



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for utførelse av bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med utvidelse av et avløpsanlegg. Klagenemnda fant at regelverket var brutt ved at tilbudene ikke ble evaluert opp mot alle oppgitte tildelingskriterier, og at innklagedes vektlegging av egne erfaringer samt manglende vurdering av øvrige referanser, var i strid med regelverkets grunnleggende krav. Videre var innklagedes angivelse av tildelingskriterienes prioritering i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet, jf lovens § 5. Innklagede hadde videre brutt anskaffelsesforskriften ved at det verken var gitt tilfredsstillende begrunnelse eller tilfredsstillende nærmere begrunnelse for valg av tilbud. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2007 i sak 2007/106 – 18

Klager: Norvald Jørgensen AS

Innklaget: Berg kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Morten Goller, Kai Krüger, Bjørg Ven

**Saken gjelder:** Angivelse av tildelingskriterier og prioritering av disse. Tilbudsevaluering. Referanser og negativ egenerfaring. Begrunnelse for tildeling og nærmere begrunnelse etter anmodning.

#### **Bakgrunn:**

- (1) Berg kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. juni 2007 en åpen anbudskonkurranse for utførelse av bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med utvidelse av Mefjordvær avløpsanlegg.
- (2) I konkurransegrunnlagets kapittel/punkt 1.5 var det angitt ”**Kriterier for tildeling av kontrakt**”. Fra dette punktet hitsettes:

*”Tildeling vil skje på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige for byggherren, Berg kommune. Følgende kriterier vil bli lagt til grunn ved tildelingen:*

- *Pris.*
- *Evne til teknisk/økonomisk forsvarlig å gjennomføre kontraktsarbeidet uten ekstrabelastning av byggherren.*
- *Leverandørens arbeidsopplegg/kvalitetssikringssystemer/intern kontroll.*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00  
Faks: 55 59 75 99

E-post:  
postmottak@kofa.no  
Nettside: www.kofa.no

- Fremdrift og byggetid, ferdigstillelse.
- Kompetanse og erfaring til utførende personell.
- Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter. 3 års erfaring/referanse skal dokumenteres.

*Nevnte kriterier er delvis oppsatt i prioritert rekkefølge. Byggherren står imidlertid fritt til å endre prioriteringen på basis av det enkelte anbud.”*

(3) I konkurransegrunnlagets kapittel 7.17 og 7.19 fremgikk følgende:

*”7.17 Kriterier for tildeling av kontrakt*

*Se bestemmelsene i kapittel 1.5, side 6.*

*I tillegg til det som er anført under kapittel 1.5, bør anbyder merke seg følgende i forbindelse med kriterier for tildeling:*

- *Gjennomføringsevne, dvs. anbyders evne til å gjennomføre utbyggingen i forhold til de krav som følger av denne forespørsel, herunder hvilke ressurser som settes av til gjennomføring av prosjektet.*
- *Anbyders arbeidsopplegg som sikrer Berg kommune best mulig kontroll med kvaliteten på arbeider og materiell, samt fremdriften av kontraktsarbeidet.*
- *Referanser fra tidligere prosjekter.*

[...]

*7.19 Valg av anbud*

*Følger bestemmelsene i ”Forskrift om offentlige anskaffelser”, se kap. 17, § 17-2.*

*Berg kommune presiserer at man ved valg av anbyder vil legge vekt på følgende:*

- *De punkter som er nedfelt i pkt. 17.7.*
- *Anbyders evne og vilje til å følge de bestemmelser som er nedfelt i anbudet.*
- *At anbyder kan bekrefte at han har lest anbudsdocumentet og kjenner dette.*
- *Å anta det anbud som i sum, prisen inkludert, anses å være det beste og sikreste for Berg kommune.*
- *Berg kommunes ekstraarbeider på grunn av anbyders evt. mangelfull prising i forhold til de krav som anbudet setter, vil være en del av det total bilde knyttet til valg av det beste anbud.”*

(4) Innen tilbudsfristens utløp hadde to leverandører, Norvald Jørgensen AS (heretter kalt klager) og Arvid Adolfsen (heretter kalt valgt leverandør), levert inn tilbud.

- (5) I klagers tilbud var det oppgitt tolv referanseprosjekter. To av de angitte prosjektene var Senjahopen vannverk Del 1 og Del 2 og Avløpsanlegg Senjahopen. Innklagede var oppgitt som byggherre på begge prosjektene.
- (6) Kommunestyret i Berg kommune behandlet sak 54/07 på kommunestyremøtet 5. juli 2007. I saksdokumentene fra behandling av saken fremgikk følgende:

*”Da anbudsfriksen gikk ut, Tirsdag 3. juli 07 kl 12.00 var det 2 entreprenører som hadde levert inn tilbud.*

*1. Arvid Adolfsen, med en anbudspris pålydende kr 2 538 483,- inkl mva, (byggetid 11 uker)*

*2. Norvald Jørgensen AS, med en anbudspris pålydende kr 1 978 879,- inkl mva (byggetid 22 uker)*

*Ut i fra en total betraktning har vi kommet fram til at anbudet fra Arvid Adolfsen antas.”*

- (7) Ved brev av 19. juli 2007 ble klager meddelt at en annen leverandør enn klager var tildelt kontrakt. I meddelelsesbrevet stod det følgende:

*”Berg kommune takker for Deres tilbud (Anbud nr. 2).*

*Etter kontroll av anbudets priser og byggetid, har Berg kommune antatt Anbud nr. 1, vesentlig på grunn av den korte byggetid, 10-12 uker, hvilket betyr at spillvannsanlegget blir satt i drift i desember 2007.*

*Det er forutsatt i anbudet.”*

- (8) Klager påklagde innklagedes avgjørelse i brev datert 24. juli 2007. Det ble samtidig bedt om en ytterligere begrunnelse for valg av leverandør, herunder hvilke kriterier som lå til grunn for valget og hvordan disse kriteriene var vurdert og vektet. Videre ble det bedt om en begrunnelse for hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt.
- (9) Innklagede besvarte henvendelsen ved brev av 20. august 2007. Fra brevet hitsettes:

*”Byggetiden for anbyder nr. 1 er satt til 10 – 12 uker, med fullføring til 20. desember 2007. Byggetiden for anbyder nr. 2 er satt til 22 uker, altså det dobbelte. Men dette var betinget av byggestart 1. august 2007. En slik oppstartsdato var helt urealistisk og i strid med anbudsinnbydelsen og dens forutsetning, med oppstart tidligst 15. august 2007. De sentrale personene på Teknisk avdeling er først tilbake fra ferie omkring 20. august 2007. Det var dette som lå bak datoen 15. august 2007. Forskjellen under Kapittel 03. grøftarbeider, forklares med den kortere byggetid for anbyder nr. 1, men mer intensiv fremdrift og dermed kostbare drift. Anbyder nr. 2 ville ha krav på vurdering av byggetiden på 22 uker, siden oppstarten måtte forskyves med minst 3 uker. Uansett ville avslutningen av kontraktsarbeidet bli vesentlig forskjøvet ut over våren 2008. Dette var uakseptabelt for Berg kommune.*

**Berg kommunes begrunnelse og vektning**

*Berg kommune har lagt vekt på byggetiden som det viktigste tildelingskriteriet. Den har faktisk vært helt avgjørende.*

*Det totale anbuds – sum har vært tillagt vekt, men ikke foran byggetiden.*

*Berg kommune har vurdert sine interne kostnader til 1) egen administrasjon, 2) renter, 3) byggeledelse og belastning på teknisk avdeling, 4) tekniske tjenester levert av prosjekterende, 5) inntekter gjennom avgifter, 6) ekstra driftskostnader med brøyting i Meffjordvær vinteren 2008, delvis også i tiden 20. desember 2007 – 1. januar 2008, til et beløp som i vesentlig grad oppveier de økende kostnader med anbud nr 1. Hertil kommer miljøgevinsten, ved at dagens forurensninger og elendige kloakkforhold kommer til opphør allerede i 2007. For Berg kommune har dette vært svært viktig.*

*Berg kommune har vektlagt foregående avsnitt som avgjørende for sin tildeling av kontraksarbeidet til Anbyder nr. 1. Tildelinga er endelig og udiskutabel. Kontrakten blir opprettet.”*

(10) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 21. august 2007.

(11) Etter klagenemndas oversendelse av klagen til innklagede, behandlet innklagede klagen i kommunestyremøtet 3. oktober 2007. Kommunestyret fattet følgende vedtak:

*”Berg kommunestyre opprettholder sitt vedtak i k-sak 54/07 med tillegg av et nytt punkt 3:*

*Berg kommunestyre begrunner sitt valg av entreprenør ved utbygging av spillvannsanlegget i Meffjordvær ut fra de momenter som fremkommer i saksfremlegget og mener at firma Arvid Adolfsen representerer totalt sett det økonomisk mest fordelaktige tilbud av de 2 anbyderne.”*

(12) Fra rådmannens saksframlegg til kommunestyret hitsettes:

*”I forbindelse med behandlingen av denne saka [sak 54/07] ble møtet lukket – med hjemmel i off.lovens prg. 6.*

*I det lukkede møtet redegjorde jeg for de negative erfaringer vi har hatt med firma N. Jørgensen ifm. bygging av vannanlegget i Senjahopen: Disse forhold – som det nå vil bli skriftlig redegjort for – mente administrasjonen og prosjekterende for anlegget at det ikke var nødvendig å redegjøre for skriftlig. I forbindelse med foreliggende klage vil det være nødvendig å gjøre dette.*

*Innledningsvis vises det til det faktum at N. Jørgensen i sitt tilbud la til grunn en byggetid på 22 uker, mens A. Adolfsen la til grunn 11 uker – mao. en vesentlig faktor ift. ”det økonomisk mest fordelaktige tilbud”. Med kortere arbeidstid vil vi oppnå en miljøgevinst ved at kloakkforholdene i Meffjordvær kunne bli ordnet allerede innen utgangen av 2007. De trafikkmessige forhold i Meffjordvær må også tillegges stor vekt. Med en halvert byggetid vil dette bety reduserte driftskostnader, reduserte ulemper lokalt og mindre vedlikehold. Alt dette ble lagt til grunn, men ikke redegjort for i saksfremlegget til k-styret annet enn at de 2 anbydernes byggetid var nevnt.*

*De viktigste årsakene til at firma Norvald Jørgensen a/s ikke ble valgt er imidlertid de forhold som var bakgrunn for at møtet ble lukket. Disse forhold relaterer seg til erfaringer som Berg kommune har hatt ifm. med at nevnte firma har bygd vannanlegg i Senjahopen. Erfaringene herfra dreier seg om kriterienes pkt. 2 og 3: Disse erfaringene ble redegjort for i det lukkede møtet:*

- *Firma N. Jørgensen a/s – som leverte et prismessig anbud på kr. 550.000 lavere enn konkurrenten – har som entreprenør for Senjahopen vannverk i Berg kommune ikke levert dette på tilfredsstillende vis. Dette begrunnes ved at koordinatfesting av ledningsnett før gjenfylling ikke har funnet sted. Med henvisning til anbudets bestemmelser har Berg kommune v/prosjekterende krevd at dette utføres. Leverandøren har foretatt overflateoppmåling og hevdet at dette var bra nok. Denne saken er fortsatt uløst. Det er grunn til å stille spørsmål om leverandørens IK plan fungerer i praksis, slik vi ser det.*
- *Flere av endringsmeldingene som leverandøren har levert har vist seg å være tuftet på feilaktig grunnlag. Det vises spesielt til endringsmelding 50, som gjelder en post i anbudet som er spesifisert og priset. Til tross for at leverandøren ble gjort oppmerksom på dette, ble den opprettholdt. Omsider ble den trukket.*
- *Leverandørens referanse i dette prosjektet er av en slik karakter at Berg kommune ikke finner det forsvarlig å inngå kontrakt med dette firmaet. I lys av plan- og bygningsloven, gjeldende standarder og forskrifter, kan ikke Berg kommune anta en entreprenør som ikke synes å ha sitt IK system tilstrekkelig i orden.*

*På bakgrunn av disse forhold besluttet k-styret – etter ei total vurdering – å anta en annen entreprenør enn Norvald Jørgensen a/s.”*

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

###### *Begrunnelse*

- (13) Innklagede har brutt kravene til begrunnelse for valg av leverandør som følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 (1) jf. § 11-14 (1). Begrunnelsen som ble gitt i brev av 19. juli 2007 tilfredsstiller ikke forskriftens krav. Heller ikke etter at klager i brev av 24. juli 2007 ba om en ytterligere begrunnelse, er en slik begrunnelse gitt. Videre tilfredsstiller ikke begrunnelsen i rådmannens saksframlegg til kommunestyrets møte 3. oktober 2007, forskriftens krav til begrunnelse. Det er ikke dokumentert eller redegjort for hvordan evalueringen har foregått. I konkurransegrunnlaget er det oppgitt seks tildelingskriterier. Det er ikke mulig å etterprøve hvordan de seks kriteriene er vurdert, evaluert eller vektet, og det er dermed ikke mulig å etterprøve om resultatet innklagede har kommet til er korrekt.

###### *Tildelingskriteriene*

- (14) Innklagedes angivelse av tildelingskriteriene og prioriteringen av disse, er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 13-2 (2), jf lov om offentlige anskaffelser § 5. I konkurransegrunnlagets punkt 1.5 er det angitt seks tildelingskriterier. Senere i konkurransegrunnlaget er det i punkt 7.17 vist til punkt 1.5, og presisert nærmere når

det gjelder tre av kriteriene. Også i konkurransegrunnlagets punkt 7.19 ble det oppgitt ytterligere momenter som det skulle legges vekt på ved valg av tilbud. Denne fremgangsmåten strider mot forskriftens § 13-2 (2) og de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5. Det var ikke mulig for klager å forutse på hvilken måte de ulike kriteriene ville bli prioritert eller vektlagt. Tildelingskriteriene var i konkurransegrunnlaget oppgitt i "delvis prioritert rekkefølge". Det ble videre opplyst at "byggherren står imidlertid fritt til å endre prioriteringen på basis av det enkelte anbud". En slik prioritering strider mot det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

#### *Tilbudsevalueringen. Etterprøvbarehet.*

- (15) Tildelingsprosessen har foregått i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 13-2, og manglende dokumentasjon og etterprøvbarehet er i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5. Det er ikke dokumentert eller etterprøvbart at alle tildelingskriteriene faktisk er vurdert og evaluert i tildelingsprosessen. Det er ikke etterprøvbart i hvilken grad kriteriene er poengsatt eller vektet. Kriteriet "Kompetanse og erfaring til utførende personell" synes ikke å være vurdert overhodet.

#### *Innhenting, evaluering og vektlegging av negativ egenerfaring*

- (16) Innklagedes ensidige vektlegging av ett av mange prosjekter på klagers referanseliste, er ikke i henhold til forskriftens krav.
- (17) Videre er de erfaringer som er lagt til grunn, og som oppgis å være avgjørende for tildelingen av kontrakt, subjektive, udokumenterte og omtvistede. Erfaringene innklagede viser til er hentet fra et pågående kontraktsforhold der partene enda ikke er kommet til enighet om sluttoppgjøret, herunder de faktiske forhold, endringer og tillegg i dette prosjektet. Klager er uenig i de fleste av innklagedes påstander. Forholdene er omtvistede og vil bli gjenstand for rettslig prøving. Flere av erfaringene det vises til er dessuten pågående tvister som har oppstått etter at den angjeldende konkurransen ble avgjort. Skjønnsutøvelsen som har funnet sted ved vurderingen av kriteriet referanser har vært usaklig, urimelig og vilkårlig, og ikke i henhold til lov om offentlige anskaffelser.
- (18) Til de konkrete forhold som trekkes frem i innklagedes tilsvare vil klager bemerke følgende: Mange av endringsmeldingene skyldes byggherrenes forhold, som for eksempel mangler ved prosjekteringen. Når det gjelder innmåling av ledningstrasé, ble det orientert om metode for dette allerede på oppstartsmøtet mellom partene. Innleie av annen entreprenør har sin bakgrunn i uenighet mellom partene om hvorvidt arbeidene som er utført, er mangelfulle. All den tid prosjektet vil bli gjenstand for rettslig behandling, finner klager det ikke hensiktsmessig å prosedere disse forholdene nærmere her. Det understrekes imidlertid at de forhold som anføres av innklagede ikke på noen måte er uomtvistede eller objektive, og derfor ikke kunne legges til grunn i tilbudsevalueringen.

#### *Erstatning*

- (19) Kontrakt skulle vært tildelt klager dersom saksbehandlingen hadde vært i henhold til anskaffelsesregelverket. Det bes om at klagenemnda uttaler seg om erstatningsspørsmålet.

### *Innklagedes anførsler:*

#### *Begrunnelse*

- (20) Berg kommunestyre har gitt en fullgod begrunnelse for valg av leverandør. Det vises til rådmannens saksfremstilling til kommunestyremøtet 3. oktober 2007, hvor det gis en begrunnelse for vedtaket i k-sak 54/07. Det tilføres videre til denne begrunnelsen at det i ettertid har oppstått en uenighet mellom klager og innklagede omkring hvor mange meter grøft som er gravd og lagt ned rør i, ved bygging av vannanlegget i Senjahopen. Klager innrømmer å ha gjort feil i sluttnotat og forklarer dette med "tastefeil". Det dreier seg om vesentlige summer. Selv etter at denne glippen er erkjent, konkluderer klager med antall meter og sluttsum som langt fra stemmer. I tillegg er pumpestasjonen befengt med vesentlige mangler, som i hovedsak skyldes feil i armeringen. Dette har ført til lekkasjer som gjør det problematisk for innklagede å benytte denne til formålet.

#### *Tildelingskriteriene*

- (21) Tildelingskriteriene er oppgitt i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 13-2 (2). I henhold til konkurransegrunnlagets punkt 1.5 er det åpenbart at innklagede ikke på forhånd har bestemt den endelige prioriteringen eller vektningen av kriteriene. Innklagedes prioritering under tilbudsevalueringen strider ikke mot kravet til forutberegnelighet. Etter oppstillingen av tildelingskriterier i punkt 1.5, ble disse presisert i konkurransegrunnlagets punkt 7.17 og 7.19. Enhver tilbyder måtte forstå at innklagede ville legge betydelig vekt på "*Evne til teknisk/økonomisk forsvarlig å gjennomføre kontraksarbeidet uten ekstrabelasting av byggherren, samt leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter*". Også pris og byggetid skulle selvsagt vektes høyt. Klager forstod eller burde forstå at pris, byggetid og mulighet for forsvarlig gjennomføring ville bli vektlagt høyt.

#### *Tilbudsevalueringen*

- (22) Innklagede har foretatt en samlet og forsvarlig vurdering. Det var bare to leverandører som innga tilbud. Av denne grunn ble kommunestyret gitt en full orientering om begge tilbudene uten at det var laget noe spesielt evalueringsskjema. Arbeidet som sådan, både utførelse og materiell, var enkelt, og administrasjonen la til grunn at kommunestyrets medlemmer var kompetent til å velge entreprenør ut fra tilbudene og egenerfaring.

#### *Innhenting, evaluering og vektlegging av negativ egenerfaring*

- (23) Det hjelper lite å legge ved CV-er, sertifikater og tidligere referanseliste når innklagedes egen erfaring med klagers siste prosjekt er så dårlig som det faktisk er.
- (24) Negative erfaringer kan vektlegges dersom de er objektivt konstaterbare og det ikke bare er subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side. Det har vært skrevet ca 60 endringsmeldinger i tilknytning til prosjektet i Senjahopen. I dette tilfellet er det objektivt konstaterbart at ledningsnettet i Senjahopen ikke er koordinatfestet. Det er også objektivt konstaterbart at innklagede har leid inn annen entreprenør for å foreta ferdigstillelse.
- (25) Det blir noe misvisende når klager hevder at erfaringene er hentet fra et pågående kontraktsforhold, der partene hittil ikke har kommet til enighet om sluttoppgjør. Arbeidet som sådan er utført med store mangler, og disse var oppstått før angjeldende konkurranse var avgjort.

- (26) Det bestrides at skjønnsutøvelsen ved vurderingen av kriteriet referanser har vært usaklig, urimelig og vilkårlig. Skjønnsutøvelsen har i høyeste grad hensyntatt alle forhold ved klagers tilbud og de erfaringer innklagede har hatt med firmaet.
- (27) Til orientering kan nevnes at klager har tatt ut stevning ved Senja tingrett for å få utbetalt deler av kontraktssummen som er tilbakeholdt. Motsøksmål vurderes. Videre kan det opplyses at innklagede har ansett gjennomføringen av entreprisen som så mangelfull at saken er oversendt Statens Byggtekniske Etat med anmodning om å reise tilsynssak.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er kunngjort etter at forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 og forsyningsforskriften av 7. april 2006 nr. 403 trådte i kraft 1. januar 2007. Innklagede er en offentlig myndighet, jf forsyningsforskriften av 7. april 2006 nr. 403 § 4-1 bokstav a, og skal dermed følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402, jf forsyningsforskriftens § 1-2 (2). Anskaffelsens verdi er under EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter, og følger da forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2007 nr. 402 del I og II, jf forskriftens § 2-1, jf § 2-2 (1).

#### *Begrunnelse*

- (29) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 (1) at den skriftlige meddelelsen om hvem som skal tildeles kontrakt, skal inneholde en begrunnelse for valget. Oppdragsgivers begrunnelsesplikt er nærmere regulert i § 11-14 (1) som lyder slik:

*”Oppdragsgivers begrunnelse om kontraktstildeling og valg av leverandør til rammeavtale i henhold til § 13-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karenstid før inngåelse av kontrakt) første ledd skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgiveres valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med de angitte tildelingskriterier.”*

- (30) I meddelelsesbrevet av 19. juli 2007 fremkom det at det valgte tilbud ble valgt *”vesentlig på grunn av den korte byggetid, 10-12 uker, hvilket betyr at spillvannsanlegget blir satt i drift i desember 2007”*. Ut over dette var det ikke opplyst noe om det valgte tilbuds egenskaper på de øvrige fem tildelingskriteriene. Meddelelsesbrevet av 19. juli kan etter dette ikke sies å tilfredsstillende kravet til begrunnelse i forskriftens § 13-3 (1), jf § 11-14 (1).

- (31) Klager ba i brev av 24. juli 2007 om en nærmere begrunnelse for valg av tilbud og hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt. Det følger av forskriftens § 11-14 (4) at dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal det senest innen 15 dager etter anmodningen er mottatt gis en nærmere begrunnelse. Denne etterfølgende begrunnelsen skal opplyse om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at en nærmere begrunnelse må forutsettes å skulle sammenligne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet til

den leverandøren som anmoder om en nærmere begrunnelse, jf blant annet sakene 2003/49, 2005/8 premiss (35) og 2007/30 premiss (33).

- (32) I innklagedes svarbrev av 20. august 2007 ble det opplyst hvordan tilbudenes byggetid var evaluert, og at dette kriteriet var avgjørende for valg av tilbud. Innklagede opplyste utover dette ikke om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler, og heller ikke ble klagers og valgte leverandørs tilbud sammenlignet på de øvrige fem tildelingskriteriene. Innklagedes svarbrev av 20. august inneholdt således ikke en nærmere begrunnelse i samsvar med kravene i forskriftens § 11-14 (4).
- (33) Selv om det ikke har betydning for resultatet i det ovennevnte, nevner klagenemnda at begrunnelsen som gis i rådmannens saksframlegg til kommunestyrets møte 3. oktober 2007, heller ikke tilfredsstillende forskriftens krav til begrunnelse. I dette saksframlegget var det, ut over å vise til hvordan tilbudene var evaluert på byggetid og hvordan klagers tilbud var evaluert med hensyn til referanser, ikke vist hvordan tilbudene var evaluert på de øvrige tildelingskriteriene.

*Angivelsen av tildelingskriteriene og prioriteringen av disse*

- (34) Første spørsmål er om angivelsen av tildelingskriteriene flere steder i konkurransegrunnlaget er i strid med anskaffelsesregelverkets krav til klarhet og forutberegnelighet, jf forskriftens § 13-2 (2) og de generelle kravene i lovens § 5.
- (35) I konkurransegrunnlagets punkt 1.5 var det angitt seks tildelingskriterier. Videre var det i konkurransegrunnlagets punkt 7.17 og 7.19 gitt presiserende og utdypende regler for "*Kriterier for tildeling av kontrakt*" / "*Valg av anbud*". Det må forventes at tilbyderne leser hele konkurransegrunnlaget, og at hele konkurransegrunnlaget sees under ett ved avgjørelse av hvilke forhold som skal legges til grunn ved valg av tilbud. På denne bakgrunn kan klagenemnda ikke se at angivelsen av tildelingskriteriene i dette tilfellet var i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 13-2 (2) eller de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (36) Neste spørsmål er om innklagedes angivelse i konkurransegrunnlaget om hvordan kriteriene skulle prioriteres, er i strid med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (37) Når anskaffelsens verdi er under EØS-terskelverdien oppstiller forskrift om offentlige anskaffelser ingen plikt til å angi prioritering eller vektning av tildelingskriteriene i kunngjøring eller konkurransegrunnlag, unntatt i tilfeller hvor oppdragsgiver har bestemt dette på forhånd, jf forskriftens § 13-2 (2). Når oppdragsgiver først opplyser noen om prioritering i konkurransegrunnlaget, må det imidlertid være klart og forutberegnelig for leverandørene hvordan den konkrete prioriteringen vil bli i tilbudsevalueringen.
- (38) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at tildelingskriteriene var "*delvis oppsatt i prioritert rekkefølge*", jf punkt 1.5. Vider stod det samme sted at "*Byggherren står imidlertid fritt i å endre prioriteringen på basis av det enkelte anbud*". Etter klagenemndas oppfatning gir en slik angivelse ingen forutberegnelighet for leverandørene med hensyn til hvordan kriteriene vil bli prioritert under tilbudsevalueringen. Videre vil det være i strid med kravet til likebehandling å endre prioriteringen av tildelingskriteriene på basis av de enkelte tilbud, slik som angitt i

konkurransesgrunnlaget. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 (1) og (3).

*Tilbudsevalueringen. Etterprøvnbarhet.*

- (39) Ved tilbudsevalueringen må oppdragsgiver evaluere tilbudene på basis av alle oppgitte tildelingskriterier, jf forskriftens § 13-2. Oppdragsgiver må videre sikre at evalueringen er etterprøvnbar og gjennomsiktig. Som nevnt ovenfor viste verken meddelelsesbrevet av 19. juli 2007, innklagedes svarbrev av 20. august 2007 eller rådmannens saksframlegg til kommunestyrets møte 3. oktober 2007 at innklagede hadde evaluert tilbudene i henhold til samtlige tildelingskriterier. Innklagede har heller ikke fremlagt øvrig dokumentasjon som viser at alle tildelingskriteriene er evaluert. Innklagede har derimot opplyst at det ikke var laget noe spesielt evalueringsskjema for tilbudsevalueringen.
- (40) Basert på dette kan klagenemnda ikke se at innklagede har evaluert tilbudene på basis av alle de oppgitte tildelingskriteriene. Innklagede har således brutt forskriftens § 13-2.

*Referanser og negativ egen erfaring*

- (41) Saken viser at innklagedes negative erfaringer med klager i realiteten er blitt tillagt vekt i klagers disfavør, jf det som er sitert ovenfor som avsnitt (12) (rådmannens saksframlegg).
- (42) Klagenemnda har i sin praksis godtatt at oppdragsgivers negative erfaringer fra tidligere oppdrag med en leverandør kan vektlegges som del av en kvalitetsvurdering der dette er gjort til tildelingskriterium for konkurransen, jf om det prinsipielle sak 2003/66. I senere saker har nemnda utdypet dette ved å kreve at negative erfaringer ikke kan brukes som rent subjektive vurderinger, men må være dokumentert og gjenstand for betryggende mulighet for etterprøving. Nemnda siterer fra praksis

Sak 2005/50 avsnitt (38):

*(38) Klagenemnda har i tidligere avgjørelser lagt til grunn at egne erfaringer kun kan vektlegges dersom de er objektivt konstaterbare, og ikke bare representerer subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side, se klagenemndas sak 2003/66. I nevnte sak la klagenemnda til grunn at negative erfaringer kunne være en indikasjon på hvilken kvalitet oppdragsgiver kunne vente seg på den tilbudte ytelsen, siden det forelå skriftlig informasjon av nyere dato som ikke var bestridt av leverandøren. Egne erfaringer var ikke oppgitt som et tildelingskriterium, men kunne innfortolkes under tildelingskriteriet "Kvalitet".*

- videre sak 2006/20 avsnitt (48):

*48) I den foreliggende sak er det under tildelingskriteriet "Kompetanse/kvalitet og Prosjektgjennomføring" uttrykkelig oppgitt i underpunkt b) at det ville bli lagt vekt på oppdragsgivers tidligere erfaringer med leverandøren. I kravet om at erfaringene skal være objektivt konstaterbare, må normalt ligge et krav om skriftlighet. I dette tilfellet forelå den skriftlige bekreftelse av den uttalelse evalueringen bygget på, først etter at evalueringen var foretatt. Den skriftlige uttalelsen forelagt klagenemnda stemmer imidlertid overens med det som ble lagt til grunn ved evalueringen, jf*

*innklagedes brev av 8. desember 2005 under pkt. B, og klagenemnda finner da ikke å kunne anse det som en saksbehandlingsfeil at uttalelsen ikke forelå skriftlig bekreftet da evalueringen ble ført i pennen.*

- (43) Bruk av egne erfaringer håndteres på samme måte som når det er tale om å vektlegge referanser fra andre tidligere oppdragsgivere: Opplysninger som fremkommer på denne måten må også kunne dokumenteres skriftlig, f. eks. ved fremlagte referanser supplert med nøyaktig førte etterprøvbare referater fra henvendelser som har vært gjort til de aktuelle oppdragsgivere, jf. således ak 2006/92 avsnitt (19)

*(19) Innklagede har opplyst at forut for tilbudsevalueringen tok prosjektleder muntlig kontakt med prosjektleder for Møvig-prosjektet for å få opplysninger vedrørende klagers utføring av prosjektet. Opplysningene ble deretter nedskrevet i et evalueringsskjema datert 16. februar 2006. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at nøyaktige notater fra muntlige samtaler med eksterne referanser oppfyller regelverkets krav til gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og likebehandling, jf. sak 2006/14 premiss (35). Klagenemnda legger til grunn at tilsvarende må gjelde ved egne erfaringer, når innklagede samtidig kan vise til tilgjengelig intern dokumentasjon som er utarbeidet uavhengig av den aktuelle anskaffelsesprosessen og denne bekrefter det som har blitt rapportert muntlig i forbindelse med anskaffelsen. Klagenemnda viser i denne sammenhengen også til sak 2006/20 hvor nemnda godtok at egne negative erfaringer ble vektlagt selv om uttalelsen ikke forelå skriftlig bekreftet da evalueringen ble ført i pennen, under henvisning til at "[d]en skriftlige uttalelsen forelagt klagenemnda stemmer [...] overens med det som ble lagt til grunn ved evalueringen", jf. premiss (48).*

- (44) Det følger av den praksis det her redegjøres for at misnøye i en pågående anskaffelse bør loggføres og protokolleres sammen med objektivt konstaterbare fakta for å kunne medtas i evalueringen av vedkommende leverandør ved senere konkurranser. Det er viktig at aktuelle leverandører i et marked ikke opplever å bli utstengt ved svartelisting fordi man har innledet en tvist med oppdragsgiver (eller andre oppdragsgivere). At partene ligger i tvist om avvikling av en løpende kontrakt – eller befinner seg i rettssak om leveransen – kan i seg selv ikke være nok til å foreta en negativ kvalitetsvurdering av et senere tilbud fra samme leverandør. Når spørsmål om kvalitet og tidsmessig levering er omstridt, vil det i praksis derfor være vanskelig å dokumentere at et nytt tilbud fra samme leverandør er kvalitativt mindreverdige.
- (45) I det foreliggende tilfelle har innklagede lagt vekt på egne negative erfaringer med klager i forbindelse med et prosjekt ved Senjahopen vannverk. Denne saken er så vidt forstås ikke avsluttet. Innklagede har imidlertid ikke dokumentert de påståtte negative erfaringene som rådmannen viser til. Det er opplyst for klagenemnda at forholdet vil bli gjenstand for rettslig prøving. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede på en etterprøvbar og gjennomsiktig måte har dokumentert konstaterbare negative erfaringer med klager ved utførelsen av oppdraget om Senjahopen vannverk. Innklagede hadde således ikke anledning til å bruke slike forhold mot leverandøren i dette tilfellet, og har med dette brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 (1).

### *Referanseprosjekter*

- (46) Klager har videre anført at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ensidig vektlegging av ett av mange prosjekter på klagers referanseliste.
- (47) I konkurransegrunnlaget var *"Leverandørens erfaring fra tilsvarende prosjekter"* angitt som et tildelingskriterium. Videre stod det samme sted at *"3 års erfaring/referanse skal dokumenteres"*. I tillegg var det i konkurransegrunnlagets punkt 7.17 presisert at tilbyderne burde merke seg *"Referanser fra tidligere prosjekter"* i forbindelse med kriteriene for tildeling. Klager hadde i sitt tilbud oppgitt tolv referanseprosjekter.
- (48) Evalueringen av et tildelingskriterium må være saklig og forsvarlig, og i samsvar med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det kan etter nemndas oppfatning ikke oppstilles en generell regel om at alle oppgitte referanser i en konkurranse skal kontaktes, jf klagenemndas sak 2007/85 premiss (51) og sak 2006/14 premiss (36). I sistnevnte sak hadde oppdragsgiver kontaktet henholdsvis ni av elleve og seks av åtte, av de to tilbydernes referansepersoner. Klagenemnda uttalte i denne sammenheng:

*"Dette skulle være egnet til å få et inntrykk av hvordan produktene blir oppfattet av brukerne, og klagenemnda kan i dette tilfellet ikke se at det var vilkårlig å ikke kontakte alle referansepersonene."*

- (49) Ut fra fremlagt dokumentasjon kan klagenemnda ikke se at innklagede har kontaktet eller vurdert andre referanser enn egen erfaring med klagers utførelse av arbeid ved Senjahopen vannverk. Når det i konkurransegrunnlaget var bedt om referanser for 3 år, og videre i konkurransegrunnlagets punkt 7.17 stod referanser fra *"tidligere prosjekter"* i flertall, må leverandørene kunne forvente at innklagede tar kontakt med flere enn en referanse. Det vises i denne sammenheng til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/178 hvor innklagede ikke hadde kontaktet noen referanser, til tross for at referanser var et tildelingskriterium. Innklagede begrunnet dette med at miljøene omkring kommunal teknisk drift hos innklagede, hadde god kunnskap om de ulike entreprenørfirmaene som opererte i markedet. I tilknytning til dette forholdet uttalte klagenemnda følgende:

*"Når innklagede uttrykkelig ba om referanser og tilkjennega at referanser ville bli vektlagt ved valg av tilbud, skulle innklagede ha kontaktet de oppgitte referansene. Dette ble ikke gjort, og evalueringen av kriteriet har derfor vært mangelfull, uansett hva personer i kommunen måtte vite om leverandørene."*

- (50) Klagenemnda finner på bakgrunn av det ovennevnte at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) ved at ingen av klagers referanser, utover innklagedes egen erfaring, ble kontaktet og sett hen til ved tilbudsevalueringen.

### *Erstatning*

- (51) Spørsmålet om vilkårene for positiv kontraktsinteresse er oppfylt, beror på en konkret vurdering av om det foreligger ansvarsgrunnlag, i form av vesentlige feil, og årsakssammenheng, i form av klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville blitt

tildelt kontrakt dersom feilene ikke hadde vært gjort. På bakgrunn av sakens dokumenter har klagenemnda ikke grunnlag for å ta stilling til dette.

**Konklusjon:**

Berg kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 (1), jf § 11-14 (1) ved at det ikke ble gitt en tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud, sammen med meddelelsen om valget.

Berg kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-14 (4) ved at det ikke ble gitt en tilstrekkelig nærmere begrunnelse for valg av tilbud og hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt.

Berg kommune har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (1) og (3) ved angivelsen av tildelingskriterienes prioritering.

Berg kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-2 ved at tilbudene ikke ble evaluert opp mot alle oppgitte tildelingskriterier.

Berg kommune har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 (1) ved å legge vekt på egen erfaring som ikke var objektiv konstaterbar.

Berg kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) ved at ingen av klagers referanser, utover innklagedes egen erfaring, ble kontaktet og sett hen til ved tilbudsevalueringen.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For klagenemnda,  
17. desember 2007

  
Bjørg Ven