



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, Tilbudsevaluering

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprise for Granvin barnehage. Klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet ved å vektlegge et referanseprosjekt som ikke var oppgitt i valgte leverandørs endelige tilbud. Feilen hadde imidlertid ikke hatt noen innvirkning på konkurransen da valgte leverandør uansett ville vunnet til tross for maksimalt trekk på dette punktet. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 14. august 2024 i sak 2024/0984

Klager: Byggmester Markhus AS

Innklaget: Voss herad

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Voss herad (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. desember 2023 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprise for Granvin barnehage. Anskaffelsens verdi var estimert til 54 millioner kroner, og konkurransen ble kunngjort etter anskaffelsesforskriften del I og del III. Frist for kvalifikasjonssøknad var 30. januar 2024, og tilbudsfrist var 15. april 2024.
- (2) Tildelingskriteriene i konkurransen var «Pris», «Kompetanse og erfaring for tilbudd nøkkelpersonell» og «Kvalitet». Pris skulle vektes med 60 prosent, kompetanse og erfaring skulle vektes med 25 prosent og kvalitet skulle vektes med 15 prosent.
- (3) Det fulgte av tildelingskriteriet kompetanse og erfaring for tilbuddt nøkkelpersonell at:
«Rollene som skal vurderast under kriteriet er:
 - *Entreprenørens anleggsleiar/byggeleiar*
 - *Entreprenørens prosjektleiar*
 - *Entreprenørens ARK*
 - *Entreprenørens prosjekteringsleiar**Dei tilbydde ressursane bør samla være fagleg sterke innan oppdrag som kan samanliknast».*
- (4) Tildelingskriteriet kompetanse og erfaring skulle dokumenteres på følgende måte:
«Utfylt CV- og referanseskjema for kvar person.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

CV per tilbydd nøkkelpersonell skal fyllast ut i tråd med mal gitt i del 1 vedlegg 6 og vil bli nytta i evalueringa.

Det kan berre tilbydast éin person til kvar rolle, og same person kan ikkje tilbydast i to eller fleire roller.

Tilbydd personell blir rekna som nøkkelpersonar og er bindande for oppdraget.»

- (5) Det fulgte av «Vedlegg 6 – Mal CV kompetanse og referanseprosjekter for tilbudt nøkkelpersonell» at leverandørene skulle dokumentere «Inntil tre referanseprosjekter som er fullført fra de siste fem år» for tilbudt nøkkelpersonell.
- (6) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 12.1.2 at kompetanse og erfaring for nøkkelpersonell ville evalueres på følgende måte:

«Evalueringa vil gjerast slik at beste tilbod, etter oppdragsgivars innkjøpsfaglege skjønn, vil gis beste score som er 10. Ørvig tilbod vil tildelast score etter relative avvik frå beste tilbod.

Oppdragsgjevar vil under dette kriteria vurdere kompetansenivået hos entreprenørens nøkkelpersonell. Det vil gjerast ein heilskapleg vurdering av kompetansen kor momenta som blant anna utdanning, arbeidserfaring, referanse prosjekter og øvrig relevant kompetanse vil vektleggast.

Ved denne vurderinga vil det gis særleg uttelling dersom tilbudte ressursar har gode referansar/erfaringar frå oppdrag av same art, (barnehagebygg, større bygg med bruk av massivtre eller bygg med høye miljøambisjonar).

Entreprenørens ARK bør være fagleg sterk innan prosjektering av barnehage.»

- (7) Det fulgte av kontraktsgrunnlaget punkt B.2.7 at:

«Leverandøren kan kun skifte nøkkelpersonell ved saklig grunn i kontraksperioden. Skiftet skal godkjennes skriftlig av byggherren. Som saklig grunn regnes forhold som leverandøren ikke kunne ha forutsett på tidspunktet tilbudet ble inngitt, herunder bla. sykdom, død eller at nøkkelpersonen slutter hos leverandøren. Ved skifte av nøkkelpersonell skal påtroppende nøkkelperson ha tilsvarende eller bedre kvalifikasjoner enn ressursen hen erstatter. Leverandøren skal legge frem plan for kompetanseoverføring mellom ressursene for byggherrens godkjenning. Leverandøren bærer alle kostnader ved kompetanseoverføringen.

Dersom en nøkkelperson skiftes ut uten skriftlig samtykke fra byggherren ilegges leverandøren en konvensjonalbot på kr 100 000,- per skifte per funksjon.»

- (8) Videre fulgte det av kontraktsgrunnlaget punkt D.1.7 «Anleggsledelse» at:

«Totalentreprenøren skal til enhver tid ha en anleggsleder som er fullt kvalifisert fagperson med erfaring i moderne anleggsdrift. Anleggslederen skal forestå den daglige ledelsen av driften og det entreprenørmessige arbeid, motta instruksjoner fra byggeledelsen, delta på byggemøter og kunne handle med bindene virkninger for entreprenøren.

Enhver henvendelse til byggherren under anleggets gang skal rettes til byggelederen.

Anleggslederen er videre ansvarlig for at tegninger og profiler til enhver tid er ført ajour og forefinnes på anleggsstedet.

Byggherren vil foreta stikkprøvekontroll av arbeidets gang og utførelse. Denne kontroll fritar ikke entreprenøren for ansvar når det gjelder feil eller mangler ved det utførte arbeid.»

- (9) Innklagede mottok fem kvalifikasjonssøknader, fire ble ansett kvalifisert og invitert til å inngi tilbud.
- (10) Innklagede mottok innen tilbudsfristen tilbud fra tre av de prekvalifiserte leverandørene, herunder fra Fuglefjell AS (heretter *valgte leverandør*) og Byggmester Markhus AS (heretter *klager*).
- (11) Det ble gjennomført forhandling med leverandørene og satt frist for endelig tilbud til 13. mai 2024.
- (12) Den 26. april 2024 ble valgte leverandør tildelt kontrakt i en konkurranse om totalentreprise for Voss brannstasjon der innklagede også var oppdragsgiver.
- (13) For valgte leverandørs tilbudte prosjekteringsleder var det i det endelige tilbudet dokumentert tre referanseprosjekter. Referanseprosjekt 1 var Lindås barnehage med oppstart mai 2019 og ferdigstillelse juni 2021. Referanseprosjekt 2 var Svanevågen barnehage med oppstart januar 2019 og ferdigstillelse august 2019. Referanseprosjekt 3 var Bjorøy barnehage med oppstart mai 2018 og ferdigstillelse oktober 2019.
- (14) Ved tildelingsbeslutning datert 29. mai 2024 ble kontrakt tildelt valgte leverandør med en total poengscore på 9,88 vektete poeng. Klager kom på andreplass med en vektet total poengscore på 9,72.
- (15) Det fulgte av tildelingsvedtaket at valgte leverandør fikk 6 vektete poeng på tildelingskriteriet pris, 2,38 poeng på tildelingskriteriet kompetanse og erfaring og 1,50 poeng på tildelingskriteriet kvalitet. Klager fikk 5,88 vektete poeng på pris, 2,34 poeng på kompetanse og erfaring og 1,50 poeng på kvalitet.
- (16) Av begrunnelsen for evalueringen av valgte leverandør under tildelingskriteriet kompetanse og erfaring for tilbudt personell fremgikk følgende:

«Tilbodet frå Fuglafjell er vurdert som tett opp mot det beste tilbodet.

Tilbydd anleggsleiar/byggeleiar (AL/BL) scorar tett opp mot den beste ressursen for den respektive funksjonen, med høg utdanning (ingeniørutdanning på bachelor-nivå) og over 25 års relevant erfaring. To av referansane blir vurderte som relevante sidan dei viser god erfaring som AL/BL i totalentreprisar, men ein av dei har lite omfang, noko som har gjeve trekk i evalueringa. Den tredje referansen handlar om ei annan entreprisemodell, noko som har gjeve trekk i evalueringa.

Den tilbydde prosjektleiaren (PL) scorar tett opp mot den beste ressursen for den respektive funksjonen. Ressursen kan vise til to gode referansar som gjeld prosjektleiing i totalentreprisar, der ein av desse har gitt ekstra uttelling på grunn av bygg med høge

miljøambisjonar som massivtrekonstruksjon. Den tredje referansen handlar om ei annan entreprisemodell, noko som har gjeve trekk i evalueringa. Tilbydd PL har fått noko trekk på grunn av lågare/svakare formell kompetanse og noko kortare erfaring.

Den tilbydde prosjekteringsleiaren (PRL) scorar litt svakare enn den beste ressursen for den respektive funksjonen. Ressursen kan m.a. vise til relevant utdanning på sivilingeniør-nivå og 25 års relevant erfaring, samt tre relevante referansar som PRL i totalentreprisar. Ein av desse har gitt ekstra uttelling på grunn av bygg med høge miljøambisjonar som massivtrekonstruksjon.»

- (17) Klager klaget på tildelingen 7. juni 2024.
- (18) Innklagede avsto klagen i brev datert 11. juni 2024.
- (19) I forbindelse med klagen ba innklagede valgte leverandør redegjøre for hvordan selskapet ville oppfylle kontrakten med tanke på tilbudt nøkkelpersonell. Valgte leverandør svarte følgende:
- «Fuglafjell vil oppfylle sine kontraktsforpliktelser ved at nøkkelpersonell inngår i eit prosjekt-team med øvrige støttefunksjoner. Stillingsprosent knytt til enkeltprosjekter vil ikkje overstige 50%, og me vil ut frå dette kunne innfri kontraktsforpliktelser med samme personer i begge prosjekter.*
- Me viser til vedlagte illustrasjon som viser roller i vårt prosjekt-team. Prosjektledelse og byggeledelse vil samla utgjere stillingsprosent på ca 190 %, og dette fordeles på ulike personer i teamet.»*
- (20) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 18. juni 2024.
- (21) Innklagede har bekreftet at de vil avvente kontraktsinngåelse til saken er behandlet av klagenemnda.
- (22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. august 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, og kontrakt skulle vært tildelt klager. Valgte leverandør har tilbudt anleggsleder/byggeleder, prosjektleder og prosjekteringsleder som allerede er forpliktet til et annet omfattende entrepriseoppdrag for samme oppdragsgiver. Det endelige tilbudet til valgte leverandør er i strid med konkurransegrunnlagets absolutte krav om at tilbudte nøkkelpersoner skulle fylle de roller som skulle evalueres under «kompetanse og erfaring». Nøkkelpersonellet er ikke tilgjengelig, og valgte leverandør har ikke vist til nødvendig støttepersonell i sitt tilbud. Dette innebærer et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Innklagede visste at ressursene var forpliktet til et annet omfattende oppdrag, og hadde dermed en foranledning til nærmere undersøkelser. Avviket er vesentlig både fordi det strider mot absolutte krav og fordi det er en betydelig uklarhet rundt hvordan valgte leverandørs oppgitte personell skal kunne fylle de påkrevde rollene. Anleggsleder/byggeleder sin rolle er særlig viktig for gjennomføringen av

prosjektet, og en normalt informert og påpasselig leverandør vil forstå at det forutsettes en fullt ut dedikert person i rollen som anleggsleder.

- (24) Det er ikke tillatt å forbedre det endelige tilbudet etter at tildeling har skjedd, slik valgte leverandør har fått anledning til ved å oppgi tilleggsressurser slik at nøkkelpersonrollene skal kunne fylles. Endringen av tilbudets innhold er i strid med konkurransegrunnlagets krav, de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 4, forbudet mot å forhandle om absolutte krav, anskaffelsesforskriften § 23-7 (2), og forbudet mot forhandlinger om endelige tilbud (4). Avklaringen er videre i strid med forskriften § 23-5 (2) siden tilbudet forbedres ved at man tilbyr ytterligere ressurser inn i nøkkelpersonrollene. Innklagede hadde i alle tilfeller ikke anledning til å foreta slike forhandlinger/avklaringer etter å ha gitt ut totalpriser og informasjon om tilbudenes innhold under evalueringen.
- (25) Subsidiært bygger evalueringen på uriktige premisser. Ettersom den oppgitte prosjektlederen bare vil utgjøre 30 prosent av en 70 prosent stilling og den oppgitte anleggslederen bare vil utgjøre 50 prosent av en 120 prosent stilling er evalueringen bygget på feil faktisk grunnlag, og strider mot de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, herunder kravene til likebehandling og forutberegnelighet. Valgte leverandør har i sitt tilbud videre kun har oppgitt to relevante referanseprosjekter for prosjekteringsleder, ettersom referanseprosjekt 3 ikke oppfyller kravet om å være fra de siste fem år. Likevel står det i tildelingen at ressursen kan vise til «*tre relevante referansar*». Evalueringen av prosjektleders referanser bygger også av denne grunn på en faktisk feil.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Klager mangler saklig klageinteresse fordi grunnlaget for avvísningsspåstanden ikke har aktualisert seg og fremstår som hypotetisk. Hvorvidt valgte leverandørs tilbudte nøkkelpersonell er tilgjengelig i kontraktgjennomføringsfasen, er et hypotetisk spørsmål, og en oppdragsgiver kan normalt forholde seg til informasjonen i tilbudet. Det sentrale er at valgte leverandør har plikt til å oppfylle kontrakten og levere i henhold til konkurransegrunnlaget og tilbudet. Eventuelle avvik kan utgjøre et kontraktsbrudd, og konkurransen inneholder også klausuler som åpner for endringer blant annet ved utskiftning av tilbudt personell samt bestemmelser om sanksjoner ved kontraktsbrudd. Innklagede har ikke en handleplikt på nåværende tidspunkt i form av avvísningsplikt, og klagenemnda bør avvise denne delen av klagen.
- (27) Innklagede hadde anledning til å foreta avklaring og har på ingen måte åpnet for å endre tilbudet. Valgte leverandørs svar på avklaringen utgjør ikke et nytt tilbud, og det er ikke foretatt noen ny evaluering etter at avklaringen kom inn.
- (28) Tilbudet avviker ikke fra konkurransegrunnlaget. Innklagede kan legge opplysningene i tilbudet til grunn, og det forelå ikke en foranledning til kontroll av tilbyderens opplysninger. Valgte leverandør har plikt til å levere i henhold til tilbudet. Valgte leverandør har i sitt endelige tilbud av 13. mai 2024, etter at de var orientert om tildelingen i brannstasjonskonkurransen 26. april 2024, valgt å ikke endre tilbudt nøkkelpersonell i tilbudet. Videre har valgte leverandør i redegjørelsen av 9. juni 2024 fastholdt at tilbudt nøkkelpersonell er tilgjengelig, og at kravene i konkurranse vil bli oppfylt i kontraktsperioden. Konkurransegrunnlaget stiller ikke krav om en bestemt stillingsprosent eller antall timer tilstedeværelse. Prosjektene overlapper heller ikke

fullstendig. Det er per i dag mellom 1,5 og 2 kalendermåneders forskyving mellom prosjektene, da det ennå ikke er inngått kontrakt for Granvin barnehage, mens arbeidet med brannstasjonen allerede er godt i gang. Konkurranses grunnlagets bestemmelser om at det bare kan tilbys en person i hver rolle, og at samme person ikke kan ha flere roller i prosjektet, handler ikke bare om fysisk tilgjengelighet, men også om ansvars plassering og å unngå ansvarspulverisering.

- (29) Det er riktig at valgte leverandørs prosjekteringsleder i tilbudet av 13. mai hadde et referanseprosjekt som var eldre enn fem år og derfor ikke kunne vektlegges. Dette referanseprosjektet var nytt i det siste tilbudet og ble formodentlig tatt med fordi det gjaldt et barnehagebygg. I det opprinnelige tilbudet, var det oppgitt et annet referanseprosjekt for samme ressurs. Dette referanseprosjektet var fra de siste fem årene og ble ansett relevant. Innklagede har funnet det ubetenkelig å forholde seg til og vektlegge dette opprinnelige referanseprosjektet i evalueringen da det er medtatt i det opprinnelige tilbudet til samme oppdragsgiver i samme konkurranse og gjelder samme ressurs. Dersom klager skulle fått medhold på dette punkt, ville det uansett ikke hatt noen innvirkning på konkurransen, da valgte leverandør til tross for en nedjustering ville hatt flest poeng.

Klagenemndas vurdering:

Saklig klageinteresse

- (30) Konkurransen gjelder totalentreprise for Granvin barnehage som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3. Klagen er rettidig.
- (31) Innklagede anfører at klager ikke har saklig klageinteresse for anførselen om at valgte leverandørs tilbud må avvises grunnet vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (32) Klager har deltatt i konkurransen og kom på andreplass. Siden klager pretenderer at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, må pretensjonen legges til grunn i vurderingen av om klager har saklig klageinteresse, jf. Rt-2006-880 avsnitt 26 der det fremgår at «*Ved avgjørelsen av om en part har rettslig interesse i en sak/anke, skal retten som utgangspunkt legge partens pretensjon til grunn.*» Det er dermed klart at klager har saklig klageinteresse både i spørsmålet om valgte leverandørs tilbud skal avvises og om evalueringen er lovlig, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

Avvisning av tilbud

- (33) Klagenemnda vil i det følgende ta stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at tilbudt anleggsleder/byggeleder, prosjektleder og prosjekteringsleder allerede er forpliktet til et annet omfattende entrepriseoppdrag for innklagede.
- (34) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiveren «*skal*» avvise et tilbud som «*inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».
- (35) Avvik foreligger i utgangspunktet dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til anskaffelsesdokumentene, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av anskaffelsesdokumentene. Utgangspunktet for tolkningen av anskaffelsesdokumentene

er hvordan det fremstår for rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se for eksempel Høyesterett sin avgjørelse i HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 51.

- (36) Det fremgikk av tildelingskriteriet kompetanse og erfaring for tilbudt nøkkelpersonell at leverandørene skulle bli evaluert basert på tilbudt «*anleggsleiar/byggeleiar*», «*prosjektleiar*», «*ARK*» og «*prosjekteringsleiar*».
- (37) Videre fulgte det at «*Det kan berre tilbydast éin person til kvar rolle, og same person kan ikkje tilbydast i to eller fleire roller.*» Det fremgikk også at «*Tilbydd personell blir rekna som nøkkelpersonar og er bindande for oppdraget.*»
- (38) Av kontraktsgrunnlaget punkt D.1.7 om «*Anleggsledelse*» fulgte det blant annet at «*Totalentreprenøren skal til enhver tid ha en anleggsleder som er fullt kvalifisert fagperson med erfaring i moderne anleggsdrift. Anleggslederen skal forestå den daglige ledelsen av driften og det entreprenørmessige arbeid, motta instruksjoner fra byggeledelsen, delta på byggemøter og kunne handle med bindene virkninger for entreprenøren.*»
- (39) De siterte delene av konkurransegrunnlaget viser at leverandørene skulle tilby anleggsleder/byggeleder, prosjektleder, ARK og prosjekteringsleder for det aktuelle prosjektet. Det kunne bare tilbys en person til hver rolle, og tilbudt personell var bindende. Videre taler beskrivelsen av arbeidsoppgavene til anleggslederen for at denne rollen krever en viss tilstedeværelse og oversikt over prosjektet.
- (40) Valgte leverandør har tilbudt en nøkkelperson til hver av de forespurte rollene. Tilbudt anleggsleder/byggeleder, prosjektleder og prosjekteringsleder innehar de samme rollene i en allerede inngått kontrakt med innklagede om totalentreprise for Voss brannstasjon.
- (41) Det følger ikke av konkurransegrunnlaget at de tilbudte nøkkelpersonene ikke kan være tilknyttet andre prosjekter samtidig. Heller ikke beskrivelsen av rollen som anleggsleder og oppgavene det medfører krever dette. Det fremgår heller ikke at rollene innebærer fulltidsarbeid. Nemnda forstår kravet om at det bare kan tilbys én person per rolle slik at det vil kunne tilbys én hovedansvarlig med flere støttefunksjoner per rolle. Nemnda er også enig med innklagede i at det vil være samfunnsøkonomisk uheldig dersom en leverandør ikke kan tilby samme ressurser i ulike konkurranser.
- (42) Etter dette avviker ikke valgte leverandørs tilbud fra konkurransegrunnlaget.
- (43) Klager har også anført at valgte leverandørs opplysninger om at nøkkelpersonene inngår i et prosjektteam og vil benytte seg av tilleggsressurser, innebærer en ulovlig endring av tilbudets innhold, brudd på forbudet mot å forhandle om absolutte krav jf. forskriften § 23-7 (2) og strider med avklaringsregelen i forskriften § 23-5 (2).
- (44) Slik klagenemnda ser det, tilbyr imidlertid ikke valgte leverandør nye ressurser i den redegjørelsen som ble gitt på innklages forespørsel. Redegjørelsen bekrefter at de samme nøkkelpersonene som oppgitt i tilbudet, skal gjelde, men viser til at de også skal benytte seg av støttepersonell i organiseringen av arbeidet. Klagenemnda viser til at det ikke er noe i konkurransegrunnlaget som stenger for at valgte leverandør kan benytte seg av øvrig personell i kontraktsgjennomføringen så lenge nøkkelpersonene innehar rollene og ansvaret de har forpliktet seg til å ha. Avklaringen skjedde også etter tildeling, og har ikke hatt noen innvirkning på evalueringen av tilbudene. Avklaringen innebærer dermed ikke

en endring av tilbudets innhold, en forhandling av absolutte krav jf. § 23-7 (2) eller en forbedring av tilbudet jf. § 23-5.

- (45) Klagenemnda kan heller ikke se at det er grunnlag for at innklagede hadde en plikt til å foreta ytterligere undersøkelser eller avvise valgte leverandør på grunn av antasert mislighold. Konkurransesgrunlaget inneholdt ikke krav om at nøkkelpersonene ikke kan være tilknyttet flere prosjekter samtidig, og valgte leverandør har tilbudt nøkkelpersoner i tråd med retningslinjene i konkurransesgrunlaget, samt bekreftet i ettertid at ressursene vil inngå i sine roller. Prosjektene er i tillegg geografisk nærme hverandre, og det er ikke pekt på konkrete forhold som sannsynliggjør at valgte leverandør ikke vil klare å oppfylle forpliktelsene i henhold til kontrakten. Kontrakten har også bestemmelser for skifte av nøkkelpersonell og sanksjonsbestemmelser ved eventuelt fremtidig mislighold.
- (46) Etter dette er klagenemnda kommet til at innklagede ikke plikter å avvise valgte leverandørs tilbud.

Tilbudsevalueringen

- (47) Klager viser også til at evalueringen under tildelingskriteriet kompetanse og erfaring for tilbudt nøkkelpersonell bygger på feil premisser.
- (48) Det fremgikk som nevnt av tildelingskriteriet *«Kompetanse og erfaring for tilbudd nøkkelpersonell»* at entreprenørens anleggsleder/byggeleder, prosjektleder, ARK og prosjekteringsleder skulle evalueres under tildelingskriteriet. Videre fulgte det at *«Dei tilbydde ressursane bør samla være fagleg sterke innan oppdrag som kan samanliknast»*.
- (49) Tildelingskriteriet skulle dokumenteres gjennom utfylt CV-mal for hver av de tilbudte nøkkelpersonene.
- (50) Tildelingskriteriet skulle dermed evalueres basert på de tilbudte nøkkelpersonenes kompetanse og erfaring basert på CV og referanseprosjekter. Ordet *«kompetanse»* omfatter ferdigheter og kunnskaper som en person har tilegnet seg gjennom arbeid, kurs eller formell og uformell utdanning/læring. Ordet *«erfaring»* viser typisk til arbeidserfaring.
- (51) Det fulgte av konkurransesgrunlagets punkt 12.1.2 at innklagede under dette tildelingskriteriet ville gjøre *«ein heilskapleg vurdering av kompetansen kor momenta som blant anna utdanning, arbeidserfaring, referanse prosjekter og øvrig relevant kompetanse vil vektleggast»*. Videre fulgte det at det ved vurderingen ville gis særlig uttelling dersom tilbudte ressurser har gode referanser og erfaringer fra oppdrag av *«samme art (barnehagebygg, større bygg med bruk av massivtre eller bygg med høye miljøambisjonar)»*.
- (52) Klager viser for det første til at ettersom den oppgitte prosjektlederen bare vil utgjøre 30 prosent av en 70 prosent stilling, og den oppgitte anleggslederen bare vil utgjøre 50 prosent av en 120 prosent stilling, så bygger evalueringen på feil faktisk grunnlag, ettersom det er lagt til grunn at valgte leverandør har tilbudt de etterspurte nøkkelpersonene.
- (53) Klagenemnda viser til at evalueringen av tilbudene er gjort basert på de endelige tilbudenes innhold. I tilbudet til valgte leverandør har de tilbudt en nøkkelperson til hver av de etterspurte rollene, og dermed bundet seg til dette. Klagenemnda kan som nevnt

heller ikke se at den etterfølgende avklaringen endrer hvilke nøkkelpersoner som tilbys, og dersom nøkkelpersonene skal skiftes ut under kontraktsgjennomføringen, regulerer kontraktsgrunnlaget dette.

- (54) For det andre viser klager til at valgte leverandør i sitt tilbud kun har oppgitt to relevante referanseprosjekter for prosjekteringsleder, ettersom det tredje referanseprosjektet ikke oppfyller kravet om å være fra de siste fem årene. Likevel står det i tildelingen at ressursen kan vise til *«tre relevante referansar»*.
- (55) Det fulgte av CV-malen som skulle fylles ut for den enkelte nøkkelperson at det skulle dokumenteres *«inntil tre referanseprosjekter som er fullført fra de siste fem år»*.
- (56) Valgte leverandør har i sitt tilbud dokumentert tre referanseprosjekter for valgte leverandørs tilbudte prosjekteringsleder. De oppgitte referanseprosjektene er fra mai 2019 til juni 2021, fra januar 2019 til august 2019 og fra mai 2018 til oktober 2019.
- (57) Det fremgikk av begrunnelsen for evalueringen av valgte leverandør at *«Den tilbydde prosjekteringsleiaren (PRL) scorar litt svakare enn den beste ressursen for den respektive funksjonen. Ressursen kan m.a. vise til relevant utdanning på sivilingeniør-nivå og 25 års relevant erfaring, samt tre relevante referansar som PRL i totalentreprisar. Ein av desse har gitt ekstra uttelling på grunn av bygg med høge miljøambisjonar som massivtrekonstruksjon.»*
- (58) Innklagede har forklart at referanseprosjektet som er eldre enn fem år ikke ble vektlagt, men at de isteden vektla et nyere referanseprosjekt som valgte leverandør hadde hatt med i sitt opprinnelige tilbud før forhandling.
- (59) Evalueringen skal skje på bakgrunn av opplysningene i leverandørenes endelige tilbud. Det strider dermed med kravene til likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 at innklagede har gitt valgte leverandør uttelling i evalueringen for et referanseprosjekt som ikke var en del av det endelige tilbudet.
- (60) Spørsmålet er da om feilen medfører plikt til å avlyse konkurransen.
- (61) 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.
- (62) Innklagede har forklart at valgte leverandørs prosjektleder ble vurdert som svakest av alle tilbudene basert på sine referanser, og at vedkommende er gitt tre av fem mulige poeng på dette punktet. Dersom dette nedjusteres til 0 poeng, ville valgte leverandør få sin vektete score på tildelingskriteriet kompetanse og erfaring redusert fra 2,38 til 2,31 poeng. Den totale scoren ville gå fra 9,88 til 9,81 poeng. En slik justering ville ikke påvirket de andre leverandørenes score. Klager ville fortsatt fått 9,72 poeng, og valgte leverandør ville med andre ord uansett ha vunnet konkurransen. Feilen har dermed ikke påvirket utfallet av konkurransen.

- (63) Siden klagenemnda heller ikke kan se at feilen kan ha påvirket deltakerinteressen, har innklagede ikke plikt til å avlyse konkurransen.
- (64) Da det ikke foreligger brudd på anskaffelsesregelverket som kan ha påvirket resultatet av konkurransen, er det ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndforskriften § 13.

Konklusjon:

Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å evaluere valgte leverandør på bakgrunn av et referanseprosjekt som ikke var en del av det endelige tilbudet. Feilen har ikke påvirket utfallet av konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus.

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur