



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Ulovlig tildelingskriterium. Evaluerings- eller prismodell.

Innklagede kunngjorde en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise av et avlastningshjem for barn og unge. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde oppstilt et ulovlig tildelingskriterium. Innklagede hadde ikke brutt regelverket ved å forhandle med valgte leverandør, og ved å legge valgte leverandørs reviderte tilbud til grunn ved evalueringen. Nemnda kom videre til at innklagede hadde brutt regelverket ved å benytte en ulovlig evalueringsmetode, men at bruddet ikke hadde påvirket utfallet av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 9. august 2024 i sak 2024/214

Klager: Agderbygg AS

Innklaget: Vennesla kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Christina Paulsen Melson og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Vennesla kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 6. november 2023 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise av et avlastningshjem for barn og unge i Moseidvegen. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 estimert til 25 millioner kroner. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget punkt 4.3 angitt til 4. desember 2023.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 at innklagede ville tildele kontrakt uten dialog med leverandørene, utover å foreta eventuelle avklaringer eller korrigeringer. Innklagede kunne likevel gjennomføre forhandlinger, etter tilbudene var mottatt, dersom innklagede vurderte det som hensiktsmessig. Videre ble det presisert følgende:

«Utvelgelsen av hvem det eventuelt skal forhandles med vil i så fall bli gjort etter en vurdering av tildelingskriteriene. Det presiseres at ingen leverandører kan forvente dialog om sitt tilbud og derfor må levere sitt beste tilbud.»
- (3) Tildeling av kontrakt ville skje basert på hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Tildelingskriteriet pris skulle vektes med 70 prosent, mens kvalitet skulle vektes med 30 prosent.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 9 fremgikk følgende om tildelingskriteriene:

Tildelingskriterium	Dokumentasjon	Vekt
Pris/totale kostnader Under dette kriteriet vurderes: - Total tilbudspris/ SUM for totalentreprisen	Ferdig utfylt prisskjema, jf. Bilag 3 Tilbuds- og prisskjema.	70 %

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- Regningsarbeider - Påslag til transport - Opsjonspriser		
Kvalitet Under dette kriteriet vurderes følgende underkriterium: - Gjennomføringsplan - Forslag til forbedringer - Prosjektets klimaregnskap – utslippsramme (jf. MOP 2.1 eller bedre) - Prosjektets sorteringsgrad (jf. MOP 4.2 eller bedre) - Eventuelle besparelser i prosjektet	Beskrives i del II Bilag 2 – Leverandørens besvarelse. Bruk kulepunkter som overskrifter slik at det klart fremgår hvilke besvarelser som inngår i hvert underkriterium.	30 %

- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 9.1.1 fremgikk det at pris skulle evalueres etter en lineær modell:

Modell	Forklaring	Valgt
Lineær	Beste pris tildeles 10 poeng. Beste pris * 2 tildeles 0 poeng.	☒

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 9.1.1 var det også opplyst om at prisevalueringen ville skje slik at «*beste tilbud vil gis best score*». Øvrige tilbud ville «*tildeles score etter relative avvik fra beste tilbud*».
- (7) Innen tilbudsfristen var det kommet inn tilbud fra 11 leverandører, herunder Agderbygg AS (heretter *klager*) og Aamodt Bygg AS (heretter *valgte leverandør*).
- (8) Innklagede foretok avklaringer med alle leverandørene etter tilbudsfristen, herunder klager. Temaene for avklaringene var i det vesentlige lik for alle leverandørene, med noen mindre variasjoner. Alle leverandørene ble bedt om å avklare utslippstall de forpliktet seg til, under henvisning til underkriteriet «*Prosjektets klimaregnskap*».
- (9) Klager oppnådde 7 vektete poeng ved evalueringen av priskriteriet, og 0,71 vektete poeng ved evalueringen av kvalitetskriteriet, totalt 7,71 poeng. Valgte leverandør oppnådde 5,95 vektete poeng ved prisevalueringen, og 3 vektete poeng ved evalueringen av kvalitetskriteriet, totalt 8,95 poeng. Leverandøren innstilt som nummer 2 oppnådde totalt 8,27 poeng.
- (10) Innklagede gikk i dialog gjennom skriftlige forhandlinger med innstilt leverandør, etter å ha evaluert alle tilbudene. Etter forhandlingene leverte valgte leverandør et revidert tilbud, hvor både pris og kvalitet var forbedret. Valgte leverandør reduserte prisen med 500 000 kroner, i tillegg til å redusere klimagassutslippet som førte til bedre score på underkriteriet «*Prosjektets klimaregnskap*».
- (11) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 20. februar 2024.

- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 9. februar 2024.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. august 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Tildelingskriteriet «*kvalitet*» er ulovlig. Innklagede har ikke definert hvordan kriteriet skal evalueres, og det er foretatt stor grad av skjønnsmessig vurdering. Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 8-11, i tillegg til anskaffelsesloven § 4.
- (15) Innklagede har brutt forskriften § 9-3 ved å opplyse om at det ikke var planlagt å gå i dialog med leverandørene. Innklagede gikk likevel i dialog med valgte leverandør. De øvrige leverandørene fikk ikke mulighet til å forbedre tilbudet sitt, og innklagede har dermed brutt anskaffelsesforskriften § 9-3 og kravet til likebehandling. Innklagede hadde heller ikke anledning til å legge til grunn valgte leverandørs reviderte tilbud i evalueringen.
- (16) Det var ikke informasjon om evalueringsmetode i konkurransegrunnlaget. Det var derfor ikke mulig å forstå hvordan evalueringen av kvalitetskriteriene skulle foregå.
- (17) I evalueringen av underkriteriet «*Prosjektets klimaregnskap*» og «*Prosjektets sorteringsgrad*» har innklagede benyttet en lineær modell som starter midt på skalaen fra 0-10. Det er ingen opplysninger i konkurransegrunnlaget som tilsier en slik evaluering eller at oppfyllelse av minstekravet gir 0 poeng.
- (18) Den lineære modellen er uegnet til å evaluere priskriteriet. Det er liten avstand mellom tilbudene, noe som medfører at den oppgitte metoden i realiteten ikke gir en 70 prosent vekting av tildelingskriteriet pris.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Tildelingskriteriet kvalitet med underkriterier er lovlig. Kriteriet er objektivt og har tilknytning til leveransen. Kvalitetskriteriet med underkriterier er heller ikke så skjønnspregede at de gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet.
- (20) Leverandørene har blitt likebehandlet. Innklagede hadde mulighet til å gå i dialog med leverandøren som hadde levert det beste tilbudet. Det følger av forskriften § 9-3 (2) at oppdragsgiver kan avgrense dialogen til én leverandør. Utvelgelsen av leverandører er i tråd med likebehandlingsprinsippet, ettersom utvelgelsen skjedde i samsvar med tildelingskriteriene. Valgte leverandørs reviderte tilbud skulle legges til grunn ved evalueringen av tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise av et avlastningshjem for barn og unge, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 estimert til 25 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger

anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Tildelingskriteriet «Kvalitet»

- (22) Klagenemnda skal først ta stilling til om tildelingskriteriet kvalitet er lovlig. Klager har vist til at tildelingskriteriet ikke oppfyller kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i anskaffelsesloven § 4. Videre mener klager at underkriteriene heller ikke er tilstrekkelig definert, ettersom innklagede ikke har angitt hvordan underkriteriene skal vektes mot hverandre.
- (23) Det følger av forskriften § 8-11 (1) at oppdragsgiveren skal velge tilbud på grunnlag av objektive tildelingskriterier som skal angis i prioritert rekkefølge. Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen og skal ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet, jf. forskriften § 8-11 (2). Ordlyden i bestemmelsen gir oppdragsgiver et vidt skjønn til å avgjøre hvilke tildelingskriterier som skal utpeke en vinner av konkurransen.
- (24) Tildelingskriteriene må utformes på en klar og utvetydig måte. Klarhetskravet innebærer at tildelingskriteriene skal gi en normalt påpasselig leverandør tilstrekkelig informasjon om hvilke egenskaper som er relevant ved bedømmelsen av kriteriet, jf. de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 4.
- (25) Tildeling av kontrakt skulle skje på bakgrunn av tildelingskriteriene pris og kvalitet. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at kvalitetskriteriet skulle vektes 30 prosent. Kriteriet skulle evalueres på bakgrunn av underkriteriene gjennomføringsplan, forslag til forbedringer, prosjektets klimaregnskap og utslippsramme, sorteringsgrad og eventuelle besparelser i prosjektet. Vurderingen skulle ta utgangspunkt i leverandørenes besvarelse.
- (26) Etter klagenemndas vurdering var det, ut ifra underkriteriene, forutsigbart for leverandørene hva innklagede kom til å legge vekt på ved evalueringen. Nemnda viser også til at det ikke er et krav om vekting av verken tildelingskriterier eller underkriterier i forskriften del II. I dette konkrete tilfellet har innklagede likevel angitt vektingen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, og lagt til grunn at hvert underkriterium skulle vektes likt. Denne løsningen fremstår som forutberegnelig.
- (27) På bakgrunn av det overnevnte er klagenemnda kommet til at tildelingskriteriet kvalitet er lovlig.

Forhandling med valgte leverandør

- (28) Det neste klagenemnda skal ta stilling til er om innklagede hadde adgang til å gå i dialog med leverandørene, ettersom det i konkurransegrunnlaget ble opplyst om at innklagede ikke hadde planer om å gjennomføre dialog.
- (29) Det følger av forskriften § 9-3 (3) at «*[o]ppdragsgiveren skal opplyse om han planlegger å gå i dialog med leverandørene. Dersom oppdragsgiveren planlegger dialog skal han angi hva dialogen vil gjelde og så vidt mulig beskrive hvordan dialogen vil bli gjennomført*».
- (30) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede hadde planer om å tildele kontakt uten å gå i dialog med leverandørene. Innklagede presiserte i konkurransegrunnlaget at

«ingen leverandør kan forvente dialog om sitt tilbud og derfor må levere sitt beste tilbud». Innklagede forbeholdt seg retten til å gå i dialog gjennom forhandlinger med en eller flere leverandører etter tilbudsfristen dersom det ble ansett som hensiktsmessig. Klagenemnda oppfatter konkurransegrunnlaget som at innklagede ikke hadde planlagt dialog med leverandørene. Det klare utgangspunktet er at oppdragsgiver ikke blir bundet av hva han «planlegger». Oppdragsgiveren plikter kun å angi hva han «planlegger» å gjøre, og har rett til å ombestemme seg, se klagenemndas avgjørelse i sak 2019/670 avsnitt 29 med videre henvisninger. Innklagede hadde dermed adgang til å gå i dialog.

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å forhandle med innstilt leverandør etter tilbudsfristen. De øvrige leverandørene ble ikke gitt denne muligheten.
- (32) Det følger av forskriften § 9-3 (2) at oppdragsgiver «kan» ha dialog med en eller flere leverandører. Utvelgelsen av leverandører må imidlertid skje i samsvar med likebehandlingsprinsippet.
- (33) Kravet til likebehandling innebærer blant annet at oppdragsgiver må foreta en saklig og objektiv utvelgelse av leverandørene. Oppdragsgiver kan dermed kun gå i forhandlinger med de best rangerte tilbudene etter tildelingskriteriene, dersom ikke alle leverandørene inviteres til dialogen, se Prop. 51 L (2015-216) punkt 12.1.4.3.2.
- (34) Innklagede foretok avklaringer med alle leverandørene, før innklagede evaluerte tilbudene på bakgrunn av tildelingskriteriene. Innklagede gikk deretter i dialog/forhandlinger med leverandøren som hadde levert det beste tilbudet. Etter nemndas vurdering skjedde utvelgelsen ut ifra en saklig og objektiv vurdering av tildelingskriteriene.
- (35) Klagenemnda bemerker også at når innklagede hadde adgang til å gjennomføre forhandlinger med beste tilbyder, er det valgte leverandørs endelige tilbud som skal legges til grunn ved tildelingen. Nemnda viser nok en gang til at innklagede har ivaretatt hensynet til likebehandling når innklagede gjennomførte dialogen med valgte leverandør.
- (36) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede ikke har brutt prinsippet til likebehandling ved å forhandle med valgte leverandør.

Anførsler om evalueringsmetode

- (37) Klager har anført at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt informasjon om evalueringsmetode. Det var derfor ikke mulig å forstå hvordan evalueringen av kvalitetskriteriene skulle foregå.
- (38) Det tilligger oppdragsgivers skjønn å fastsette metode for evaluering av tilbudene. Evalueringsmodellen kan imidlertid ikke føre til en endring av tildelingskriterienes vekt. Det avgjørende er om evalueringsmodellen premierer relevante forskjeller. Forskriften del II regulerer ikke spørsmålet om oppdragsgiver er forpliktet til å angi evalueringsmodellen i konkurransegrunnlaget. For anskaffelser etter forskriften del III følger det av rettspraksis at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å angi evalueringsmetoden i konkurransegrunnlaget, se EU-domstolens avgjørelse C-6/15 *Dimarso*. Selve metoden må imidlertid fastsettes før tilbudene er åpnet, med mindre oppdragsgiver godtgjør at dette ikke er praktisk mulig. Klagenemnda bemerker at det ikke kan stilles strengere krav til angivelse av evalueringsmetode i del II enn etter reglene i del III. Slik denne saken er

opplyst er det ikke holdepunkter for at evalueringsmetoden ikke var fastsatt før tilbudene ble åpnet. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

- (39) Klager anfører videre at innklagede har benyttet en lineær modell som bare bruker halvparten av poengskalaen i evalueringen av underkriteriene «*Prosjektets klimaregnskap*» og «*Prosjektets sorteringsgrad*». Klager mener det ikke er opplysninger i konkurransegrunnlaget som tilsier en slik evalueringsform eller at oppfyllelse av minstekravet gir 0 poeng.
- (40) Etter klagenemndas oppfatning fremgår det klart av underkriteriene «*Prosjektets klimaregnskap*» og «*Prosjektets sorteringsgrad*» at det var meroppfyllelse utover minstekravene i MOP 2.1 og 4.2 som var gjenstand for evaluering. At en oppfyllelse av minstekravene ga 0 poeng må dermed ha fremstått som forutberegnelig for leverandørene.
- (41) I evalueringen av underkriteriet «*Prosjektet klimaregnskap*» var den laveste evalueringsscoren 4,59 poeng. Denne scoren ble fastsatt basert på det beste tilbudet, og det relative avviket fra dette. Klagenemnda bemerker at dersom det beste tilbudet hadde tilbudt et lavere klimagassutslipp, så hadde laveste tilbud oppnådd en lavere score enn 4,59 poeng. Hvorvidt hele skalaen ble benyttet ville derfor avhenge av de innkomne tilbudene. Basert på de innkomne tilbudene har klagenemnda kommet til at de relevante forskjellene mellom tilbudene er reflektert i evalueringsscoren. Modellen er lovlig, og klagers anførsel fører ikke frem.
- (42) I evalueringen av underkriteriet «*Prosjektets sorteringsgrad*» har alle leverandører som har tilbudt meroppfyllelse av minstekravet oppnådd over 9 poeng. Minstekravet var en sorteringsgrad på 90 prosent, og meroppfyllelsen varierte fra 93 - 98 prosent. Dette viser at de relative forskjellene har fått liten betydning, og at modellen er uegnet til å premiere relevante forskjeller. Innklagede har dermed brutt regelverket ved å benytte en ulovlig evalueringsmetode på underkriteriet «*Prosjektets sorteringsgrad*».
- (43) Klagenemnda bemerker imidlertid at valgte leverandørs tilbud under enhver omstendighet skulle oppnådd beste score på underkriteriet, og at klager ikke skulle fått uttelling i evalueringen fordi klager ikke tilbød en sorteringsgrad over minstekravet. Leverandørene kunne maksimalt oppnå 0,6 poeng på underkriteriet, og avstanden fra valgte leverandør til nummer 2 utgjorde totalt 0,68 poeng. Som en følge av dette har ikke innklagedes brudd på regelverket endret utfallet av konkurransen.
- (44) Klager har også anført at innklagede, ved evalueringen av de resterende tre underkriteriene, har brukt en ukjent tredelt skala som gir innklagede en ubegrenset skjønnsfrihet.
- (45) Innklagede har redegjort for at underkriteriene er evaluert ut fra tilbudenes relative avvik fra beste tilbud. Videre har innklagede delt poengskalaen inn i tre hovedintervaller for å forklare poengskalaen. Tilbud som var «*svært mye svakere enn det beste tilbudet*» oppnådde poeng i intervallet 1-3 poeng, tilbud som var «*svakere enn det beste tilbudet på vesentlige punkter*» oppnådde poeng i intervallet 4-6 poeng, og tilbud som var «*tett opp mot det beste tilbudet, men med enkelte svakheter*» oppnådde poeng i intervallet 7-9 poeng. Klagenemnda har ingen innvendinger til denne forklaringen, og kan ikke se at klager har vist til konkrete holdepunkter for at metoden har gitt vilkårlige utslag. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (46) Klager anfører at den lineære evalueringsmodellen for priskriteriet er uegnet ettersom det er liten avstand mellom tilbudene. Dette medfører at modellen i realiteten ikke gir en 70 prosent vektning av priskriteriet.
- (47) Utgangspunktet er at valget av evalueringsmodell tilfaller oppdragsgiver. Dette valget kan bare i begrenset grad overprøves rettslig. Spørsmålet er ikke hvorvidt modellen er optimal, men om den er lovlig. Dersom evalueringsmodellen er gjort kjent i anskaffelsesdokumentene, vil terskelen for å sette denne til side være høy, jf. blant annet klagenemndas sak 2022/881 avsnitt 37 med videre henvisninger.
- (48) I vår sak beror dette på om den valgte evalueringsmodellen er egnet til å identifisere og premiere relevante prisforskjeller mellom tilbudene – og på denne måten ivareta den fastsatte vekten av priskriteriet, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-6/15 *Dimarso* premiss 32, hvor det fremgår at oppdragsgivers valg av evalueringsmodell «*ikke [kan] føre til en ændring af tildelingskriteriene eller en ændring af den relative vægtning heraf*».
- (49) Klager har vist til at det er liten prismessig avstand mellom tilbudene, og mener at dette medfører at den oppgitte modellen i realiteten ikke gir en 70 prosent vektning av prisen. Klagenemnda er ikke enig i at små forskjeller i pris gjør at modellen ikke ivaretar den fastsatte vektningen. For at modellen skal premiere relevante forskjeller mellom tilbudene, er det naturlig at små prisforskjeller også gir små poengutslag. Klager har heller ikke vist til konkrete holdepunkter for at metoden har gitt vilkårlige utslag. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Vennesla kommune har ikke brutt anskaffelsesverket ved å oppstille et ulovlig tildelingskriterium, jf. forskriften § 8-11 (1).

Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å forhandle med valgte leverandør og ved å legge valgte leverandørs reviderte tilbud til grunn ved evalueringen, jf. forskriften § 9-3 (2).

Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å benytte en ulovlig evalueringsmetode på ett av underkriteriene. Bruddet har ikke påvirket utfallet av konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne S. Torkelsen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur