



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, Tilbudsevaluering

ØyVAR AS har gjennomført en begrenset tilbudskonkurranse for etablering av to nye bygg i Øygarden kommune. Klager anførte at innklagede har gjennomført en vilkårlig tilbudsevaluering i strid med anskaffelsesloven § 4. Denne anførsel førte ikke frem. Videre var det anført at klager ikke skulle vært avvist fra konkurransen. Denne anførsel førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 9. oktober 2024 i sak 2024/1137

Klager: Helgesen Tekniske Bygg AS

Innklaget: ØyVAR AS

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Christina Paludan Melson, Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) ØyVAR AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 20. desember 2023 en begrenset tilbudskonkurranse med prekvalifisering for anskaffelse av en totalentreprise for etablering av to nye bygg, et administrasjonsbygg og et lagerbygg. Anskaffelsens verdi ble estimert til 25 millioner kroner. Tilbudsfrist ble først satt til 1. mars 2024, men ble senere forlenget til 2. april 2024.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 4.5 fremgikk det at leverandørene skulle evalueres på bakgrunn av beste forholdet mellom pris og kvalitet. Evalueringen skulle skje på basis av kriteriene «*Pris*» (vektet 80%) og «*Kompetanse tilbudt nøkkelpersonell*» (vektet 20%).
- (3) Tildelingskriteriene fremgikk av en tabell i konkurransegrunnlaget punkt 4.5. Der ble også dokumentasjonskravet beskrevet. Dokumentasjonskravet til kriteriet om «*Kompetanse tilbudt nøkkelpersonell*» var «*CVer for prosjektleder og anleggsleder*».
- (4) I dette punktet var også gitt en egen beskrivelse av hvordan tildelingskriteriet «*Kompetanse tilbudt nøkkelpersonell*» ville bli evaluert:

«Oppdragsgiver vil evaluere kvalifikasjonene til følgende nøkkelpersoner hos totalentreprenøren:

- *Prosjektleder*

Oppdragsgivers/byggherrens primære kontaktpunkt med ansvar for ledelse og oppfølging av totalentreprenørens kontraktsleveranse. Prosjektlederen skal være den operative lederen for prosjektorganisasjonen.

- *Anleggsleder*

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Leder av daglig drift på anleggsplassen. Hovedansvarlig for oppfølging av arbeidet, aktører på anleggsplassen og HMS.

Rollene som prosjektleder og anleggsleder kan fylles av samme person, eller av to ulike personer. Dette er opp til leverandøren.

Ved evalueringen av kompetansen til tilbudt nøkkelpersonell vil oppdragsgiver legge vekt på erfaring fra tilsvarende eller relevante roller i sammenlignbare oppdrag, innhold i utdanning/kursing, og innholdet i personenes arbeidsfaring. Erfaring fra relevante referanseprosjekter er særlig relevant i denne vurderingen.

Antall års relevant erfaring inngår som moment i vurderingen, men oppdragsgiver vil ikke vektlegge lengst mulig erfaring i rollen. Fra og med 15 års relevant erfaring eller lengre anses som likeverdig antall års erfaring.»

- (5) Til sist i oversikten sto det hvordan poenggivning under kriteriet «Kompetanse tilbudt nøkkelpersonell» ville skje:

«I evalueringen av kompetansen til tilbudte nøkkelpersoner, vil oppdragsgiver settes en totalscore der beste tilbudt oppnår 10 poeng, mens øvrige tilbud blir poengsatt basert på en innkjøpsfaglig vurdering av kvalitativ avstand til beste tilbud.

Ettersom tilbudt nøkkelpersonell er gjort til et konkurranseelement i konkurransen, vil tilbyderne være forpliktet til å bruke tilbudt personell i kontraksperioden. Se sanksjoner i kontraktsvilkårene.»

- (6) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Helgesen Tekniske Bygg AS (heretter klager) og Brødrene Ulveseth AS (heretter valgte leverandør).

- (7) I klagers tilbud sto det tilbudt anleggsleders CV at han hadde hatt disse stillingene:

STILLING | HTB

Bas // 2004-2022

Anleggsleder // 2022-dd

ÅR I HTB: 20 år // 2024

- (8) Ved gjennomgang av tilbudene sendte innklagede 3. april 2024 en forespørsel til leverandørene om forhandlingsmøte. Forhandlingsmøte med klager ble avtalt å skulle gjennomføres fredag 5. april 2024. I den forbindelse ba innklagede klager om å lage en liste hvor det fremheves prosjektleders og anleggsleders 10 mest relevante referanseprosjekter. I listene skulle det fremgå om oppdragets innhold, entrepriseform og hvilken rolle personene hadde i oppdraget.

- (9) Klager sendte inn listene 4. april 2024. Ved denne innsendingen var CVen til tilbudt nøkkelpersonell vedlagt. I CVen til klagers anleggsleder var det lagt til følgende setninger:

*«[Tilbudt anleggsleder] «har som bas/anleggsleder hatt overordnet ansvar for den daglige driften på byggeplass i alle 10 referanseprosjekter som er listet opp. Alle prosjektene er utført av Helgesen Tekniske Bygg i form av totalentreprise. **Anleggsleder ble innført som ny tittel i HTB, og erstattet begrepet BAS. For prosjektene hvor BAS er oppgitt er samme arbeidsoppgaver inkludert som i prosjekter som anleggsleder.»*

- (10) Tildelingen ble kunngjort 30. mai 2024. I tildelingsbrevet fremgikk det at innklagede hadde vurdert at Brødrene Ulveseth AS tilbud hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet. De hadde scoret 9,33 poeng under priskriteriet. Under kriteriet «kompetanse tilbudte nøkkelpersonell» scoret de 10 poeng. Totalt oppnådde valgte leverandør 9,46 poeng.
- (11) Klager hadde tilbudt den laveste prisen og fikk 10 poeng. Under kriteriet «kompetanse tilbudt nøkkelpersonell» scoret klager 7 poeng. Totalt fikk klager 9,40 poeng og ble innstilt som nummer to.
- (12) Klager klaget på tildelingen 11. juni 2024, der man påsto at tildelingsevalueringen var vilkårlig.
- (13) Innklagede ba 19. juni 2024 om supplerende informasjon om klagers tilbud. Det ble blant annet bedt om fullmaktsstruktur, rollebeskrivelser og arbeidskontrakten til tilbudt anleggsleder.
- (14) Klager ettersendte informasjonen den 25. juni 2024. Da ble det opplyst at anleggslederen hadde disse rollene og ansvarsområdene:

«2004-2007 – Montør

2007-2013 – Bas

2013-2023 – Driftsleder ved større prosjekter, ellers bas

2023-d.d. – Anleggsleder»

- (15) Innklagede besvarte klagen 9. juli 2024, der man opprettholdt tildelingen. I svaret på klagen fremgikk det også at klager ble avvist fra konkurransen. Begrunnelsen var at klager hadde kommet med feil informasjon og at det ga oppdragsgiver rett til å avvise klager fra konkurransen jf. anskaffelsesforskriften § 9-5 (3) bokstav b).
- (16) Klager klaget på avvisningen 11. juli 2024, hvor det også fastholdes at det var gjennomført en vilkårlig tilbudsevaluering.
- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. juli 2024.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. september 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Det var ikke grunnlag for å avvise klager fra konkurransen. Klager har ettersendt informasjon i tråd med anskaffelsesregelverket og avklaringene endret ikke tilbudets innhold.
- (20) Innklagede har gjennomført en vilkårlig tilbudsevaluering. Det er ikke hensyntatt erfaring fra klagers tilbudte nøkkelpersonell. Klagers tilbydde personell har oppgitt flest og mest relevant erfaring for den totalentreprise det skal anskaffes i denne konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede hadde rett til å avvise klager fra konkurransen. Klager ga opplysninger om deres anleggsleders kompetanse som ikke samsvarte med den faktiske kompetansen. Dette gjorde at klager mangler integritet som kontraktspart og derfor kunne avvises.
- (22) Tildelingens kriteriet er bedømt i samsvar med regelverkets krav. Det er ingen rettslige mangler ved bedømmelsen av utdanning og kursing, innholdet av nøkkelpersonenes arbeidserfaring og erfaring fra tilsvarende eller relevante roller i sammenlignbare oppdrag.

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 totalentreprise av to nye bygg som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 25 millioner. 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av klager

- (24) Klagenemnda tar først stilling til om innklagedes beslutning om å avvise klager fordi klager mangler «den nødvendige integritet som kontraktspart», jf. forskriften § 9-5 (3) bokstav b, var lovlig.
- (25) Bestemmelsen definerer ikke det nærmere innholdet i ordlyden «mangler den nødvendige integritet». Ordlyden gir dermed ingen begrensning for hvilke forhold som kan medføre en slik mangel hos leverandøren. Samtidig knytter begrepet «integritet» seg til en leverandørs pålitelighet og egnethet til å gjennomføre en kontrakt, og en naturlig ordlydsforståelse tilsier derfor en relativt høy terskel for å anse en leverandør for å mangle «den nødvendige integritet». Videre er forskriften § 9-5 en «kan»-bestemmelse, som gjør at oppdragsgiver blant annet må vurdere om avvisningsbeslutningen fremstår proporsjonal.
- (26) I NOU 2014:4 er § 9-5 (3) bokstav b omtalt som en «sekkebestemmelse», som minimum skal dekke alle forhold som er omfattet av avvisningsgrunnene for forhold ved leverandøren i direktivet 2014/24/EU, se punkt 25.1 og 25.3.4. Bestemmelsen skal ifølge forarbeidene «likevel tolkes innskrenkende, slik at den ikke gir oppdragsgiver fri adgang til å avvise leverandører på grunn av antipatier eller lignende». Videre følger at

oppdragsgiver har bevisbyrden for at det *«foreligger forhold som skaper adekvat tvil om leverandørens integritet og hans evne til å gjennomføre kontrakten»*.

- (27) Det er på det rene at rettskilder fra EU ikke får direkte anvendelse i forskriftens del II. Når § 9-5 (3) bokstav b er ment å dekke forholdene som er omfattet av direktivet, er det imidlertid relevant å se til EUs rettskilder på området.
- (28) Etter direktivet artikkel 57 nr. 4 bokstav i kan oppdragsgiver avvise en leverandør som *«uaktsomt»* gir *«villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger vedrørende utelukkelse, utvelging eller tildeling.»*
- (29) Bestemmelsen stiller dermed krav om at leverandøren *«uaktsomt»* må ha gitt *«villedende opplysninger»*, og at disse opplysningene må være egnede til å utøve *«vesentlig innflytelse»* på tildelingen. Dette må være relevante momenter også etter § 9-5 (3) bokstav b og inngå i vurderingen av om det foreligger forhold som *«skaper adekvat tvil»* om leverandørens *«integritet.»*
- (30) Opprinnelig innlevert CV er gjengitt i avsnitt 7, hvor det står at tilbudt anleggsleder arbeidet som BAS fra 2004 til 2022, og som anleggsleder fra 2022 til dags dato. De ettersendte opplysningene viser at klagers tilbudte anleggsleder først var BAS fra 2007 til 2013. I perioden mellom 2013 til 2023 hadde han rollen som driftsleder, og fra 2023 anleggsleder. Dette var interne titler benyttet av selskapet.
- (31) I konkurransegrunnlaget punkt 4.5 var det bedt om anleggsleder som skulle være *«leder av den daglige drift på anleggsplassen og hovedansvarlig for oppfølging av arbeidet, aktører på anleggsplassen og HMS.»* Om evalueringen av kompetanse vil det legges *«vekt på erfaring fra tilsvarende eller relevante roller»* i sammenlignbare oppdrag. Antall års relevant erfaring skulle inngå i vurderingen, men 15 års relevant erfaring eller lengre ble ansett som likeverdig antall års erfaring.
- (32) Det ble opplyst fra klager 4. april 2024 at tilbudte anleggsleder hadde ansvaret for daglig drift i alle de 10 referanseprosjektene som er listet opp gjennom rolle som bas/anleggsleder. I den ettersendte informasjon av 25. juni 2024 er det gitt oversikt over hvem som har hatt hvilke roller i de ulike oppgitte prosjektene. Klagers tilbudte anleggsleders rolle har variert fra driftsleder til anleggsleder i disse prosjektene. Årsaken, slik klagenemnda forstår det, er trolig at størrelsene på prosjektet har avgjort hvilke titler klager har ment det har vært behov for.
- (33) Ingen av titlene er beskyttet, og det kan være forskjeller hos leverandørene med hensyn til hvilke titler som brukes til hvilke oppgaver. Stillingens innhold må derfor bestemmes etter hvilke oppgaver som er lagt til stillingen. Informasjonen gitt av klager samlet sett viser etter klagenemndas syn at klagers tilbudte anleggsleder materielt sett oppfyller kravet til anleggsleder slik det er oppstilt i konkurransegrunnlaget. Gjennom rollen som bas og driftsleder, blant annet vist gjennom referanseprosjektene, har vedkommende utført oppgaver som etter konkurransegrunnlaget tilligger anleggsleder. Dette gjelder blant annet ledelse av daglig drift og sikring av at HMS er ivaretatt på byggeplassen til enhver tid. Opplysningene som fremgår i CV gitt i opprinnelig tilbud og presiseringene av 4. april, gir derfor ikke etter nemndas syn et så uriktig inntrykk av tilbudt anleggsleders erfaring som innklagede synes å legge til grunn. Det er enkelte opplysninger som ikke er riktige, slik som at klagers anleggsleder var BAS fra 2004, og ikke fra 2007. Omfanget

er imidlertid ikke tilstrekkelig til å kunne konstatere at klager av den grunn mangler den nødvendig integritet som kontraktspart.

- (34) Klagenemnda er etter dette av den oppfatning at de sentrale opplysningene som innklagede har gitt om tilbudt anleggsleders erfaring ikke kan anses som villedende. Selv om klagers opplysninger kunne vært gitt på en klarere måte, for eksempel ved å tydeliggjøre hvordan egne interne stillingstitler tilsvarte stillingstitlene etterspurt i konkurransegrunnlaget, bør opplysningene etter nemndas syn karakteriseres mer som upresise enn som bevisst villedende. Dette innebærer etter nemndas syn at opplysningene i klagers tilbud ikke er av en slik karakter at de kan tas til inntekt for at klager mangler den nødvendig integritet som kontraktspart jf. § 9-5 (3) bokstav b.
- (35) Innklagede har derfor uriktig avvist klager etter forskriften § 9-5 (3) bokstav b.

Tildelingsevalueringen

- (36) Klager har anført at tildelingsevalueringen under kriteriet «*Kompetanse tilbudt nøkkelpersonell*» er vilkårlig.
- (37) Ved evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene, har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemnda skal ikke foreta en ny evaluering av tilbudene. Nemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, basert på feilaktig faktum eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4, jf. eksempelvis Rt. 2007 side 1783 (NIDA).
- (38) Tildelingskriteriet «*Kompetanse tilbudt nøkkelpersonell*» skulle bedømmes etter en vurdering av tilbudt prosjektleder og anleggsleder. I evalueringen skulle det legges vekt på «*erfaring fra tilsvarende eller relevante roller i sammenlignbare oppdrag*», «*innhold i utdanning/kursing*», og «*innholdet i personenes arbeidsfaring*». Videre sto det at det særlig ville legges vekt på «*erfaring fra relevante referanseprosjekter*».
- (39) Klager viser for det første til at tildelingsevalueringen er ulovlig fordi vektlegging av nøkkelpersonenes utdanning og kursing er feil.
- (40) Hva gjelder tilbudte prosjektledere, har innklagede opplyst at særlig utdanningsnivået har hatt betydning i evalueringen. Valgte leverandør har tilbudt en sivilingeniør med studieretning innenfor bygg. Innklagede har vurdert dette som svært relevant utdanning når det kommer til totalentreprise. Klager har tilbudt prosjektleder med bachelor i ingeniørfag. Det har gitt dårligere utslag i evalueringen i forhold til valgte leverandør.
- (41) Det er klart at ved vurdering av «*innholdet*» i utdanning kan det også legges vekt på utdanningsnivå. Det er innenfor oppdragsgivers skjønn å gi større uttelling til valgte leverandør på dette punktet.
- (42) Innklagede opplyser i tilsvaret til klagenemnda at begge leverandørene er bedømt ganske likt hva gjelder relevante kurs for prosjektlederne. Selv om prosjektleder til klager hadde noe mer kursing, var det ansett som mindre relevant da disse kursene handlet om HMS som er en oppgave prosjektleder ikke er ansvarlig for. For prosjektleder til valgte leverandør ble det vurdert som særlig positivt med kursing innenfor ledelse og styring. Denne vurderingen fremstår ikke vilkårlig.

- (43) Når det kommer til de tilbudte anleggsledere, har det vært en vesentlig forskjell i premiering av kurs, utdanning og erfaring.
- (44) Når det gjelder tilbudt anleggsleder, har både klagers og valgte leverandørs anleggsledere vist til gjennomførte kurs, men valgte leverandørs anleggsleder er vurdert bedre da innholdet i kursingen ansees å være mer relevant med hensyn til anleggslederrollen. Det ligger innenfor oppdragsgivers skjønn å vurdere hvilken kursing som anses mest relevant for behovene i den aktuelle anskaffelsen. Etter dette kan ikke klagenemnda se at vurderingen har vært vilkårlig.
- (45) Klager har anført at deres tilbudte anleggsleder burde fått bedre uttelling enn valgte leverandørs anleggsleder under kriteriet utdanning. Dette fordi klagers anleggsleder har gjennomført teknisk fagskole. Denne informasjonen ble derimot ikke gitt ved tilbudsfristen. Det er først 25. juni 2024 når klager ettersender opplysninger at dette ble informert om. Det er dermed klart at innklagede ikke kunne legge vekt på dette i evalueringen som skjedde før denne datoen.
- (46) I konkurransegrunnlaget punkt 4.5 i underoverskriften om «*Nærmere om tildelingskriterium kompetanse nøkkelpersonell*» står det at erfaring fra tilsvarende eller relevante roller i sammenlignbare oppdrag inngår i vurderingen av tildelingskriteriet. Videre står det at antall års relevant erfaring er et moment i vurderingen, men fra og med 15 år og lengre likestilles.
- (47) Klager anfører at det ikke kan gis trekk i erfaring fordi klagers anleggsleder var ufaglært frem til 2012.
- (48) Valgte leverandørs tilbudte anleggsleder har hatt fagbrev og erfaring i ca. 30 år. Klagers anleggsleder har hatt fagbrev i ca. 12 år. Det er ingenting i konkurransegrunnlaget som tilsier at innklagede var forpliktet til å gi samme uttelling for arbeidserfaring som ufaglært. Vurderingen er dermed i tråd med konkurransegrunnlaget. Det er innenfor oppdragsgiver skjønn å vurdere at det er en relevant svakhet ved et tilbud at tilbudt nøkkelpersonell har arbeidserfaring som ufaglært. Evalueringen fremstår ikke vilkårlig.
- (49) Klager anfører til slutt at tilbudsevalueringen er ulovlig fordi vektlegging av nøkkelpersonens erfaring fra «*sammenlignbare referanseprosjekt*» er vilkårlig. Klager mener at valgte leverandørs referanseprosjekt ikke er like relevante da de fleste av prosjektene ikke er «*en totalentreprise for oppføringen av et nytt næringsbygg*».
- (50) Innklagede har i evalueringen vurdert at erfaring med betongelementbygg er det som ansees mest relevant. Det er også lagt vekt på erfaring fra totalentreprise og kontrakter i samme prissjikt. Det er derimot ikke lagt vekt på om erfaring er fra næringsbygg eller ikke.
- (51) Innklagede har gitt en grundig begrunnelse for hvorfor erfaring fra betongelementbygg anses viktig i denne anskaffelsen. Det er ingenting i konkurransegrunnlaget som tilsier at innklagede var forpliktet til å tillegge vekt for referanseprosjekter som var næringsbygg.
- (52) Innklagede har opplyst at man har valgt å ikke premiere antall referanseprosjekter, men at det var den erfaringen nøkkelpersonene hadde synliggjort gjennom referanseprosjektene som ansees relevant i denne anskaffelsen. Da er det fra innklagedes side lagt avgjørende vekt på erfaring med betongelementbygg. Det er innenfor

oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvilke referanseprosjekt som anses mest relevant for den aktuelle anskaffelsen. Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har gått utenfor konkurransegrunnlaget eller de rettslige rammene av det innkjøpsfaglige skjønn.

- (53) Klagenemnda kommer etter dette til at innklagede ikke brøt regelverket ved tildelingsevalueringen.

Konklusjon:

Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise klager.

Innklagede har ikke foretatt en ulovlig tilbudsevaluering.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur