



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse

Innklagede gjennomførte en tilbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for malerarbeider og gulvlegging. Klagenemnda kom til at innklagedes forhåndsbestemte vektingsintervall for tildelingskriteriene pris og kvalitet, ga innklagede en ulovlig skjønnsfrihet til å velge mellom leverandørene ved den endelige vektfastsettelsen. Innklagedes evaluering av referanser fremstod også vilkårlig. Feilene kunne ikke rettes på andre måter enn ved å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2023 i sak 2023/0460

Klager: Møller Håndverk AS

Innklaget: Larvik kommune

Klagenemndas

medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Larvik kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 19. april 2023 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for malerarbeider og gulvlegging. Kontraktens varighet skulle være to år, med opsjon på 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi ble estimert til 12 000 000 kroner ekskl. mva.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 3.17 stod det følgende om tilbudsevalueringen:

«Evaluering av tilbud vil være etter forholdsmetoden.

Pris:

*Billigste/beste tilbyder / tilbud * 10 = Score*

Kvalitet:

Her vurderes tilbyder sin oppfyllelse av kravspesifikasjonen. Beste tilbyder får score 10.

Oppdragsgiver vil velge den tilbyder som har inngitt tilbud med beste forhold mellom pris/kostnad og kvalitet ved kontraktstildeling. Følgende kriterier og vekting legges til grunn:

Tildelingskriterier vekting:

Priser 40 - 60 %

Kvalitet 40 - 60 %»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (3) Tildelingskriteriet kvalitet var delt inn i underkriteriene «erfaring», og «gjennomføringsevne». Kvalitetskravet om erfaring var beskrevet slik i konkurransegrunnlaget punkt 12.1:

«Tilbyder skal ha god erfaring fra tilsvarende oppdrag. Med god erfaring menes at

1) firmaet skal ha erfaring med tilsvarende oppdrag og

2) oppdragene er utført med høy faglig kvalitet iht avtalte fremdriftsplaner og med få avvik.»

- (4) Det tilhørende dokumentasjonskravet var formulert slik:

«Det skal legges ved oversikt over minst 2 rammeavtaler fra andre oppdragsgivere og/eller minst 10 enkeltoppdrag av en størrelse over 50.000 pr/oppdrag. Det skal per oppdrag legges ved kontaktinfo til kontaktperson. Oppdragsgiverens egne erfaring, samt erfaringer fra andre oppdragsgivere, vil inngå i vurderingen av erfaring.»

- (5) I referansesjekken som innklagede gjennomførte, ble det benyttet standardiserte spørreskjema. Spørsmålene var delt inn i 5 kategorier: 1) omfang, 2) fakturering, 3) kvaliteten på arbeidet, 4) reklamasjoner, og 5) tidsfrister. Innklagede skulle selv fastslå én oppsummerende karakter til hver spørsmålskategori.
- (6) Karakteren skulle gjenspeile helhetsinntrykket som referansen ga ved hver spørsmålskategori. De fem ulike karakterene ble omgjort til en gjennomsnittskarakter som var bestemmende for kvalitetsevalueringen.
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Møller Håndverk AS (heretter *klager*) og Malermester Buer Drammen AS (heretter *valgte leverandør*).
- (8) I anskaffelsesprotokollen under punktet «*tildeling og klage informasjon*» fremgikk det at leverandørene ble informert om tilbudsevalueringen 14. juni 2023:

«Ved tilbudsfristens utløp var det kommet inn 5 tilbud. Evaluering ble foretatt på følgende måte;

A Kvalifikasjonskrav og gjennomføringskrav

Ved gjennomgåelse av tilbydernes oppnåelse av disse, fant vi ut at alle tilbyderne var kvalifisert.

B Tildelingskriterier

I konkurransegrunnlaget er det opplistet følgende kriterier og vekting:

Pris 40-60%

Kvalitet 40-60%

Det er bestemt at det blir benyttet følgende kriterier og vekting:

Pris 40%

Kvalitet 60%

De ovenstående komponentene er tillagt vekt og har samlet telt i en totalvurdering av de enkelte tilbudene. Hvert kriterium, er gitt en karakter (0-10 som siden er vektet og summert i en total karakter for hver enkelt tilbyder).

Firma Malermester Buer Drammen AS er innstilt som vinner av konkurransen med en totalscore på 9,6. Se vedlegg for de andre tilbydernes score.

Under erfaring er det gjort omfattende arbeid med å sjekke referansene til hver av tilbyderne. Alle referanser har fått de samme spørsmålene de skulle svare på. Dette endte opp med en poengscore til hver av tilbyderne som framkommer i protokollen (...).

- (9) Ifølge vedlegget hvor poengscoren til samtlige tilbud fremgikk, var prisen til valgte leverandør 1 047 5000 kroner. Dette ga en uttelling på 8,9. Klagers pris var best – 932 000 kroner – og fikk karakteren 10. Begge karakterene er angitt før vekting.
- (10) For tildelingskriteriet kvalitet, fikk samtlige leverandører full uttelling for underkriteriet gjennomføringsevne. For erfaringskriteriet fikk klager karakteren 7, mens valgte leverandør fikk 9. Begge karakterene er angitt før vekting. Begrunnelsen for at klager fikk utslagsgivende dårligere karakter var slik:

«Referansene [til klager] er imidlertid totalt sett noe svakere enn for de beste tilbyderne, og det gir derfor total karakter 7.»

- (11) I spørsmålsskjemaene som karaktersettingen var basert på, fremgikk det at innklagede hadde evaluert kvalitet basert på to eksterne, og én intern referanse. Ifølge den første eksterne referansen, leverte klager i henhold til forventninger, og innklagede hadde – basert på helhetsinntrykket referansen hadde gitt – fastslått karakter 9 på kvalitet, 10 på fakturering, 10 på reklamasjonshåndtering, og 10 for tidsfrister. Dette ga en gjennomsnittskarakter på 9,75.
- (12) Etter spørsmålene til den andre eksterne referansen, var karaktersettingen slik: fakturering 10, kvalitet på arbeidene 7, reklamasjonshåndtering 9, tidsfrister 9. Dette ga et gjennomsnitt på 9. At kvaliteten på arbeidene fikk karakter 7, var basert på følgende spørsmål og svar:

- *«Blir malerarbeidene levert med deres forventninger til kvalitet?*

Ja, etter forventninger

- *Blir gulvleggerarbeidene levert med deres forventninger til kvalitet?*

Ja, etter forventninger

- *Blir arbeidene levert i henhold til sluttbrukerens forventninger til kvalitet?*

Sluttbruker som tredjeperson har ofte høye forventninger

- *Opplever arbeiderne i firmaet samarbeidsvillige og løsningsorienterte?*

Ja, ikke noe å utsette på det.

- *Har dere andre positive eller negative opplevelser med arbeiderne i firmaet?*

Bruker dem som fast leverandør fordi de leverer det de skal, vi er fornøyd og de leverer forventet kvalitet til ok pris.»

- (13) Den interne referansen ga følgende karakterer: faktureringsrutiner 9, kvalitet på arbeidene 5, reklamasjonshåndtering 7, og tidsfrister 7. Dette ga gjennomsnittskarakteren 7. Til de samme spørsmålene som gjengitt ovenfor, ga referansen følgende svar:

«(...) Kvaliteten [på malerarbeidene] er ikke i henhold til forventninger selv når arbeidene blir utført på timer. Opplever ofte slurv og dårlig finish. Lavere kvalitet en opplevd med andre leverandører.»

(...) Leverer forventet kvalitet [på gulvleggerarbeidene]

(...) er selv sluttbruker

(...) Arbeiderne oppleves positivt

(...) Generelt oppleves det mangelfull oppfølging fra prosjektledernes side inn mot jobbene, det er også ofte mange forskjellige folk innom på samme jobb som kunne vært utført av samme person og det oppleves som mindre effektivt.»

- (14) Klager var uenig i hvordan tilbudsevalueringen hadde foregått, herunder hvordan tildelingskriteriene var vektet; klager mente at pris skulle ha vært vektlagt høyere. De klagde derfor 19. juni 2023. I klagen stod følgende om evalueringen av kvalitet:

«Som nevnt over så har innkjøpsavdelingen lagt vekt på «Kommunens egne erfaringer» dette bekreftes også i mail fra Innkjøpsavdelingen (...) 15 Juni.

For det første så er «Kommunens egen erfaring» ikke sammenlignbart og heller ikke relevant blandt deltakerne da kun et av disse firmaene har levert tjenester til kommunen siste 10år (vi) og burde således ikke vektlegges da det ikke er sammenlignbart.

Det er så sent som i i April 2021 gjennomført obligatorisk møte med kommunen om pågående rammeavtale med [klager] og alle var fornøyd, samme i April 2019 hvorav det i tillegg ble laget et referat (vedlegg 1) alle var fornøyd. Vi [klager] er godt kjent med at personer i administrasjonen ikke ønsker å ha oss som leverandør. Dette har utvilsomt vært avgjørende i avgjørelsen her som utvilsomt igjen er basert på egeninteresse og enveiskommunikasjon og oppleves svært uetisk og urettferdig.

[Klager] har vært leverandør til Kommunen siste 2 år, i den perioden har det blitt avholdt to sammenlignbare møter ref (vedlegg 1) på første møte ble det vektlagt mye arbeider av spesielt utført av en person, denne personen var delvis under «inkluderende kontrakt» fra Kommunen og var således pålagt oss å bruke, vi nevnte dette flere ganger under møtet, men dette ble aldri hensyntatt.

Vedr møte nr 2 så ble det lagt vekt på arbeider utført på Hedrum Kirke, her hadde det blitt utfordringer med malingen og riksantikvaren ble involvert. Også her som i første møte ble vi presentert enveiskommunikasjon uten at det er hensyntatt våre bemerkninger.

Av vesentligheter her er det at Kommunen ønsker å male et antikvarisk bygg på Høsten med Linoljemaling!!!

Her advarte vi på forhånd om mulig konsekvens. Avvikene på denne kirken er tilbakevist skriftlig og ryddig fra vår Daglig leder.»

- (15) Innklagede opprettholdt beslutningen, og besvarte klagen 20. juni 2023:

«Vekting av tildelingen er basert på 40% pris og 60% kvalitet slik det er oppgitt i konkurransen. Som i mange av kommunens konkurranser legges det vekt ikke bare på pris, men også kvalitet. Det er ikke alltid slik at pris alene vil være det som gir Larvik kommune det beste tilbudet.

I konkurransen er det opplyst at oppdragsgiverens egne erfaringer vil kunne tillegges vekt ved evaluering av kvalitet. Vi viser her til punkt 12.1 “Det skal legges ved oversikt over minst 2 rammeavtaler fra andre oppdragsgivere og/eller minst 10 enkeltoppdrag av en størrelse over kr. 50.000 pr/oppdrag. Det skal per oppdrag legges ved kontaktinfo til kontaktperson. Oppdragsgivers egne erfaringer, samt erfaringer fra andre oppdragsgivere, vil inngå i vurderingen av erfaring.

Referansesjekken er gjennomført med intervjuer med eksterne referanser og også interne referanser. Intervjuene er basert på standardisert spørreskjema med karaktersetting. Tilbakemeldingene er gode, men som vi har angitt i tildelingsbrevet, likevel noe svakere totalt sett for Møller enn for innstilt vinner.

At Larvik kommune har meldt avvik på arbeid som er utført av Møller Håndverk er firmaet godt kjent med. Vi tar avstand fra påstander om at “personer i administrasjonen ikke ønsker å ha oss som leverandør”. Kommunens evaluering er basert på arbeidet som vi har fått tilbakemelding på i våre referansesjekker.

Larvik kommune tar ikke klagen til følge og vil inngå kontrakt med innstilt vinner.»

- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. juni 2023. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. september 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagedes vekting av tildelingskriteriene er i strid med forutberegnelighets-, og likebehandlingsprinsippet, siden vektingsintervallet på 40-60 prosent gir en «sikkerhetsmargin», og muliggjør at vektingen kan fastsettes slik at klager taper konkurransen.
- (19) Innklagede har – i strid med anskaffelsesregelverket – vektlagt interne referanser i kvalitetsvurderingen. Innklagede har ikke egen erfaring med samtlige leverandører, og tilbudene er dermed ikke sammenlignbare.
- (20) Innklagedes evaluering av klagers kvalitet er fundert på forhold som klager ikke kan holdes ansvarlig for. De dårlige erfaringene innklagede har, skyldes spesielt én person

som var ansatt hos klager under «inkluderende kontrakt». Det var innklagede selv som hadde pålagt at klager måtte benytte denne personen. Innklagede har også vektlagt dårlig utført arbeid på Hedrum Kirke, men dette har klager tilbakevist.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Den konkrete vektingen av pris og kvalitet på henholdsvis 40 og 60 prosent er lovlig siden det er innenfor det forhåndsinformerte vektingsintervallet på 40-60 prosent. Vektingen har et passende maksimalt utslag etter anskaffelsesforskriften.
- (22) Vektleggingen av egne erfaringer ivaretar hensynet til forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og likebehandling. Innklagede informerte i konkurransegrunnlaget at de ville vektlegge egne erfaringer, og intervjuene fulgte standardiserte spørreskjema med karaktersetting.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av maler-, og gulvleggerarbeid. Anskaffelsen er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen følger etter det opplyste lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 og anskaffelsesforskriften del I og II, jf. §§ 5-1 og 5-3. På grunn av resultatet nemnda er kommet, til har nemnda ikke nærmere vurdert om anskaffelsen gjelder bygge- og anleggsarbeider eller tjenester og dermed skulle fulgt del III, se klagenemndas avgjørelse 2020/722.
- (24) Klagenemnda tar først stilling til om vektingen av tildelingskriteriene er i strid med anskaffelsesregelverket.
- (25) I konkurransegrunnlaget var det fastsatt et vektingsintervall på 40-60 prosent for *begge* tildelingskriteriene. Innklagede mener at vektingen er legitim, og begrunner dette med at det angitte vektingsintervallet har et passende maksimalt utslag.
- (26) Etter forskriften del III, kan oppdragsgiver angi tildelingskriterienes vekt innenfor en ramme med et passende maksimalt utslag, jf. forskriften § 18-1 (6). Dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte tildelingskriteriene, herunder med passende maksimal vekting, skal oppdragsgiver angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge. Det er ikke et krav om at tildelingskriteriene må vektes i forskriften del II, og del II har ikke regler om passende maksimalt utslag, men tildelingskriteriene skal ifølge forskriften § 8-11 (1) angis i «*prioritert rekkefølge*».
- (27) Selv om det ikke er krav i del II om å angi vekten til hvert tildelingskriterium, må altså leverandørene kunne utlede hvilke kriterier som prioriteres høyere enn andre. Dette er også et krav i del III, ved at tildelingskriterienes «*relative vekt*» skal oppgis, jf. forskriften § 18-1 (6). Innsikt i tildelingskriterienes prioriteringsrekkefølge er grunnleggende informasjon for leverandørene ved utformingen av tilbud.
- (28) I klagenemndas sak 2011/204, som gjaldt en anskaffelse som fulgte del III hvor vektingen var angitt med passende maksimalt utslag, fant ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til om oppdragsgiver på generelt grunnlag har en plikt til å angi vektingen av tildelingskriteriene slik at prioriteringsrekkefølgen er klar. Istedenfor gjorde nemnda en vid vurdering av at vektingen i den aktuelle anskaffelsen ikke var tilstrekkelig forutsigbar. Da det ikke var forutberegnelig hva som ville være avgjørende for oppdragsgivers

endelige vekting, ble angivelsen av tildelingskriteriene ansett å være i strid med prinsippet om forutberegnelighet. Juridisk litteratur har som følge av dette ansett det uavklart hvorvidt rammene må angis slik at prioriteringen av tildelingskriteriene kan leses ut av vektingen med rammer, se blant annet Marianne Dragsten, *Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar*, § 18-1.

- (29) I denne anskaffelsen er det heller ikke angitt i konkurransegrunnlaget noe om hva som vil avgjøre den endelige vektingen. Oppdragsgiver har heller ikke gitt noen forklaring for hvorfor man endelig fastsatt vektingen slik man gjorde. Det er også benyttet et stort spenn. Siden begge tildelingskriteriene var vektet 40-60 prosent, er det ikke mulig å utlede en bestemt prioriteringsrekkefølge mellom kriteriene. Innklagede har dermed brutt forskriften § 8-11 (1).
- (30) Den neste problemstillingen er om feilen medfører plikt til å avlyse konkurransen.
- (31) En slik plikt foreligger dersom feilen kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se blant annet HR-2019-1801-A, avsnitt 85 og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16, avsnitt 106. Det er klager som må sannsynliggjøre at feilen er av en slik karakter, jf. eksempelvis LE-2011-40623. En teoretisk mulighet for at feilen har påvirket konkurransen, er ikke tilstrekkelig. Det kreves at det foreligger en «*nærliggende faktisk mulighet*» for at feilen har virket inn, jf. LE-2011-40623.
- (32) Feilen ligger i at konkurransegrunnlaget ga oppdragsgiver en ulovlig stor skjønnsfrihet. Klagers tilbud fikk best uttelling på priskriteriet, mens valgte leverandør fikk best uttelling på kvalitetskriteriet. Den ulovlig store skjønnsfriheten har medført at oppdragsgiver, etter å ha mottatt tilbudene, kunne velge tilbud gjennom å fastsette den endelige vektingen. Denne feilen kan ikke rettes på andre måter enn ved avlysning.
- (33) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (34) Klagenemnda skal så ta stilling til om innklagedes har brutt regelverket ved vektleggingen av egne erfaringer med klager under tildelingskriteriet «*Kvalitet*».
- (35) I utgangspunktet kan egen erfaring inngå som faktum for tilbudsevalueringen, så lenge dette er fastsatt i konkurransegrunnlaget, og at evalueringen vektet på lik linje med erfaring andre oppdragsgivere har med leverandøren. Forutsetningen er videre at erfaringene er objektivt konstaterbare, dokumentert, og etterprøvbare. De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 må også ivaretas, se klagenemndas saker 2016/124 avsnitt 52, og 2012/43 avsnitt 21.
- (36) Det at erfaringene som ligger til grunn for tilbudsevalueringen, skal være objektivt konstaterbare og etterprøvbare, betyr at oppdragsgiverens subjektive vurderinger ikke skal medtas i evalueringen. Erfaringene må være dokumentert og gjenstand for en betryggende mulighet for etterprøving. Det kreves derfor at evalueringsdokumentene angir hvilke konkrete forhold som ble vektlagt i referansens vurdering, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2007/106 avsnitt 42, og 2016/195 avsnitt 34 og 38.
- (37) Innklagede stilte blant annet spørsmål om arbeiderne leverte kvalitet i henhold til forventninger, og om arbeiderne opplevdes som samarbeidsvillige og løsningsorienterte.

Slik det fremgår av spørsmålsskjemaene, hadde ingen av de eksterne referansene noe å utsette på kvalitet. Den interne referansen opplyste derimot at «*kvaliteten [ikke] er i henhold til forventninger selv når arbeidene blir utført på timer.*» Videre står det at de «*opplever ofte slurv og dårlig finish.*».

- (38) Innklagede har ikke konkretisert hvilke forventninger de enkelte referansene hadde. De har dermed ikke fått et svar som gjør det mulig å etterprøve om karaktersettingen er objektivt konstaterbar.
- (39) Det er heller ikke spesifisert hvilke konkrete episoder den interne referansen sikter til, når vedkommende rapporterer om slurv og dårlig finish. Slik klagenemnda legger til grunn, er det da ikke mulig for klager å etterprøve om det innklagede har lagt til grunn ved evalueringen stemmer.
- (40) Klagenemnda bemerker videre at gjennomsnittskarakteren som ble angitt fra de tre referansene var henholdsvis 9.75, 9, og 7. En forutsetning for å kunne vektlegge interne referanser, er at de vektlegges på lik linje med de eksterne. I tilbudsevalueringsskjemaet fremgår det at klager fikk karakter 7 for erfaring. Gjennomsnittskarakteren – basert på referansene – er 8.53. Dette indikerer at den interne referansen har fått vesentlig høyere vekt enn de andre eksterne.
- (41) Til slutt, bemerkes det at spørsmålsstillingen og svarene ikke ser ut til å samsvare med den karakteren som innklagede har fastsatt til hver referanse. Tydeligst fremkommer dette i evalueringen av den andre eksterne referansen. Vedkommende svarte konsekvent at kvaliteten var i henhold til forventninger. Likevel fastsatte innklagede karakter 7 for spørsmålskategorien. Det er da en klar diskrepans mellom det som fremgår i beslutningsgrunnlaget, og den karakter som ble satt. Hvorfor karakteren ble satt til 7 – til tross for at svarene utelukkende var positive – er ikke etterprøvbart.
- (42) Klagenemnda har derfor kommet til at evalueringen av både interne og eksterne referanser fremstår vilkårlig.
- (43) Da nemnda allerede er kommet til at anskaffelsen skal avlyses, har nemnda ikke tatt stilling til hvordan denne feilen ville ha påvirket utfallet av anskaffelsen.

Konklusjon:

Larvik kommune har brutt regelverket og må avlyse konkurransen, ettersom vektingen av tildelingskriteriene er ulovlig, og evalueringen av referanser fremstår vilkårlig.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur