



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Evaluerings- eller prismodell. Tildelingsevaluering. Krav til klarhet ved utformingen av konkurransegrunnlaget.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for anskaffelse av kjøkken- og serveringsutstyr, porselen og bestikk. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 13-2 (2) ved å benytte en forholdsmessig prisevalueringsmodell som tilbyderne ikke var gjort kjent med på forhånd. Bruken av modellen kunne ikke anses egnet til å sikre den fastsatte vekten av tildelingskriteriet pris. Innklagede hadde også brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriet kvalitet.

Klagenemndas avgjørelse 22. april 2015 i sak 2014/95

Klager: 2080.no

Innklaget: Harstad kommune

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Siri Teigum, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Harstad kommune (heretter innklagede) kunngjorde 27. juni 2014 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for anskaffelse av kjøkken- og serveringsutstyr, porselen og bestikk. Det fulgte av kunngjøringen punkt II.1.4 at rammeavtalens varighet var to år. Anskaffelsen var kunngjort som en anskaffelse etter forskrift om offentlige anskaffelser del II. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 22. juli 2014.
- (2) Det fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 at leveransen ville bestå av en stor leveranse til Bergsodden sykehjem, og at øvrige kjøp i perioden ville bli bestilt fra kommunens enheter i varierende omfang.
- (3) Konkurransegrunnlaget punkt 4.1 hadde overskriften "*Kravsspesifikasjon*". Denne var utformet som en punktliste, hvor ønskede egenskaper ved de tilbudte produkter var angitt:
 - *Utstyr som leveres skal være av god kvalitet og være beregnet for bruk i storhusholdninger / institusjoner.*
 - *Porselenet skal være hvit / lyst i fargen og ikke mønster i andre farger. Det kan være dekor på porselenet men da i samme farge som grunnfargen*
 - *Bestikk og serveringsutstyr skal være av samme serie slik at de matcher*
 - *Glass og kopper må kunne stables*
 - *De må ha et godt grep og ikke være tunge*
 - *Alt utstyr som tilbys i denne avtale må være beregnet for storhusholdning og tåle hyppige vask uten å bli «matt» i farge og glasur.*

- *Det skal sikres mulighet til suppleringskjøp av samme produkt i hele avtaleperioden. Det er derfor viktig at tilbudte produkter er forventet å være i videre produksjon i hele avtaleperioden.*
- (4) Konkurranses grunnlagets punkt 4.1 var etterfulgt av konkurranses grunnlagets punkt 4.2, med overskriften "*Tildelingskriteriene*". Her fremgikk det at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene pris (60 %) og kvalitet (40 %). Tildelingskriteriet pris skulle vurderes på bakgrunn av tre utfylte prisskjema tilknyttet kjøkken første etasje, utstyr til beboerenheter og kjøkken andre etasje i Bergsodden sykehjem.
 - (5) Tildelingskriteriet kvalitet skulle vurderes på bakgrunn av besvarelse av kravspesifikasjonen, dokumentasjon på produktkvalitet og eventuelle garantier.
 - (6) De tre prisskjemaene som skulle utfylles inneholdt til sammen 141 varelinjer. I prisskjemaet for utstyr til beboerenheter, var det som merknad til varelinje 79, stavmikser, poengtert at produktet skulle ha "*[g]od kvalitet*". Varelinje nummer 20 var kaffekanner, og for varelinje 80, kaffetrakter, var det angitt: "*For å sette kannen under*".
 - (7) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra fire leverandører, heriblant 2080.no AS (heretter klager).
 - (8) Etter forespørsel i e-postkorrespondanse med klager av 23. og 24. juli 2014 mottok innklagede produktdatablad med spesifikasjoner for produktlinje 20. kaffekanner, 78. mixmaster, 79. stavmikser og 80. kaffetrakter.
 - (9) I brev av 31. juli 2014 ble det opplyst at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Lindrup Martinsen AS (heretter valgte leverandør).
 - (10) I tildelingsbeslutningen ble det gitt følgende begrunnelse for valg av leverandør:

Evalueringen:

Evalueringen er foretatt ved at det beste tilbudet for hvert tildelingskriterium (Pris og Kvalitet) er gitt 10 poeng, mens de øvrige gis poeng i forhold til beste tilbud. Poengsummen på hvert kriterium blir deretter vektet i tråd med oppgitt prosent.

Pris:

Prisen er beregnet ut i fra sammenlagt pris i de tre spesifiserte regnearkene. Laveste pris er gitt 10 poeng, mens de øvrige er gitt poeng etter den forholdsmessige metode ($PB/PE \times 10 =$, der PB står for laveste tilbud og PE for evaluerte tilbud)

Poengsummen er deretter vektet med 60 %. I tråd med dette får NB Engros AS 6 poeng, 2080.no får 5,15, Lindrup Martinsen får 4,30, mens Norrøna får 4,20.

Kvalitet:

Det følger av konkurranses grunnlagets pkt. 4.2 at kvalitet skal evalueres på bakgrunn av besvarelse av kravspesifikasjonen, dokumentasjon på produktkvalitet og evt. garantier.

Kravspesifikasjonen fremgår generelt i konkurranses grunnlagets punkt 4.1. I tillegg er enkelte spesifikasjoner skrevet som merknader direkte i prisskjema. Som det fremgår i

pkt. 4.1 er det satt som et overordnet krav at «utstyr som leveres skal være av god kvalitet og være beregnet for bruk i storhusholdninger/institusjoner».

Når det gjelder servise, bestikk, glass o.l, anses samtlige tilbydere å ha levert kvalitet i tråd med oppdragsgivers kravspesifikasjoner og ønsker, og oppdragsgiver finner ikke grunn til å skille her.

På de øvrige produktene er det på enkelte varelinjer tilbudt så ulike produkter at en sammenligning mellom disse gir vesentlige utslag på poengskalaen for kvalitet.

Et særlig eksempel her er tilbudte produkter for kaffeløsning for de ni beboerenhetene (prisskjema ark 3 varelinjenummer 20 og 80).

I prisskjemaet er det satt opp til sammen 18 kaffekanner, samt en trakter som kannen kan settes under. En velfungerende kaffeløsning, som både evner å produsere tilstrekkelig med kaffe, og ellers er så ergonomisk hensiktsmessig som mulig, er viktig for oppdragsgiver.

På dette punktet anses Lindrup Martinsen å ha levert den kvalitetsmessig beste løsning, med en trakter med god kapasitet, der kaffen traktes rett på pumpekanner. Norrøna har levert løsning med trakting rett i termokanne, men uten at denne har pumpeløsning. For oppdragsgiver ville dette være en dårligere løsning, da hank for bæring, samt pumpeløsning, anses som viktige ergonomiske fortrinn.

2080 AS har levert kaffetrakter med relativt bra kapasitet, men det er ikke en løsning der traktet kaffe går direkte i kanne, klar til servering. Løsningen er dermed ikke i tråd med det oppdragsgiver legger opp til. NB Engros har tilbudt kaffetrakter som ikke anses beregnet til «storhusholdning/institusjoner», med svært lav traktekapasitet. For oppdragsgiver anses dermed denne som uegnet.

Også når det gjelder stavmikser og miksmaster var det kvalitetsmessige ulikheter, men dette gav mindre utslag i evalueringen enn kaffeløsningen.

Lindrup Martinsen er samlet gitt 10 poeng på kvalitetskriteriet, mens Norrøna, som har nest beste løsning knyttet til kaffe gis 9 poeng. 2080 gis 7,5 poeng, mens NB Engros gis 5 poeng, siden tilbudt kaffeløsning var uegnet. Vektet med 40 % blir dette 4 poeng for Lindrup Martinsen, 3,6 poeng for Norrøna, 3 for 2080 AS og 2 for NB Engros.

Konklusjon:

Det var relativt store forskjeller i pris fra høyeste til laveste tilbud. Som det har fremgått over knyttet prisforskjellene seg i stor grad til få sentrale varelinjer, der det var vesentlige forskjeller i tilbudt produkt mellom de ulike tilbudene.

En samlet vurdering av pris (60 %) og kvalitet (40 %), fører dermed til at Lindrup Martinsen AS har levert det «økonomisk mest fordelaktige» tilbudet ($4,30 + 4 = 8,30$).

(11) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 15. august 2014.

(12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. mars 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loven § 5, ved at den benyttede prisevalueringsmetoden ikke poengsetter prisforskjellene tilstrekkelig presist. Den forholdsmessige metoden har en svakhet ved at prisøkninger får relativt mindre poengtrekk med økende avstand fra laveste pris. Ved anvendelse av den forholdsmessige metoden har prisforskjellen mellom laveste tilbud og valgte leverandørs tilbud på 40 %, kun resultert i en poengforskjell på 28 %. Klagenemnda har tidligere akseptert en uforholdsmessighet mellom pris- og poengforskjell på 3 prosentpoeng i sak 2011/176, og 6 prosentpoeng i sak 2008/67 samt 2006/40. Poengforskjellen i nærværende sak er imidlertid det dobbelte av hva klagenemnda tidligere har akseptert i sak 2008/67. Pristilbudet fra valgte leverandør er 20 % høyere enn klagers tilbud, og denne forskjellen har kun gitt 14 % utslag ved poengberegningen.
- (14) Innklagede har brutt regelverket ved inkonsekvent metodebruk for evaluering av pris og kvalitet. Det er ikke bruk av den forholdsmessige metode i seg selv som påklages, men at det er anvendt ulike metoder for evaluering av de to tildelingskriteriene, som har bidratt til å forrykke kriterienes vekt og dermed gitt et upåregnelig resultat i konkurransen.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved at konkurransegrunnlaget er uklart, og kvalitetsvurderingen fremstår som vilkårlig, da enkeltprodukter uventet er tillagt avgjørende vekt. Det går frem av meddelelsesbrevet at det er lagt avgjørende vekt på tilbudte kaffemaskiner, og dette alene ser ut til å ha representert de relativt store poengutslagene.
- (16) All den tid kravspesifikasjonen ikke er mer presis, vil det med rimelighet måtte stilles ytterligere krav til presisjon i kvalitetsvurderingen for å unngå at oppdragsgiver mer eller mindre får en ubetinget skjønnsfrihet. Konkurransegrunnlaget opplyser ikke om krav til kapasitet og ergonomi. Til linje 80 i prisarket for beboerenheter er det tilbudt Moccamaster med kanne under – i tråd med den oppstilte merknaden. Det er ikke forutberegnelig at innklagede her siktet til de kaffekanner som skulle tilbys i linje 20, og at disse skulle være termokanner med pumpe og hank.
- (17) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Valg av evalueringsmodell ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønn, som KOFA i begrenset grad kan overprøve. Den forholdsmessige modellen er akseptert som egnet i tidligere praksis fra KOFA. Prisforskjellene i sak 2006/90 er vesentlig større enn i foreliggende sak, og det er dermed ikke rett når klager hevder at KOFA ikke har godtatt en uforholdsmessighet på mer enn 6 prosentpoeng. Det er derfor ikke grunn til å underkjenne evalueringsmetoden i den foreliggende saken.
- (19) Anførselen om ulik metodebruk på priskriteriet og kvalitetskriteriet fremstår som oppkonstruert, og er i realiteten bare en forlengelse av kritikken mot den forholdsmessige metode. På kvalitetskriteriet, der det ikke er benyttet noen formel, er tilbudene gitt poeng etter en vurdering av tilbudets kvalitet i forhold til det beste tilbudet. Beste tilbud er gitt 10 poeng også på dette kriteriet. Metoden er følgelig den samme som for priskriteriet.

- (20) Evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet ligger klart innenfor det innkjøpsfaglige skjønnnet, som KOFA bare i begrenset grad kan overprøve. Innklagede har i evalueringen trukket frem de relative forskjellene mellom valgte tilbydere og de øvrige, og anser at det er redegjort for noen grunnleggende ulikheter som har stor verdi for oppdragsgiver. Selv om bare tre varelinjer ble avgjørende, var prisforskjellene mellom klagers og valgte leverandørs tilbud på disse varelinjene slik at de tilsvarte prisforskjellen i totalsum. Under alle omstendigheter er ikke kvalitetsvurderingen kun en matematisk øvelse.
- (21) Det foreligger ikke grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for anskaffelse av kjøkken- og serveringsutstyr, porselen og bestikk, som er en vareanskaffelse. Det følger av kunngjøringen punkt II.1.4 at rammeavtalens varighet er to år. Anskaffelsen er kunngjort som en anskaffelse etter forskrift om offentlige anskaffelser del II. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (23) Saken gjelder innklagedes metode for evaluering av pris, i et tilfelle hvor dette ikke var angitt på forhånd. For å sammenligne tilbudene med hensyn til pris og kvalitet, har innklagede valgt å benytte en poengskala der beste tilbud for hvert kriterium gis 10 poeng. Ved evalueringen av kvalitet er det ikke gitt en nærmere redegjørelse for poenggivningsmetode. Ved prisevalueringen har innklagede gitt det laveste pristilbudet maksimal poenguttelling. De øvrige tilbudenes poeng på priskriteriet er regnet ut ved å dividere det laveste pristilbudet med tilbudt pris, og multiplisere dette med maksimal poenguttelling (heretter den forholdsmessige metode). Ettersom saken reiser spørsmål om rekkevidden av oppdragsgivers valgfrihet når det gjelder evalueringsmetoder, besluttet nemnda å behandle saken i stornemnd i medhold av klagenemndforskriften § 12.

Evalueringen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriet "Pris"

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loven § 5, ved at den benyttede prisevalueringsmetoden ikke poengsetter prisforskjellene tilstrekkelig presist. Ved anvendelse av denne metoden har prisforskjellen mellom laveste tilbud og valgte leverandørs tilbud på ca. 40 %, resultert i en poengforskjell på ca. 28 % for tildelingskriteriet pris. Pristilbudet fra valgte leverandør er ca. 20 % høyere enn klagers tilbud, men dette har kun fått en poengmessig uttelling på 14 %.
- (25) Innklagedes poengberegningsmetode ble ikke oppgitt i konkurransegrunnlaget. Ved levering av tilbud i konkurransen, visste tilbyderne således ikke hvordan innklagede ville gå frem for å beregne poeng under tildelingskriteriet "Pris". Innklagedes fremgangsmåte ble først gjort kjent for tilbyderne i tildelingsbrevet av 31. juli 2014.
- (26) Partene har vist til enkelte tidligere nemndsavgjørelser som gjelder bruken av den forholdsmessige metoden. I sak 2006/90, som innklagede viser til, var klagers tilbud 82 % dyrere enn valgte leverandørs tilbud. Klager oppnådde 2,75 poeng på priskriteriet mot valgte leverandørs 5 poeng. Det ble likevel anført at klager skulle fått høyere uttelling på

priskriteriet, men nemnda fant at den konkrete poenggivningen ikke kunne anses uforholdsmessig.

- (27) I sak 2008/67 aksepterte nemnda bruken av metoden i et tilfelle hvor den førte til at den prosentvise forskjellen i gitte poeng ikke var den samme som den prosentvise prisforskjellen fra laveste pris. Nemnda begrunner dette i premiss 51 med å henwise til sak 2006/90, og at modellen ikke fremstår som upåregnelig. I sak 2011/176 aksepterte også nemnda modellen. I premiss 69 og 70 begrunnes dette med henvisning til sak 2008/67, at modellen ikke fremstod som upåregnelig, og at den i tilstrekkelig grad har sikret at relevante forskjeller mellom tilbudene ble gjenspeilet i poengene tilbudene fikk. I begge de sistnevnte saker var for øvrig tildelingskriteriet pris vektet med 40%, og sakene kan derfor ikke sammenlignes direkte med den foreliggende sak, hvor pris er vektet med 60%.
- (28) Det må i utgangspunktet legges til grunn at oppdragsgiver ikke har en plikt til å opplyse om poengberegningsmetoden i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Nemnda viser her til premiss 64 i sak 2011/176:

[...] Klagenemndas praksis, som bygger på EU-direktiv 2004/18 og EU-domstolens praksis, kan langt på vei forstås slik at kunngjøringsplikten utelukkende gjelder hovedkriteriene for tildeling og den relative vekt disse vil bli tillagt under evalueringen. Det innebærer at den nærmere metodikk for å finne frem til det tilbud som best oppfyller tildelingskriteriene, i utgangspunktet ikke er undergitt kunngjøringsplikt i forkant (men kan måtte inngå i kravene til begrunnelse når beslutning om tildeling er gjort, jf. forskriften § 22-3, jf. § 20-16 (1) og (4), tilsvarende i Del II § 13-3 (1) jf. § 11-14 (1) og (4)). Således vil poengmatriser og nærmere beregningsprinsipper eller teknikker ikke være kunngjøringspliktige i forkant og behøver ikke beskrives i konkurransegrunnlaget. Det samme vil i utgangspunktet gjelde vektingen av underkriterier under tildelingskriteriene.

- (29) Oppdragsgiver har imidlertid ikke et fritt skjønn ved valg av poengberegningsmetode, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2013/127 premiss 49 hvor nemnda uttaler: "*Selv om det er rett som innklagede anfører, at valg av poengberegningsmetode er gjenstand for innklagedes skjønn, følger det altså av nyere EU-domstolspraksis at dette skjønnet er underlagt til dels vesentlige begrensninger.*"
- (30) Uttalelsen i sak 2013/127 viser til EU-domstolens avgjørelse i sak T-402/06 (Kommisjonen mot Spania) av 16. september 2013. Saken gjaldt metode for evaluering av tilbudspris. I premissene 57 til 59 presenterer Domstolen utførlig den metoden som ble brukt. Kort sagt innebar den at det ville bli gitt høyeste poengsum dersom tilbudt pris samsvarte med en pris som ble beregnet ut fra en gjennomsnittsberegning. Både høyere pris og lavere pris enn gjennomsnittsprisen kunne få lavere enn maksimal poenguttelling. Tilbyderne var gjort kjent med den metoden som ville bli brukt. De var også gjort kjent med et element i beregningen av gjennomsnittsprisen, som var en grunnpris. Men også prisene som ble inngitt i konkurransen var et element som inngikk i gjennomsnittsberegningen, og disse var ikke tilbyderne kjent med. Ettersom tilbyderne ikke var kjent med gjennomsnittsprisen, fant Domstolen at de manglet en opplysning som kunne hatt innvirkning på tilbudsutformingen og konstaterte brudd på regelverket på grunn av dette. Domstolen viste nokså detaljert hvordan modellen kunne slå ut på en tilfeldig måte, se avgjørelsens premiss 73.

- (31) Som et utgangspunkt for vurderingen uttalte Domstolen i premiss 72 at *"selv om et totalt og absolut forbud for den ordregivende myndighed mod efter udløbet af fristen for fremlæggelse af tilbuddene at foretage en mere detaljeret specifikation af et tildelingskriterium, som tilbudsgiverne forudgående er blevet gjort bekendt med, ikke er anerkendt i retspraksis, forholder det sig ikke desto mindre således, at en sådan efterfølgende fastlæggelse kun er mulig under streng overholdelse af tre kumulative betingelser."* De tre kumulative betingelsene er nærmere omtalt i sak C-331/04 (ATI), se nedenfor.
- (32) Dette er en noe annen tilnærming enn nemnda anla i sak 2011/176.
- (33) Som det vil fremgå nedenfor, har også den forholdsmessige metoden svakheter som gir grunn til å spørre om den kan anvendes i et tilfelle hvor oppdragsgiver ikke på forhånd har opplyst at metoden vil benyttes.
- (34) Spørsmålet om hvilken frihet oppdragsgiver har til etter tilbudsfristen å velge poengberegningemetode, er nært beslektet med spørsmålet om hvilken adgang oppdragsgivere har til å utdype innholdet i et tildelingskriterium etter tilbudsfristen. Dette er igjen nært forbundet med spørsmålet om hvilken informasjon leverandørene har krav på før tilbudsfristens utløp.
- (35) Det er en rekke avgjørelser fra EU-domstolen med relevans for problemstillingen i foreliggende sak. Før EU-domstolens avgjørelse i C-331/04 (ATI) av 24. november 2005, er særlig sakene C-19/00 (SIAC) av 18. oktober 2001 og sak T-4/01 (Renco) av 25. februar 2003 av betydning. Disse avgjørelsene kommenteres nedenfor.
- (36) I sak C-331/04 (ATI) av 24. november 2005, oppstilte Domstolen de kumulative betingelsene for at underkriterier kan vektes i etterkant, jf. premiss 31 ovenfor. Domstolen konkluderte i premiss 32 med at underkriterier kan vektes i etterkant av tilbudsfristen så lenge dette:
- *ikke ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen*
 - *ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse*
 - *ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende.*
- (37) En del av denne testen er altså nært forbundet med spørsmålet om hvilken informasjon tilbyderne har krav på ved utarbeidelsen av tilbudene. Oppdragsgivere kan ikke konkretisere tildelingskriteriet på en måte som, hvis dette hadde vært kjent på forhånd, kunne hatt betydning for tilbudsutformingen.
- (38) I sak C-532/06 (Lianakis) av 24. januar 2008, vurderte Domstolen spørsmålet om oppdragsgiver kan innta nye underkriterier uten at disse var gjort kjent før tilbudsfristen. Under henvisning til prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, konkluderte EU-domstolen i premiss 45 med at direktivet *"er til hinder for, at den ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure efterfølgende fastsætter vægtningskoefficienter og underkriterier for de kriterier for tildeling af ordren, der er anført i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen"*. Tilsynelatende anlegger

domstolen en svært streng tilnærming til grunn. Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet fordrer at *"de potensielle tilbudsgivere på det tidspunkt, hvor de forbereder deres bud, har kendskab til alle forhold, som den ordregivende myndighed tager i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud, og disse forholds relative betydning"*, se avgjørelsens premiss 36. Om fastsettelse av kriterienes vekt etter tilbudsåpning uttalte domstolen i premiss 44 at *"[d]et er åbenbart, at dette ikke oppfyller den forpligtelse til offentliggørelse, som er fastsat i artikel 36, stk. 2, i direktiv 92/50, sammenholdt med princippet om likebehandling af de erhvervsdrivende og gennemsigtighedsforpligtelsen."*

- (39) I sak C-252/10 (Evropaïki Dynamiki mot EMSA) av 21. juli 2011 blir det presisert i premiss 35 at uttalelsen i C-532/06 (Lianakis) ikke kan forstås slik at den utelukker enhver etterfølgende presisering av kriterier som allerede er brakt til leverandørens kunnskap. Et sentralt spørsmål ved enhver utdyping av et tildelingskriterium er at dette må skje i overensstemmelse med de grunnleggende kravene:

32 It should be recalled that, at paragraphs 44 and 45 and in the operative part of Lianakis, the Court interpreted Directive 92/50 read in the light of the principle of equal treatment of economic operators and the ensuing obligation of transparency. Accordingly, the legality of the use of sub-criteria and the corresponding weighting must always be assessed on the basis of those principles. The Court did not establish a total or absolute ban on contracting authorities' specifying in more detail a criterion previously brought to the tenderers' attention and giving it weighting.

- (40) I premiss 33 i Evropaïki Dynamiki fremgår det at den etterfølgende fastsettelsen av underkriteriene må *"correspond in essence to the criteria previously brought to the tenderers' attention"*. Ved fastsettelsen av underkriterier og tilhørende vekting uttaler domstolen at oppdragsgiver *"must be able to have some leeway in carrying out its task"*. Dette innebærer at oppdragsgiver *"without amending the contract award criteria"* kan *"structure its own work of examining and analysing the submitted tenders"* jf. avgjørelsens premiss 35.
- (41) Basert på C-532/06 (Lianakis) og C-252/10 (Evropaïki Dynamiki mot EMSA) er det klart at etterfølgende konkretisering av tildelingskriteriene bare kan gjøres innenfor rammene av de grunnleggende prinsippene i EU-retten, hvor særlig likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet er understreket av EU-domstolen. EU-domstolen har i en rekke saker fremholdt at likebehandlingsprinsippet innebærer at tilbyderne skal behandles likt både ved utarbeidelsen av tilbudene, og når oppdragsgiver vurderer tilbudene. Tilsvarende har EU-domstolen uttalt at gjennomsiktighetsprinsippet skal gi mulighet for å verifisere at likebehandlingsprinsippet overholdes, og at det ikke er risiko for favorisering og vilkårlighet fra oppdragsgivers side.
- (42) EU-domstolens praksis indikerer at det er større rom for etterfølgende utdyping hvis det gis en rasjonell kommersiell begrunnelse for valget. Sak T-4/01 (Renco) av 25. februar 2003, gjaldt et slikt tilfelle. Saken gjaldt en femårig kontrakt for renovasjon og vedlikeholdsarbeid. Kontrakten gjaldt tre angitte tjenester og bygge- og anleggsarbeid, og tilbyderne skulle inngi pris for hver av disse (A, B og C). Ved evalueringen av tilbudene benyttet oppdragsgiver følgende formel: $5A + 5B + C$. Domstolen aksepterte dette med den begrunnelse at bruken av metoden var *"foreseeable and reasonable, particularly in the light of the duration of the contract in this case."*

- (43) Sak C-19/00 (SIAC) av 18. oktober 2001, kan også sies å gi uttrykk for en slik tilnærming. Saken gjaldt en kontrakt om blant annet legging av kloakkrør, avløpsrør og vannledninger. Konkurranses grunnlaget opplyste om det estimerte omfanget av arbeidene som skulle utføres. EU-domstolen tok stilling til hvorvidt det utgjorde et lovlig tildelingskriterium å tildele kontrakt til det tilbudet hvor oppdragsgivers kostnader *"is likely to be the lowest according to the professional opinion of an expert"*. Noe av bakgrunnen for metoden var et ønske om å unngå at forskjeller i prisingsstrategi medførte at oppdragsgiver risikerte å inngå avtale basert på et tilbud som ikke ville være det mest fordelaktige når kontrakten skulle utføres, se generaladvokatens uttalelse i premissene 45 flg. Domstolen aksepterte tildelingskriteriet så fremt det var klart angitt i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen. Om metoden for evaluering, var kravet at *"the professional opinion is based in all essential points on objective factors regarded in good professional practice as relevant and appropriate to the assessment made."* Når tildelingskriteriet, som på en relevant måte søkte å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, var klart tilkjennegitt, har tilbyderne også hatt tilstrekkelig informasjon til å innrette sine tilbud etter den metoden som skulle anvendes. Det er nettopp det rimelige og påregnelige ved den anvendte metodikk som på avgjørende måte skiller sakene T-4/01 (Renco), C-19/00 (SIAC) og C-252/10 (Evropaïki Dynamiki mot EMSA), fra sakene T-402/06 (Kommisjonen mot Spania) og C-532/06 (Lianakis), og som begrunner forskjellen i resultat. Flere av klagenemndas avgjørelser bygger også på en slik tilnærming, se eksempelvis nevnte sak 2013/127 og sak 2012/71.
- (44) Oppsummeringsvis innebærer altså EU-domstolens praksis at det i utgangspunktet er lovlig å utdype innholdet i et tildelingskriterium etter tilbudsfristen, så fremt den etterfølgende fastsettelsen av underkriteriene *"correspond in essence to the criteria previously brought to the tenderers' attention"*. Oppdragsgivere kan likevel ikke konkretisere tildelingskriteriet på en måte som, hvis dette hadde vært kjent på forhånd, kunne hatt betydning for tilbudsutformingen. Tildelingskriteriet kan ikke endres som følge av den etterfølgende konkretiseringen, og en etterfølgende konkretisering kan heller ikke bli bestemt basert på forhold som kan virke diskriminerende overfor en av tilbyderne. Videre må en etterfølgende konkretisering skje på en påregnelig og rimelig måte. Dette inkluderer også den metode for evaluering oppdragsgiver benytter.
- (45) Ettersom foreliggende konkurranse følger forskriften del II, er det også grunn til å nevne EU-domstolens avgjørelse i sak C-226/09, som gjaldt anskaffelse av en uprioritert tjeneste. En av problemstillingene i saken gjaldt fastsettelse av vekten til tildelingskriterier hvor vekten ikke var fastsatt på forhånd. Domstolen la til grunn samme norm som i C-331/04 (ATI EAC), men med noe større fleksibilitet for oppdragsgiver:
- Moreover, the relative weighting of the award criteria communicated to the members of the evaluation committee in the form of a matrix would not have provided potential tenderers, had they been aware of that weighting at the time the bids were prepared, with information which could have had a significant effect on that preparation and did not constitute an alteration of those criteria (see, to that effect, ATI EAC and Viaggi di Maio and Others, paragraph 32).*
- (46) Anvendelsen av den forholdsmessige metoden i foreliggende sak må derfor underlegges den testen EU-domstolen foreskriver i sak C-331/04 (ATI EAC), med den modifikasjon som følger av C-226/09.

- (47) I motsetning til i sak C-226/09, var vekten til priskriteriet i foreliggende sak angitt i konkurransegrunnlaget. Prisen skulle telle 60 %. Konkurransegrunnlaget ga ingen informasjon om hvilken poengberegningsmetode som ville bli benyttet ved evalueringen av de tilbudte priser.
- (48) Slik konkurransegrunnlaget var lagt opp, var tilbudssummen summen av prisene for det antall varer som var etterspurt i de 141 varelinjene. Innklagedes metode for prisevaluering tar utgangspunkt i den laveste prisen, og gir denne maksimal poengmessig uttelling. De øvrige tilbudene er gitt poeng avhengig av forholdet til laveste pris, etter formelen som angitt i premiss 10 ovenfor.
- (49) Metoden fører til at prisforskjellene mellom tilbudene får mindre betydning ved poengfastsettelsen enn den prosentmessige forskjellen fra det rimeligste tilbudet skulle tilsi, og diskrepansen tiltar desto større forskjell det er i pris.
- (50) Den forholdsmessige metode er ikke i seg selv ulovlig å benytte ved evalueringen av tilbudene i en konkurranse gjennomført etter regelverket for offentlige anskaffelser. Lovligheten av bruken av en poengsettingsmetode i en konkret konkurranse forutsetter imidlertid at bruken av den består den testen EU-domstolen foreskriver som nevnt ovenfor. Dette innebærer etter nemndas vurdering ikke at poengavstanden mellom laveste og høyeste pris må være den samme som mellom beste og dårligste tilbud for de andre tildelingskriteriene. Det innebærer heller ikke at det er et vilkår at bruken av en annen metode enn den benyttede ikke ville ha medført et annet resultat i konkurransen. Nemnda kan således ikke se at det er avgjørende at bruken av en annen metode ville ha medført et annet resultat i denne saken.
- (51) I foreliggende sak har bruken av den valgte metoden ført til at den faktiske forskjellen mellom laveste pris og valgte leverandørs pris på ca. 40 %, kun har gitt et poengmessig utslag på ca. 28 %. Konkurransegrunnlaget anga videre at tildelingskriteriet pris skulle ha en vekt på 60 %, og det var ikke gitt informasjon om metoden for evaluering. I en slik situasjon kan den forholdsmessige metode ikke anses egnet til å sikre den fastsatte vekten av tildelingskriteriet pris, noe som innebærer at de vilkår EU-domstolen har oppstilt ikke kan anses oppfylt. Dette representerer således et brudd på forskriften § 13-2 (2).

Inkonsekvent metodebruk

- (52) Som følge av konklusjonen ovenfor, hvor metoden for poengsetting av pris er ansett i strid med regelverket, finner ikke nemnda grunn til å gå inn på klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved inkonsekvent metodebruk for evaluering av pris og kvalitet.

Evaluering av tilbudene i forhold til tildelingskriteriet "Kvalitet"

- (53) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at kvalitetsvurderingen fremstår som vilkårlig, da enkeltprodukter uventet er tillagt avgjørende vekt.
- (54) Tilbyderne skulle inngi tilbud på til sammen 141 varelinjer, og tilbudene skulle vurderes på bakgrunn av besvarelse av kravspesifikasjonen, dokumentasjon på produktkvalitet og eventuelle garantier.
- (55) Klagers tilbud fikk lavere uttelling på tildelingskriteriet kvalitet fordi det ble tilbudt en løsning der kaffen ikke ble traktet direkte i serveringskannen, men måtte helles over.

- (56) Innklagede ønsket en løsning hvor kannene i varelinje 20 skulle kunne settes under kaffetrakteren i varelinje 80. I konkurransegrunnlaget kom imidlertid dette kun til uttrykk i prisskjemaet som en merknad til varelinje 80 hvor det stod *"For å sette kannen under"*.
- (57) Nemnda finner ikke grunnlag for å konstatere brudd på regelverket ved at innklagede gir poengmessig trekk for forskjellen i tilbudt kaffeløsning. Det er imidlertid på det rene at tilbudene ble vurdert slik at det tilnærmet ikke var kvalitetsmessige forskjeller for 139 av 141 varelinjer. Klager ble altså trukket 2,5 poeng av 10 mulige for de kvalitetsmessige svakhetene tilbudet hadde for 2 av 141 varelinjer. Selv om kaffeløsningen var en egenskap som var viktig for innklagede, kommer ikke dette tilstrekkelig klart til uttrykk i konkurransegrunnlaget. Ettersom konkurransegrunnlaget ikke gir tilstrekkelig klart uttrykk for betydningen av tilbudt kaffeløsning, har innklagede tillagt forskjellen i tilbudt kaffeløsning uforholdsmessig stor vekt ved evalueringen. Dette innebærer et brudd på kravet til forutberegnelighet.

Erstatning

- (58) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12.

Konklusjon:

Harstad kommune har brutt forskriften § 13-2 ved poengsettingen av forskjellene i pris.

Harstad kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å tillegge forskjellen i tilbudt kaffeløsning uforholdsmessig stor vekt ved evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk