



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede kunngjorde en begrenset anbudskonkurranse om anskaffelse av asfaltarbeider. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 3-1 (7) ved ikke å føre referat fra befaring hos valgte leverandør. Innklagede hadde også brutt forskriften § 13-2 (2) ved at det ikke tilstrekkelig klart fremgikk av konkurransegrunnlaget og møtereferatene at evalueringen av tildelingskriteriet "Disponibelt utstyr og personell, responstid" ikke var overlappende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av tilbydernes utstyr under kvalifikasjonskravene. Tilsvarende hadde innklagede brutt § 13-2 (2) ved å benytte "Erfaring, HMS underlag" som tildelingskriterium på en måte som innebar at vurderingstemaet i kriteriet sammenfalt med vurderingstemaet i kvalifikasjonskravene. Tildelingskriteriene var derfor ulovlige og innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.*

**Klagenemndas avgjørelse 26. august 2013 i sak 2011/285**

**Klager:** NCC Roads AS

**Innklaget:** Kristiansand kommune v/ Kristiansand Ingeniørvesen

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

**Saken gjelder:** Ulovlig tildelingskriterium. Avlysningsplikt.

**Bakgrunn:**

- (1) Kristiansand kommune v/ Kristiansand Ingeniørvesen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. februar 2011 en begrenset anbudskonkurranse om anskaffelse av asfaltarbeider for sesongen 2011. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til å være mellom 6 og 9 millioner kroner.
- (2) I kunngjøringen punkt III.2 hadde innklagede oppstilt flere kvalifikasjonskrav. Det var stilt krav til tilbydernes "*tekniske og faglige kvalifikasjoner*", men kravene var ikke nærmere angitt ut over det som fulgte av overskriften i punkt III.2.3. Dokumentasjonskravene i punkt III.2.3 var:

*"(1) Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy.*

*(2) Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem.*

*(3) Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelsen av denne kontrakten (gjelder for bygge- og anleggskontrakter).*

*(4) Annet (vennligst spesifiser dokumentasjonskrav under):*

*Se anbudsgrunnlag."*

(3) Med brev av 4. februar 2011 sendte innklagede konkurransegrunnlaget (en anbudsforespørsel) til tilbyderne. I brevet inviterte innklagede til anbudsmøte 4. mars 2011 og oppga tilbudsfristen til 25. mars 2011. I tillegg fremgikk tildelingskriteriene og deres vekt av brevet. De var "Pris og forretningsmessige vilkår" vektet 75 %, "Erfaring, HMS underlag" vektet 10 %, "Disponibelt utstyr og personell, responstid" vektet 5 % og "Gjennomføringsevne, oppfølging og etterkontroll" vektet 10 %. I brevet stod det videre at "Nødvendig informasjon og utfyllende opplysninger for evaluering må vedlegges tilbud". Utover dette var det ikke oppstilt nærmere dokumentasjonskrav til tildelingskriteriene i brevet.

(4) I konkurransegrunnlaget punkt A fremgikk det at anskaffelsen omfattet reasfaltering og asfaltlapping i kommunene Kristiansand, Søgne og Songdalen. Til sammen skulle omtrent 9 000 tonn asfalt legges, fordelt på tre forskjellige typer asfalt. Flere kvalifikasjonskrav var derimot ikke oppstilt i konkurransegrunnlaget. I punkt B.6.3, under overskriften "Anbudsregler" stod det at innklagede stilte krav til risikoanalyse og HMS-plan, og at tilbyderne måtte presentere en varslings- og skiltplan og en HMS-plan. Det stod i punkt B.13.4:

*"Det anbud som anses mest fordelaktig for byggherren vil bli valgt. Ved vurderingen tas det hensyn til pris, kvalitet, leveringstid, drifts- og vedlikeholdskostnader m.v. Videre vil det bli lagt vekt på at entreprenøren har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylling av kontrakten."*

(5) Konkurransegrunnlaget punkt D hadde overskriften "Spesielle anbudsregler og kontraktbestemmelser". I punkt D.2 fremgikk det at prisene skulle inkludere alle kostnader for utførelse av arbeidet, men ikke merverdiavgift. Ifølge punkt D.8 skulle tilbyderne utarbeide kvalitetsplan og organisasjonsplan over nøkkelpersoner, arbeidsprosedyrer og HMS-plan. Ytterlige dokumentasjonskrav vedrørende tildelingskriteriene fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget. Derimot stod det blant annet at "Byggherrens kontrollør skal ha adgang til produksjonsanlegg, laboratorium og laboratoriejournal".

(6) Innklagede arrangerte et anbudsmøte 4. mars 2011 på innklagedes besøksadresse. Ifølge møtereferatet var formålet med møtet klargjøring, og representanter fra innklagede, Skanska Asfalt AS og NCC Roads AS (heretter kalt klager) var til stede. Til det åttende og siste punktet i møtereferatet stod det: "Evalueringsskriterier er endret fra tidligere og gjennomgått."

(7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, deriblant fra klager. I klagers tilbudsbrief av 24. mars 2011 var den tilbudte totalprisen kr. 8 469 500,- og det stod:

*"Vi har totalt 4 maskinlag og 2 skruelag oppsatt med moderne maskinpark i eller nær Kristiansand hele sesongen, og har dermed stor produksjonskapasitet til disposisjon til enhver tid. Vi vil prioritere 1 maskinlag og 1 skruelag for kommunen. I tillegg til vedlagte utstyrliste, kan alternativt utstyr fra vår totale maskinpark settes inn etter behov."*

(8) Også Skanska Asfalt AS og Agder Asfalt AS (heretter kalt valgte leverandør) leverte tilbud. I tilbudet fra valgte leverandør var det opplyst at denne hadde 13 ansatte. Vedlagt tilbudet var også CV-ene til én arbeidsleder og én diplomingeniør.

- (9) Innklagede gjennomførte et besøk på valgte leverandørs produksjonsanlegg 29. mars 2011. Møtereferat ble ikke ført, men etter det opplyste ble HMS og kvalitetsmessige og produksjonstekniske forhold diskutert, men ikke kommersielle sider av dette.
- (10) Innklagede evaluerte så tilbudene. Valgte leverandørs totalpris var kr. 8 088 140,-. Under de andre tildelingskriteriene, fikk Skanska Asphalt AS til sammen 20 poeng mens klager og valgte leverandør fikk begge til sammen 18 poeng. Poengfordelingen kan oppstilles slik:

Tildelingskriterium	Klager	Valgte leverandør
Erfaring, HMS	7 poeng	6 poeng
Disponibelt utstyr	5 poeng	4 poeng
Gjennomføringsevne, oppfølging	6 poeng	8 poeng
Totalt	18 poeng	18 poeng

- (11) Innklagede sendte 5. april 2011 et brev til klager hvor det blant annet stod:

*"Det er innkommet 3 tilbud, og alle tilbud er vurdert iht. kriterier beskrevet i forespørsel. [Innklagede] har intensjon om å tildele asfaltarbeider til [valgte leverandør] med bakgrunn i pris og evalueringskriterier. [Valgte leverandør] hadde gunstigste pris.*

*Eventuelle kommentarer må være innkommet innen 18.04.2011."*

- (12) I klagers brev til innklagede av 8. april 2011 skrev klager blant annet:

*"Vi ønsker en mer detaljert tilbakemelding på vårt innleverte tilbud, sett ut fra kriterier som er presentert i anbudsforespørsel, og avklaringsmøte avholdt hos dere. Vi forventer at en slik gjennomgang vil innbefatte en "rating" av alle leverandørers besvarelse på de ulike tildelingskriterier.*

*Vårt mål med [dette] er primært at vi ønsker en tilbakemelding på våre prestasjoner/kapasiteter i forhold til forespørsel, hvordan [innklagede] vurderer disse, med fokus på hva [klager] må forbedre for å komme i posisjon ved neste anledning."*

- (13) I innklagedes brev av 15. april 2011 til klager stod det:

*"Tre leverandører leverte tilbud på asfaltarbeider i Kristiansand, Søgne og Songdalen. Alle tilbydere ble vurdert iht. kriterier gitt i vår forespørsel av 4.02.2011.*

*Prismessig var tilbud fra [klager] nr. 2.*

*For de andre kriterier ble de enkelte tilbydere vurdert tilnærmet likt."*

- (14) Klagers prosessfullmektig påklaget kontraktstildelingen i brev av 18. april 2011 og ba samtidig om innsyn i sakens dokumenter og øvrige tilbud.

- (15) Et møte fant så sted på innklagedes besøksadresse 27. april 2011. Til stede var to representanter fra innklagede og to representanter fra klager. Formålet med møtet var

ifølge møtereferatet "avklaringer i evalueringsprosess etter ønske fra" klager. Ifølge møtereferatet ble anbudsprosessen gjennomgått og innklagede opplyste om hvordan evalueringen av tilbudene hadde foregått. Fra møtereferatet hitsettes:

*"2.0 [Klager] påpeker at de har en veldig bra utstyrspark. [Innklagede] mener at denne for 2010 var dårlig tilgjengelig. Ønsket utstyr var ikke tilgjengelig til enhver tid.*

*3.0 Mht. erfaring, gjennomføringsevne, oppfølging og etterkontroll, var [innklagede] ikke fornøyd med en del av arbeidet i 2010. Dette var tilgang til utstyr, lapping av hull og skader samt en del reasfaltering og egenkontroll. [Klager] mener dette skyldes dårlig kommunikasjon. Det har ikke vært dokumentert egenkontroll på utlegging i 2010 fra [klager].*

*[...]*

*7.0 Det er utført besøk på produksjonsanlegg hos [valgte leverandør] i forkant av tildeling."*

- (16) I brev av 2. mai 2011 tok ikke innklagede klagen til følge, og skrev videre:

*"Vi viser til brev av 18.04.2011 samt tidligere korrespondanse og møte 27.04.2011.*

*Vi viser til tredje avsnitt og følgende: "...alene angitt at tilbyderne er vurdert tilnærmet likt" (ref. brev av 18.04.2011). [Innklagede] har vurdert og vektet alle tilbud iht. kriterier i anbudsgrunnlag. Pris er vurdert 75 % (her er det vektet forskjellig), 25 % på erfaring HMS, disponibelt utstyr, personell og responstid, gjennomføringsevne, oppfølging og etterkontroll.*

*Vårt brev av 15.04.2011 angir følgende:*

*Prismessig var tilbud fra [klager] nr. 2. [Valgte leverandør] har en vesentlig bedre pris.*

*For de andre kriterier (disse utgjør 25 % av vurderingen) er de enkelte tilbydere vurdert og vektet tilnærmet likt. Skanska Asfalt ble vurdert marginalt høyest på denne evalueringen.*

*Dette ble forklart og utdypet i møte med [klager] 27.04.2011. Alle dokumenter i saken er utlevert til [klager] unntatt innkomne tilbud og intern tilbudsevaluering. Disse er unntatt offentligheten, ref. anbudsdokumenter og anbudsmøte. Det må være slik at [innklagede] som byggherre utfører evaluering av de innkomne tilbud.*

*Vi kan ikke se at [klager] kan bli vurdert som beste tilbyder uansett vurdering/vektning av 25 % andel."*

- (17) Klagers prosessfullmektig ba i brev av 5. mai 2011 igjen om innsyn i øvrige tilbud og møtereferater, samt om nærmere begrunnelse. Innklagede besvarte brevet 20. mai 2011 og opplyste da om tilbydernes totalpriser og samlede poengsummer på de andre tildelingskriteriene. I brevet av 5. mai 2011 ble klager også gitt innsyn i de andre tilbudene. Om innsyn i møtereferater skrev innklagede:

*"Det er kun referat fra oppstartsmøte etter at kontrakt er tildelt. Dette er ikke en del av evaluering og er ikke av interesse for tilbydere. Besøk på produksjonsanlegg til [valgte leverandør] er iht. de utsendte anbudsregler, og helt normal prosedyre ved vurdering av nye leverandører. Det er ikke utført evaluering eller diskusjoner rundt tilbud.*

[...]

*Dokumentasjon for manglende tilgjengelighet av utstyr og andre forhold. Dette ble tatt opp av [klager] i møtet 27.04.2011 og ble besvart av oss. Dette er forhold som vi som byggherre vurderer kontinuerlig. Dokumentasjonen er tidligere sendt [klager] skriftlig og med supplerende vedlegg (bilder). I evalueringsprosessen er disse forhold ikke vurdert. Det er kun vurdert forhold som spesifisert i anbudsdokumenter."*

- (18) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. oktober 2011. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 23. mai 2011.

#### **Anførsler:**

##### ***Klagers anførsler:***

###### *Ulovlige tildelingskriterier*

- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å bruke tildelingskriterier som var uklare og inneholdt sammenblanding av forhold fra tilbydernes kvalifikasjoner. Tildelingskriteriene inneholdt også forhold som var bedre egnet til å kvalifisere tilbyderne, slik som erfaring og gjennomføringsevne, enn å utpeke det beste tilbudet. Videre var det uklart hva som lå i kriteriet "*Erfaring, HMS Underlag*", og hvordan dette ville påvirke verdien av leveransen som innklagede skulle motta. Uklarheten, og at tildelingskritene er lite egnet til å identifisere det beste tilbudet, gjør at de er i strid med forskriften.

###### *Tilbudsevalueringen*

- (20) Innklagede har brutt regelverket i tilbudsevalueringen ved ikke å evaluere de andre kriteriene enn pris. Det synes som om innklagede har vurdert disse kriteriene samlet som ett, siden det er betydelige forskjeller mellom tilbudene under hvert av disse kriteriene, uten at det synes å komme til uttrykk i evalueringen. Under tildelingskriteriet "*Disponibelt utstyr og personell, responstid*" fremgår det av klagers tilbud at denne disponerer utstyr også fra andre avdelinger og dermed har langt mer disponibelt utstyr enn valgte leverandør. Klager har ved siden av nøkkelpersonell oppgitt å ha fire maskinlag og to skruelag. Valgte leverandør ga ikke opplysninger om personell utover to nøkkelpersoner. Likevel er det ikke noe som tyder på at innklagede har hensyntatt disse forskjellene ved evalueringen av dette tildelingskriteriet. Det virker ikke som om innklagede har evaluert alle de oppstilte tildelingskriteriene.

###### *Vektlegging av negativ erfaring*

- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å vektlegge egne negative erfaringer selv om disse ikke gjaldt objektivt konstaterbare forhold. I avklaringsmøtet 27. april 2011 ble klager informert om at under tildelingskriteriet "*Gjennomføringsevne, oppfølging og kontroll*", var ikke innklagede fornøyd med arbeidet som klager utførte i 2010. Denne misnøyen er ikke dokumentert skriftlig til klager tidligere. Innklagedes brev av 20. mai

2011 om at disse forholdene ikke ble hensyntatt i evalueringen, kan ikke vektlegges, siden innklagede i møtet i april selv tok opp denne misnøyen under henvisning til det aktuelle tildelingskriteriet.

#### *Kravene til likebehandling og etterprøvbarehet*

- (22) Innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gjennomføre befaring på én av tilbydernes anlegg under evalueringsprosessen, uten at tilsvarende befaring fant sted hos øvrige tilbydere eller klager. Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet ved ikke å føre referat fra dette møtet, og dermed umuliggjøre kontroll av om møtet var innenfor rammene av lovlige avklaringer.

#### *Mangelfulle begrunnelser*

- (23) Innklagede har ikke gitt forskriftsmessig begrunnelse for valget av leverandør da valget ble meddelt klager. Det ble ikke gitt opplysninger om tilbudsevalueringen under andre kriterier enn pris, og klager fikk ikke grunnlag til å vurdere om valget var saklig, forsvarlig og i tråd med tildelingskriteriene. Heller ikke senere begrunnelser er forskriftsmessige, siden de ikke opplyste om hvordan tilbudene ble vurdert på hvert kriterium og i forhold til hverandre. Innklagede har selv ikke etter to anmodninger fra klager gitt en forskriftsmessig nærmere begrunnelse for valget av leverandør som opplyste om relative forskjeller under det enkelte tildelingskriterium vektet mot pris.

#### *Erstatning*

- (24) Innklagede har brutt regelverket og klager ville ikke deltatt i konkurransen dersom klager hadde visst dette på forhånd. Valgte leverandør hadde bare 4,5 % lavere pris, men klager har ikke nærmere opplysninger om hvordan de øvrige tildelingskriteriene er evaluert. Klager ber klagenemnda uttale seg om erstatningsspørsmålet.

#### ***Innklagedes anførsler:***

##### *Ulovlige tildelingskriterier*

- (25) Innklagede bestrider at tildelingskriteriene er ulovlige. Bedre presisjon kan alltid tilstrebes, men kriteriene var tilstrekkelig presisert i konkurransegrunnlaget. Kriteriene ble også presentert og diskutert i forberedende anbudsmøte, hvor klager var til stede. Ingen presiseringer ut over dette ble etterspurt av de fremmøtte.

##### *Tilbudsevalueringen*

- (26) Klagers anførsler bestrides. De andre tildelingskriteriene enn pris er evaluert separat, og klager ble i møtet 27. april 2011 informert om evalueringen.

##### *Vektlegging av negativ erfaring*

- (27) Innklagede bestrider å ha vektlagt egen negativ erfaring. I møtet 27. april 2011 var det spørsmål fra klager om arbeidsutførelsen i 2010 som førte til at dette ble omtalt. Forholdene dette gjelder ble tatt med klager muntlig og skriftlig i 2010. Men tidligere erfaring med klager har ikke blitt hensyntatt i tilbudsevalueringen.

#### *Kravene til likebehandling og etterprøvbarehet*

- (28) Innklagede bestrider at kravene til likebehandling og etterprøvnbarhet er brutt. Befaringen og møtet med valgte leverandør fant sted i henhold til anbudsdokumentene som opplyser om at byggherrens kontrollører skal ha adgang til produksjonsanleggene, jf. konkurransegrunnlaget punkt D.8. Det var bare HMS, kvalitetsmessige og produksjonsmessige forhold som ble tatt opp, ingen kommersielle sider av disse. Befaringen var helt uavhengig av evaluering av innkomne tilbud.

#### *Mangelfulle begrunnelser*

- (29) Innklagede bestrider at de gitte begrunnelser er mangelfulle. Begrunnelse ble gitt i brevet av 20. mai 2011 og i tråd med tidligere korrespondanse og det som ble utdypet i tidligere møte med klager. Klager hadde ingen kommentarer til evalueringen av tildelingskriteriene og redegjørelsen for dette da partene hadde møte. Pris og rangering av tilbudene er opplyst om. Innklagede har gjennomført evalueringen etter en innkjøpsfaglig vurdering, og de relevante dokumentene i den forbindelse er oversendt klager.

#### *Erstatning*

- (30) Det foreligger ikke grunnlag for erstatningsansvar.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (31) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder asfaltarbeider, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi overstiger etter det opplyste ikke EØS-terskelverdien for bygge- og anleggsanskaffelser. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (32) Klager har fremsatt en rekke anførsler mot innklagedes bruk av tildelingskriterier, tilbudsevaluering og begrunnelser. Klagenemnda finner det mest hensiktsmessig å først vurdere anførselene mot tilbudsevalueringen, og deretter lovligheten av tildelingskriteriene.

#### *Tilbudsevalueringen*

- (33) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å evaluere andre tildelingskriterier enn "*Pris og forretningsmessige vilkår*". Selv om klager og valgte leverandør begge fikk 18 poeng til sammen på andre tildelingskriterier enn pris, følger det av fremstillingen av sakens bakgrunn ovenfor at innklagede evaluerte og poengsatte tilbudene under hvert enkelt tildelingskriterium. Klagers anførsel kan da ikke føre frem.

#### *Vektlegging av negativ erfaring*

- (34) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å vektlegge innklagedes negative erfaring relatert til klager fra 2010, uten at erfaringen er objektiv konstaterbar. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at egne erfaringer kan si noe om forventet kvalitet ved leveranser, jf. blant annet sak 2007/105 premiss (19), men uttalte i premiss (20) at når oppdragsgivers egne erfaringer med en leverandør vektlegges, må erfaringene som vektlegges være objektivt konstaterbare og ikke bare representere subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side, jf. også sak 2009/107 premiss (20).

- (35) Det følger av møtereferatet av 27. april 2011 punkt 3 at innklagede ikke var fornøyd med deler av arbeidet klager utførte i 2010. Klager hevder innklagede nevnte denne misnøyen i dette møtet, som var et avklaringsmøte tilknyttet evalueringsprosessen, og at misnøyen har påvirket tildelingsevalueringen i den foreliggende konkurransen. Innklagede bestrider at misnøyen ble vektlagt, og hevder det derimot var spørsmål fra klager som førte til at tidligere arbeidsutførelse ble omtalt i møtet.
- (36) På grunn av klagenemndas skriftlige saksbehandling, har nemnda i begrenset grad mulighet til å ta stilling til denne type uenighet mellom partene. Klagers anførsel avvises dermed som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

*Kravene til likebehandling og etterprøvbarehet*

- (37) Klager anfører innklagede har brutt kravene til likebehandling og etterprøvbarehet ved å gjennomføre befaring på produksjonsanlegget til kun én av tilbyderne. Det ble ikke ført referat fra møtet.
- (38) Etter loven § 5 (1) plikter en oppdragsgiver å opptre i samsvar med god forretningsskikk og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandørene.
- (39) Innklagede var på befaring i valgte leverandørs produksjonslokaler 29. mars 2011. Innklagede gjennomførte ikke befaring i den andre tilbyderens produksjonslokaler. Dette tilsier at likebehandlingskravet er brutt. Innklagede hevder imidlertid at befaringsen var i samsvar med konkurransegrunnlaget punkt D8, hvor det står at innklagede "*skal ha adgang til produksjonsanlegg, laboratorium og laboratoriejournal*". Etter klagenemndas vurdering, innebærer denne formuleringen primært bare et adgangskrav. Den kan uansett ikke hjemle befaring på produksjonsanlegget til bare én av tilbyderne.
- (40) Innklagede har videre anført at bare produksjonstekniske og HMS- og kvalitetsmessige forhold ble diskutert under befaringsen, men ingen kommersielle sider av dette. Hva som passerte mellom innklagede og valgte leverandør under befaringsen er udokumentert overfor nemnda, siden innklagede ikke førte referat fra befaringsen. Ordlydsforståelsene av tildelingskriteriene "*Erfaring, HMS underlag*", "*Disponibelt utstyr og personell, responstid*" og "*Gjennomføringsevne, oppfølging og etterkontroll*" er imidlertid vid nok til å kunne omfatte de forholdene som innklagede har opplyst om at ble diskutert under befaringsen. Det kan derfor ikke utelukkes at innklagede gjennom befaringsen mottok eller merket seg opplysninger som påvirket evalueringen av valgte leverandørs tilbud. Men i mangel av dokumentasjon fra befaringsen, kan ikke nemnda konkludere på om innklagede har brutt kravet til likebehandling på dette grunnlaget.
- (41) Når det gjelder kravet til etterprøvbarehet, følger det av forordningen § 3-1 (7) at innklagede skal sikre at vurderinger og dokumentasjon som har betydning for gjennomføring av konkurransen nedfelles skriftlig, slik at tredjeperson eller klageorgan kan få en god forståelse av oppdragsgiverens vurderinger og upartiskhet. Ifølge Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser, regelverk, praksis og løsninger* (2013), side 181, er formålet med regelen å sikre leverandørenes rettsikkerhet.
- (42) Det er klart at innklagede var på befaring hos valgte leverandør 29. mars 2011. Siden referat ikke ble ført, er det tvilsomt hva som ble drøftet under befaringsen, og det er

tvilsomt om det drøftede var innenfor rammene av lovlig kontakt mellom en oppdragsgiver og en tilbyder. Det er således også tvilsomt om det der drøftede var av betydning for gjennomføringen av konkurransen. Det er da ikke mulig for nemnda å få en forståelse av innklagedes vurderinger og upartiskhet ved befaringen, og innklagede har derigjennom brutt kravet til etterprøvarhet.

#### *Ulovlig tildelingskriterium*

- (43) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å oppstille tildelingskriterier som er uklare, eller hvis vurderingstema er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, det som skulle vurderes i kvalifikasjonsvurderingen. Selv om klager er noe vag på hvilke av tildelingskriteriene selskapet mener er ulovlige på dette grunnlag, forstår nemnda det slik at dette gjelder samtlige av tildelingskriteriene bortsett fra priskriteriet. Klagenemnda vurderer først om tildelingskriteriet "*Disponibelt utstyr og personell, responstid*" må anses ulovlig grunnet sammenfallende eller gjentakende vurdering.
- (44) Når kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, følger det av forskriften § 13-2 (2) at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det følger videre forutsetningsvis av forskriften § 11-1 at krav anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier.
- (45) Regelverket skiller altså mellom på den ene side aksept eller avvisning av leverandørene ut fra deres kvalifikasjoner, og på den annen side den graderte evaluering av de gjenværende tilbuds kvaliteter opp mot kunngjorte tildelingskriterier. EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premiss (25-32).
- (46) Etter at Lianakis-dommen ble avsagt har klagenemnda behandlet en rekke saker med påstand om ulovlig tildelingskriterium, jf. for eksempel 2008/189, 2008/120, 2009/88, 2011/118 og 2011/81. Klagenemnda har lagt til grunn at Lianakis-dommen trolig ikke stenger for at vurderinger som i utgangspunktet hører under kvalifikasjonsvurderingen, i visse tilfeller også kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, så fremt tildelingskriteriet ikke er "*essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question*", jf. Lianakis-dommen premiss (30) og klagenemndas sak 2008/120 premiss (46). Tilsvarende gjelder for anskaffelser som gjennomføres i henhold til forskriften del II, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2011/118 og 2011/241.
- (47) Klagenemnda har videre lagt til grunn at konkurransegrunnlaget utvetydig må klargjøre at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. klagenemndas saker 2008/120 premiss (58), 2008/92 premiss (97) og 2012/186 premiss (43).
- (48) I kunngjøringen punkt III.2.3, under overskriften "*Kvalifikasjonskrav*", oppstilte innklagede kravet: "*Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr med relevans for utførelse av denne kontrakten*". Kravet fremstår som et

dokumentasjonskrav. Innklagede oppstilte ikke et eksplisitt kvalifikasjonskrav som korresponderte med dette dokumentasjonskravet. Men på bakgrunn av ordlyden i dokumentasjonskravet, forstår nemnda det som at innklagede implisitt opererte med et kvalifikasjonskrav vedrørende maskinutstyret som tilbyderne skulle bruke til denne aktuelle leveransen av asfaltarbeider, jf. "*relevans for utførelsen av denne kontrakten*". Kunngjøringen og konkurransegrunnlaget opplyser ikke noe nærmere om hva som krevdes i beskrivelsen for å oppfylle kvalifikasjonskravet.

- (49) Tildelingskriteriene fremgikk av invitasjonen til konkurransen, brev av 4. februar 2011. Ett av dem var "*Disponibelt utstyr og personell, responstid*", vektet 5 %. Det var ikke oppstilt dokumentasjonskrav til dette tildelingskriteriet. Men ordlyden tilsier at det er utstyret som står til rådighet for tilbyderne, som skal vektlegges. Siden dette gjelder ved valg av tilbud, er det etter klagenemndas syn ikke naturlig å forstå tildelingskriteriet som at tilbydernes samlede utstyrsmengde skal vektlegges. Den mest naturlige forståelsen er at bare utstyret som står til rådighet for tilbyderne i denne aktuelle leveransen, skal evalueres, jf. "*Disponibelt*". Dette støttes av at verken konkurransegrunnlaget eller møtereferatene indikerer at utstyr som tilbyderne har rådigheten over, men som likevel ikke brukes i den foreliggende anskaffelsen, er av verdi for innklagede eller egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (50) Etter dette synes både kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen å etterspørre og vektlegge utstyret som tilbyderne hadde tilgjengelig og skulle bruke i den aktuelle kontrakten om asfaltarbeider. Som nevnt ovenfor, har klagenemnda tidligere lagt til grunn at konkurransegrunnlaget klart og utvetydig må klargjøre at disse to vurderingene ikke er overlappende eller gjentakende. I det foreliggende tilfellet, kan ikke klagenemnda se at konkurransegrunnlaget eller møtereferatene omtaler forholdet mellom kvalifikasjonsvurderingens fokus på utstyr, og tildelingsevalueringens fokus på det samme. Nemnda finner derfor at innklagedes bruk av tildelingskriteriet "*Disponibelt utstyr og personell, responstid*" er i strid med forskriften § 13-2 (2).
- (51) Klagenemnda vurderer så om tildelingskriteriet "*Erfaring, HMS underlag*" også gjentar eller overlapper vurderingen under kvalifikasjonskravene.
- (52) Innklagede hadde inntatt kravet "*Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetsprofil*" i kunngjøringen punkt III.2.3. Også dette fremstår som et dokumentasjonskrav uten et klart korresponderende kvalifikasjonskrav. Etter ordlyden etterspørres en utgreiing om leverandørens tilnærming til HMS-forhold.
- (53) I brevet av 4. februar 2011 var tildelingskriteriet "*Erfaring, HMS underlag*" vektet 10 %. Ordlyden av "*Erfaring, HMS underlag*" er at tilbydernes erfaring er relevant, i tillegg til leverandørens HMS-arbeid.. Det fremstår uklart om "*Erfaring*" knytter seg HMS-aspekter eller leverandørens mer generelle erfaring med asfaltarbeider.
- (54) Følgelig etterspør både dokumentasjonskravet og tildelingskriteriet HMS-messige forhold hos leverandørene. Konkurransegrunnlaget punkt B.6.3 stiller krav til risikoanalyse, HMS- og skiltplan, men det presiseres ikke om dette knytter seg til kvalifikasjonsvurderingen eller tildelingsevalueringen. Ut over dette er det ikke noe i konkurransegrunnlaget eller møtereferatene som belyser forholdet mellom de to vurderingene hva gjelder HMS. På denne bakgrunn finner nemnda at de HMS-relaterte vurderingene er gjentakende eller overlappende. Tildelingskriteriet "*Erfaring, HMS*

*underlag*" er da ulovlig. Nemnda anser det ikke nødvendig å ta stilling til det siste tildelingskriteriet.

- (55) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførselene som er fremsatt, må klagenemnda vurdere om den feilen som er konstatert ved at innklagede har benyttet ulovlige tildelingskriterier i konkurransen, er en feil som innebærer at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (56) Basert på førsteinstansdomstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61):
- "Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått".*
- (57) Det er normalt klager som må påvise at konkurransen ville fått et annet utfall for klagers vedkommende dersom feilen ikke var begått, jf. sak 2011/171 premiss (64) i.f.
- (58) En anskaffelses tildelingskriterier er helt sentralt for leverandørene, både i vurderingen av om tilbud skal inngis og ved utformingen av tilbudene. I sakene 2013/34 premiss (38) og 2011/367 premiss (55) uttalte nemnda at i utgangspunktet kan ethvert ulovlig tildelingskriterium ha innvirket på utfallet av konkurransen. Et tildelingskriterium kan som utgangspunkt ikke endres eller ignoreres etter tilbudsfristens utløp, jf. blant annet sakene 2011/198 premiss (31) og 2010/223 premiss (34). Dette innebærer normalt at oppdragsgiver må avlyse konkurransen og kunngjøre denne på nytt uten de ulovlige tildelingskriteriene for å kunne klare å rette opp i denne feilen, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2013/34 premiss (38).
- (59) Selv om innklagede uttalte at prisen ble avgjørende ved valget av leverandør i vår sak, er de ulovlige kriteriene vektet til 15 %. Slik saken er opplyst, er det noe uklart for nemnda hvilken modell innklagede har benyttet for å sammenholde alle tildelingskriteriene. Dette gjør det vanskelig å vurdere feilens eventuelle innvirkning på konkurransens utfall for klagers vedkommende. Som nevnt har klagenemnda tidligere lagt til grunn at utgangspunktet er at ethvert ulovlig tildelingskriterium kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. Slik saken er opplyst kan ikke klagenemnda se at det er grunnlag for å gjøre unntak fra denne hovedregelen i foreliggende sak. Innklagede hadde etter dette en plikt til å avlyse konkurransen.
- (60) Basert på dette mangler klager saklig interesse i å få avgjort sine øvrige fremsatte anførsler. Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 (2).

### **Konklusjon:**

Kristiansand kommune v/ Kristiansand Ingeniørvesen har brutt loven § 5 (3) og forskriften § 3-1 (7) ved ikke å føre referat fra befaring hos valgte leverandør.

Kristiansand kommune v/ Kristiansand Ingeniørvesen har brutt forskriften § 13-2 (2) ved å benytte "*Disponibelt utstyr og personell, responstid*" og "*Erfaring, HMS underlag*" som tildelingskriterium på en måte som gjør at vurderingstemaet i kriteriet sammenfaller med, eller gjentar vurderingstemaet i kvalifikasjonskravene.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 26. august 2013  
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum