågikk. I konkurranses grunnlaget punkt 8.2 var det angitt at en fremdriftsplan ville bli utarbeidet av byggeleder i samarbeid med de enkelte entreprenører ved kontraktsforhandlingene, og planen skulle inngå som kontraktsbilag i samtlige kontrakter. I fremdriftsplanen skulle det avsettes rikelig tid til de nødvendige avsluttende arbeider (oppretting og justering) for alle anlegg, slik at brukeren kunne overta og flytte inn i bygget umiddelbart etter overtakelsesforretning var avholdt. Det ville bli avtalt delfrister for de enkelte entreprenørene, og entreprenører som forårsaket forsinkelse skulle betale dagmulkt både for sluttfrist og delfrist inntil arbeidene igjen ble ajour med fremdriftsplanen.
- (7) Som generelle kontraktsbestemmelser for oppdraget ville NS 8405:2008 bli lagt til grunn, med enkelte endringer/tillegg. Det var for øvrig angitt at innklagede ville gjøre en evaluering ved avslutning av oppdraget, som ville brukes som egen referanse ved tildeling av fremtidige oppdrag. Evalueringsskjemaet var utarbeidet av DIFI og Norsk Kommunalteknisk Forening.
- (8) Innklagede mottok tilbud fra fem tilbydere, herunder Bjelland AS (klager) og Virgo Gartnerservice AS (valgte leverandør).
- (9) I tildelingsbeslutningen meddelt 17. desember 2014 fremgikk det at klager scoret 10/10 på priskriteriet og 7/10 på kvalitet. Valgte leverandør scoret 9,9 på pris og 10 på kvalitet.

I begrunnelsen til klager fremgikk følgende om vurderingen av tilbudene under kriteriet kvalitet:

«Poeng er satt utfra oppdragsgivers skjønnsmessige vurdering med grunnlag i vedlagte CV-er og Stavanger eiendom og andre byggherrers erfaring med firmaet fra tidligere utført oppdrag.

Bjelland Entreprenør AS har levert CV for nøkkelpersonell som viser at prosjektleder/anleggsleder har lang og relevant erfaring fra tilsvarende prosjekter, mens oppgitt formann har noe kortere erfaring. CV-ene viser lite erfaring med utomhusarbeider på skoleanlegg.

Tilbakemeldinger fra andre byggherrer og erfaringer fra Stavanger Eiendom egne tidligere prosjekter er ikke udelt positive når det gjelder samarbeid og gjennomføring»

- (10) Klager begjærte midlertidig forføyning 20. januar 2015, og Stavanger tingrett tok begjæringen til følge i kjennelse av 13. februar 2015. Innklagede anket kjennelsen, og fikk medhold i Gulating lagmannsretts kjennelse 2. oktober 2015. Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått kort tid etter dette, og klager trakk søksmålet om hovedkravet 30. november 2015.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. desember 2015.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. mars 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å anvende det ulovlige kriteriet "*Firmaets gjennomførings- og samarbeidsevne*" under tildelingskriteriet "*Kvalitet*". Kriteriet retter seg mot firmaet som sådan og kan derfor ikke benyttes i tildelingsfasen. Underkriteriet er heller ikke i samsvar med grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, da det gir oppdragsgiver en for stor grad av skjønnsfrihet, jf. loven § 5.
- (14) Firmaets gjennomføringsevne gjelder leverandørens evne til å oppfylle kontrakter helt generelt – og ikke tilbudets oppdragsspesifikke kvaliteter. Kriteriet legger opp til en sammenligning av tilbyderne i stedet for en sammenligning av det som tilbys utført. Videre leder kriteriet til at innklagede vurderer erfaringer fra tidligere byggeprosjekt uten overføringsverdi, samt erfaringer med ansatte som ikke er blant de tilbudte.
- (15) Når det gjelder firmaets samarbeidsevne har ikke dette en særlig betydning for leveransen som tilbys. Konkurransen gjelder en ordinær utførelsesentreprise der entreprenøren skal utføre det byggherren har prosjektert. Ettersom prosjektet gjelder utomhusarbeider som utføres etter at flere av de andre entreprenørene er ferdige, er man mindre avhengig av samarbeid enn det som normalt vil være tilfellet ved utførelsesentrepriser. Kriteriet åpner for at innklagede i tildelingsvurderingen kan vektlegge erfaringer med firmaet som sådan, eller erfaringer med samarbeidsevnen til ansatte som ikke skal delta ved prosjektet.
- (16) Kriteriet, sammenholdt med dokumentasjonskravet, gjør det videre uklart hva som skal vurderes, og dette er uforenlig med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Slik

underkriteriet er utformet har innklagede også forbeholdt seg for stor grad av skjønnsfrihet. Ut fra etterspurt dokumentasjon skulle innklagede basere vurderingen på opplysninger fra ansatte i kommunen og andre. Fravær av retningslinjer for hvilken informasjon som skulle innhentes, hvilke referanser som skulle kontaktes og hvordan resultatene skulle vektlegges gjør at kriteriet er i strid med loven § 5. Dette fikk utslag i at valgte leverandør scoret høyt på grunn av gode egenskaper knyttet til å overholde fremdriftsplaner, mens klager ble gitt lavere score under henvisning til å være krevende ved håndtering av økonomiske tilleggskrav. Dette viser at kriteriet resulterte i en vilkårlig evaluering, som vanskelig kan etterprøves.

- (17) Evalueringen av kriteriet har dessuten vært i strid med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5. Referansesjekken har i liten grad blitt gjort skriftlig, og innklagede har innhentet referanser fra andre enn de angitte. Personene har heller ikke blitt spurt om det samme; valgte leverandør ble eksempelvis undersøkt med hensyn til overholdelse av fremdriftsplaner, mens klager ble sjekket mht. endringskrav.
- (18) Bruken av det ulovlige kriteriet medførte at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. Dette innebærer at kontrakten med valgte leverandør er inngått som en ulovlig direkteanskaffelse.
- (19) Klagenemnda bes om å uttale seg om erstatningsspørsmålet, herunder erstatning for utgifter klager har pådratt seg i forbindelse med forføyningssaken.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det bestrides at kriteriet "*Firmaets gjennomførings- og samarbeidsevne*" under tildelingskriteriet "*Kvalitet*" var ulovlig. Det omtvistede underkriteriet sier noe om sannsynligheten for et godt resultat i den foreliggende konkurransen.
- (21) Prosjektet realiseres med ca. 20 delte entrepriser, og dette stiller store krav til entreprenørens gjennomførings- og samarbeidsevner. Utomhusentreprisen har direkte kontaktpunkter mot flere av de øvrige entreprisene, og det fremgår av den orienterende fremdriftsplanen at de fleste entreprisene er i avslutningsfasen når utomhusarbeidet pågår. Entreprenørens samarbeidsevne er viktig både i relasjon til byggherren, de øvrige entreprenørene og for skolen, herunder brukere, foreldre og naboer. Overfor byggherren er det viktig at entreprenørene viser fleksibilitet og vilje til å finne løsninger som ivaretar byggherrens behov med hensyn til fremdrift og kvaliteter dersom det oppstår uforutsette situasjoner og endringer, og leverer dette til priser i henhold til kontrakt. Krav til samarbeid med øvrige entreprenører og byggherren er for øvrig regulert som en forpliktelse på entreprenøren i avtalen (NS 8405) – og kriteriet har derfor "*tilknytning til kontraktsgjenstanden*". Gjennomføringsevne omfatter evne til å planlegge egne arbeider slik at materialet er på plassen til rett tid og ifølge fremdriftsplanen, og etterspørre beslutninger/ leveranser/ innspill i rett tid i fra byggherre, rådgivere, andre entreprenører og brukere. Kriteriet gjelder også evnen til å levere rett/beskrevet/bestilt kvalitet på arbeidet første gang, slik at oppretting ikke fører til forsinkelser og/eller endringer for andre entreprenører eller utseende/kvalitet på byggeriet.
- (22) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at ved avslutningen av oppdraget, til bruk ved fremtidige tildelinger, ville innklagede bruke evalueringsskjemaet som er utarbeidet av DIFI og Norsk Kommunalteknisk Forening. Skjemaet legger opp til at blant annet selskapets samarbeids- og gjennomføringsevne skal evalueres, herunder de ovenfor nevnte punktene.

- (23) Det er uten betydning at kriteriet henviste til "*firmaet*" og ikke det tiltenkte personellet. Anskaffelsesreglene er ikke til hinder for at forhold ved firmaet vurderes under tildelingsomgangen. I NOU 2014:4, punkt 21.4.3, fremgår det at "*det nye direktivet klart nok åpner for å legge vekt på relevante forhold ved leverandøren i tilbudsevalueringen*". I rettspraksis er eksempelvis "*leveringssikkerhet*" akseptert som tildelingskriterium, hvilket klart gjelder leverandøren som sådan, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-324/93 (Evans Medical) og Rt. 2007 s. 1783 (NIDA).
- (24) Manglende gjennomføringsevne eller samarbeidsevne i firmaet vil kunne medføre store utfordringer for byggherren, spesielt i delte entrepriser der problemer skapt av en entreprenør vil kunne gi grunnlag for krav mot byggherren fra andre entreprenører. Problemer knyttet til gjennomføring- og samarbeid ofte skyldes firmakulturen, og vil gjerne være et gjennomgående problem for den aktuelle entreprenøren. Det er allment kjent i bransjen at firmakulturen påvirker gjennomføringen av kontrakten og samarbeidet med andre. Betydningen av entreprenørens evne til samarbeid, og innvirkningen dette har på leveransens kvalitet er for øvrig understreket i de uttalte målene for norsk byggenæring som er fastlagt av Bygg21 (et prosjekt etablert av Kommunal- og regionaldepartementet) for å utvikle byggenæringen.
- (25) Entreprenøren på utomhusarbeider er valgt som hovedbedrift for siste fase av byggearbeidene. At entreprenøren var en hovedbedrift innebar et særskilt ansvar for gjennomføringen, jf. punkt 6.2.

Tildelingskriteriet er uklart og gir innklagede for vid skjønnsmargin

- (26) Det bestrides at det aktuelle underkriteriet var uklart eller ga innklagede en for vid skjønnsmargin. I fremdriftsplanen fremgikk det hvilke arbeider som skulle utføres samtidig som utomhusentreprisen, det var angitt at skolen skulle være i drift i hele byggeperioden, og det var kommunisert behov for å hensynta skolens drift, naboer, allmenn ferdsel m.m. Det var også understreket at leverandøren måtte sette av rikelig tid til de nødvendige avsluttende arbeider. Dette innebar også at innklagede var forpliktet til å vurdere referansene i lys av dette, altså forelå det konkrete retningslinjer for hva som skulle vektlegges fra de ulike referansene. Dette viser derfor at kriteriet ikke kan anses for å ha gitt innklagede et ubetinget fritt skjønn.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en entreprise på utomhusarbeider som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 10,5 millioner kroner, men var en av 20 entrepriser med en total entreprisekostnad på ca. 160 millioner kroner, og var kunngjort som en anskaffelse over EØS-terskelverdi. 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.
- (28) Klager har bedt om at saken behandles i stornemnd. Klagenemndas flertall, ved Kleven og Trygstad, har ikke funnet grunn til å behandle saken i stornemnd, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12.

Lovligheten av tildelingskriteriet – tilknytning til leveransen

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium, fordi underkriteriet "*Firmaets gjennomførings- og samarbeidsevne*" under tildelingskriteriet "*Kvalitet*" ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (30) Når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, følger det av forskriften § 22-2 (2) at oppdragsgiver skal benytte kriterier "*som har tilknytning til kontraktsgjenstanden*". Et tildelingskriterium er knyttet til kontraktsgjenstanden når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys. Hvis kriteriet derimot legger opp til en vurdering av sider ved tilbudet som ikke har betydning for leveransen til oppdragsgiver, mangler den nødvendige tilknytningen. Tildelingskriteriet vil dermed ikke være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (31) Kriteriet "*Firmaets gjennomførings- og samarbeidsevne*" skulle dokumenteres gjennom en fremleggelse av referanser med omtale av leverandørenes/tilbydernes tidligere prosjekter. Tildelingskriteriet ga ikke andre føringer for hvilke forhold som ville vektlegges.
- (32) Innklagede hevder at leverandørens gjennomførings- og samarbeidsevne er viktig for å oppnå et vellykket resultat i det aktuelle prosjektet, og derfor må være lovlig. Det vises til at prosjektet skulle realiseres ved 20 sideordnede entrepriser, at utomhusentreprisen har direkte kontaktpunkter mot flere av de andre entreprisene, og at entreprenøren på utomhusarbeider er hovedbedrift for siste fase av byggearbeidene.
- (33) Klagenemnda har i en rekke saker lagt til grunn at det er et prinsipielt skille i regelverket mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, noe som følger av EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 (Lianakis). I saker som EU-domstolen har avgjort etter Lianakis-saken, har EU-domstolen presisert at vurderinger av leverandørens egenskaper som er relevante i kvalifikasjonsvurderingen, også vil kunne være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, se eksempelvis henvisningene i klagenemndas avgjørelse i sak 2012/186 premiss 44. Klagenemnda viser i denne forbindelse også til Generaladvokatens redegjørelse for hvordan Lianakis-avgjørelsen skal forstås i sitt forslag til avgjørelse i sak C-601/13 (Ambisig):
- "the Court held that criteria that are 'essentially linked' to or 'relate principally' to evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question must be excluded as award criteria. This therefore makes it possible to use criteria which, although also concerned with assessing the tenderer's ability to perform the contract, are principally aimed at identifying the most economically advantageous tender".*
- (34) Underkriteriet "*Firmaets gjennomførings- og samarbeidsevner*" gjelder egenskaper ved leverandøren. Avgjørende for om underkriteriet tilfredsstiller de kravene som er oppstilt i praksis, er om kriteriet har en nær og påviselig betydning for kvaliteten på ytelsen som tilbys, slik at kriteriet først og fremst søker å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (35) I klagenemndas sak 2015/78 premiss (78) er det vist til at rekkevidden av EU-domstolens dom i Ambisig-saken for bygge- og anleggsarbeider ikke er helt klar, men at dersom erfaring skal benyttes som tildelingskriterium, er det en forutsetning at det er tilbudt personells erfaring som gjøres til vurderingstema og ikke entreprenørenes erfaring mer generelt.

- (36) Det gjelder ingen ubetinget regel om at tildelingskriterier som etter sin ordlyd retter seg mot leverandørens egenskaper ikke kan vurderes i tildelingsevalueringen. Klagenemnda aksepterte for eksempel i sak 2015/118 aksepterte at underkriteriet «referanser» ble benyttet. I den saken presiserte likevel klagenemnda at tildelingskriterier som legger opp til en vurdering av firmaenes generelle referanser, vil være problematiske.
- (37) I foreliggende sak er firmaets gjennomførings- og samarbeidsevner etterspurt generelt. Etter sin ordlyd legger underkriteriet dermed opp til en vurdering av mer enn det som er relevant for den aktuelle kontrakten. I den grad egenskapene som etterspørres ved leverandøren gjør seg gjeldende i det aktuelle prosjektet, er det ikke grunn til å operere med et skarpt skille mellom tilbudt personell og leverandøren som sådan. Evnene til personer som ikke skal bistå i oppdraget, vil derimot ikke påvirke nivået på den tilbudte ytelsen, og disse sidene ved leverandørens virksomhet vil følgelig mangle den nødvendige tilknytningen til leveransen.
- (38) Innklagede har forklart relevansen av underkriteriet med å vise til at det var behov for å vurdere hvordan leverandørene løser rollen som koordinator (hovedbedriftansvar), hvordan de samarbeider med andre entreprenører som utfører arbeider med felles grensesnitt, og evnen til å planlegge egne arbeider slik at fremdriftsplanen følges. Slik underkriteriet er presentert i konkurransegrunnlaget, legger det imidlertid ikke opp til en vurdering av hvordan disse forholdene ville løses *i dette oppdraget*. Underkriteriet legger derimot opp til en helt generell vurdering av tidligere oppdragsgiveres oppfatninger av leverandørene. Slik saken er opplyst for nemnda, ser det også ut til at kriteriet er anvendt på denne måten. Dette innebærer at forhold uten betydning for leveransen vil være relevante i evalueringen, og at konkurransen avgjøres basert på forhold som ikke reflekterer sterke og svake sider ved leverandørens tilbud på dette oppdraget.
- (39) Klagenemnda har etter dette kommet til at underkriteriet "*Firmaets gjennomførings- og samarbeidsevner*" ikke har den nødvendige "*tilknytning til kontraktsgjørstanden*", jf. forskriften § 22-2.
- (40) Klager har anført at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. Klagenemnda har lagt til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at den kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. Tildelingskriteriene har regelmessig stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om deltakelse og ved tilbudsutformingen. I foreliggende sak var tildelingskriteriet "*Kvalitet*" vektet 30 %, og det aktuelle kriteriet var ett av to underkriterier. Tildelingsevalueringen viste dessuten at det ikke var mye som skilte tilbyderne, jf. premiss (9). Klagenemnda legger til grunn at konkurransen kunne ha fått et annet utfall av konkurransen dersom feilen ikke var begått, se til sammenligning for eksempel klagenemndas sak 2012/116 premiss (24). Konkurransen skulle derfor ha vært avlyst.
- (41) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør selv om konkurransen skulle ha vært avlyst. Det følger av forskriften § 4-1 bokstav q at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen, eller en anskaffelse hvor oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det etter denne forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen. Innklagede har kunngjort konkurransen. Selv om denne var beheftet med en slik feil at innklagede ikke skulle ha inngått kontrakt med valgte leverandør, innebærer ikke dette uten videre at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (42) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til spørsmål om erstatning.
- (43) *Nemndsmedlem Fløistad* mener at de valgte tildelingskriterier ligger innenfor oppdragsgivers anskaffelsesrettslige skjønn. I Klagenemndas avgjørelse i sak 2015/78 er det lagt opp til et prinsipielt skille mellom forhold ved tilbudt personell og forhold ved entreprenøren som sådan, se premiss 18. I den nevnte avgjørelsen kan nemndas uttalelse forstås slik at leverandørens generelle erfaring og gjennomføringsevne ikke kan knyttes til oppdragsspesifikke kvaliteter ved tilbudet, se avsnitt 19. Denne generelle uttalelsen må etter nemndsmedlem Fløistads oppfatning nyanseres for enkelte kontrakter der forholdene nettopp ligger slik an at selve kontraktsgjenstanden inkluderer forhold ved leverandørens generelle gjennomførings- og samarbeidsevne. Mindretallet er følgelig ikke uenig med flertallet i at et tildelingskriterium må rette seg mot forhold ved kontraktsgjenstanden, men mener at enkelte kontrakter er innrettet slik at forhold ved leverandøren mer generelt er egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, se Generaladvokat Wathelet i sak C-601/13, premiss 78 som mener at Lianakis ikke er til hinder for at både forhold ved tilbudt personell og ved leverandøren trekkes inn i tildelingsevalueringen, se også *Arrowsmith, The law of public and utilities procurement – Volume 1 – Regulation in the EU and UK* kapittel 7-184 til 7-186, og *Arrowsmith, EU Public Procurement Law: An Introduction*, side 173. Etter nemndsmedlem Fløistads syn ligger denne konkrete saken nettopp slik an fordi oppdragsgiver hadde klargjort konkrete forhold som gjorde selve gjennomføringen og håndteringen av byggeprosessen til en del av kontraktsgjenstanden, se særlig konkurransegrunnlaget punkt 2.1 om at skolen skulle være i drift mens arbeidene pågikk. Nemndsmedlem Fløistad mener følgelig at underkriteriet «firmaets gjennomførings- og samarbeidsevne» har den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden i denne saken, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.13 om plikt til å ta hensyn til bl.a. virksomheten på skolen, punkt 8.1 om fremdriftsforhold bl.a. for at brukerne umiddelbart skal få overta bygget, samt ansvaret som lå i at utomhusentreprenøren skulle være hovedbedrift etter punkt 6.2 i konkurransegrunnlaget. Ettersom nemndsmedlemmet er i mindretall er det ikke funnet grunn til å vurdere andre forhold enn tilknytningskravet, og følgelig er det heller ikke utformet en konklusjon vedrørende spørsmålet om det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket.

Konklusjon:

Stavanger kommune har brutt regelverket ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium, jf. forskriften § 22-2. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk