



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tilbudsevaluering. Begrunnelse. De generelle kravene i § 4.

Saken gjelder bygging av ny basketballhall/flerbrukshall i Vennesla kommune. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å gi en mangelfull begrunnelse. Klager anførte subsidiært at underkriteriet «Prosjektets sorteringsgrad i byggefase, meroppfyllelse» var ulovlig. Klagenemnda kom til at innklagedes begrunnelse var mangelfull og ikke oppfylte begrunnelsesplikten, men at feilen ikke hadde innvirket på utfallet av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 5. februar 2025 i sak 2024/1940

Klager: Backe Sør AS

Innklaget: Vennesla kommune

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Elisabeth Wiik og Hallgrim Fagervold

Bakgrunn:

- (1) Vennesla kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 19. august 2024 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for oppføring av ny basketball-/flerbrukshall. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 60 millioner kroner. Tilbudsfristen var først 23. september 2024, men tilbudsfristen ble utsatt til 26. september 2024 etter at konkurransen ble kunngjort på nytt 17. september 2024.
- (2) Tildeling av kontrakt skulle skje på bakgrunn av tildelingskriteriene «*Pris/totale kostnader*» (vektet 40 prosent), «*Kvalitet*» (vektet 30 prosent) og «*Miljø og klima*» (vektet 30 prosent). Tildelingskriteriet «*Miljø og Klima*» var beskrevet slik:

Tildelingskriterium	Dokumentasjon	Vekt
Miljø og klima - Prosjektets meroppfyllelse av utslippsramme (jf. bilag 1a, kap. 7 RIM – MOP 2.1 eller bedre) - Prosjektets sorteringsgrad i byggefase, meroppfyllelse (jf. bilag 1a, kap. 7 RIM – MOP 4.2 eller bedre)	Beskrives i del II bilag 2 – Leverandørens løsningsbeskrivelse. Bruk kulepunkter som overskrifter slik at det klart fremgår hvilke besvarelser som inngår i hvert underkriterium.	30 %

- (3) Kravet i bilag 1a, kap. 7 RIM – MOP 4.2 om sorteringsgrad var følgende:

«4.2 Avfallssortering Det skal oppnås en sorteringsgrad på byggeplassen på minimum 90 %».

- (4) Av konkurransereglene punkt 11.1.2 «*Evaluering av kvalitet og miljø*» fulgte det at:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«Evalueringen vil skje slik at beste tilbud, vurdert etter oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, vil gis beste score (10). Øvrige tilbud vil tildeles score etter relative avvik fra beste tilbud».

- (5) Innklagende mottok ti tilbud innen tilbudsfristen, heriblant fra Aamodt Bygg AS (heretter *valgte leverandør*) og Backe Sør AS (heretter *klager*).
- (6) I tildelingsbeslutningen 1. november 2024 opplyste innklagede at de hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Klager ble rangert som nummer 2. Under evalueringen av underkriteriet *«Prosjektets sorteringsgrad i byggefase, meroppfyllelse»* oppga innklagede at valgte leverandør hadde *«oppgitt et mål om sorteringsgrad på 100%, men er gitt trekk for manglende forpliktelse på dette punktet»*.
- (7) I innstillingsnotatet fulgte det at:

«Aamodt Bygg har oppgitt et mål om sorteringsgrad på 100%, men har ikke forpliktet seg til dette. Dette har gitt et trekk i score på -4 poeng på dette underkriteriet, ettersom oppdragsgiver ikke vil ha mulighet til å kontraktsmessig etterfølge målet på 100%».
- (8) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 8. november 2024. I klagen ble det vist til at det ikke er mulig å vektlegge ikke-bindende utsagn, og fremsatt påstand om at innklagede hadde foretatt en ulovlig tilbudsevaluering. Klager viste til at evalueringen hadde påvirket resultatet, og anførte at klager skulle ha vunnet konkurransen. Klager oppfordret dermed innklagede til å omgjøre tildelingsbeslutningen.
- (9) Innklagede avviste klagen på tildelingsbeslutningen den 14. november 2024. Innklagede viste først til at klagen både var naturlig og korrekt utfra begrunnelsene i tildelingsbrevet og innstillingsnotatet. Innklagede argumenterte imidlertid med at begrunnelsen var klønete formulert. Videre argumenterte innklagede med at tilbudet til valgte leverandør inkluderte en rekke forpliktende tiltak som etter innklagede sin vurdering ville medføre at tilbudet vil oppnå en meroppfyllelse sorteringsgrad langt over 90 prosent. Dette var konkrete og forpliktende tiltak knyttet til *«organisering av byggeplass og avfallssystem, opplæring av og informasjon til arbeidarer på byggeplass, plassering av ansvar for avfallshandtering og avtaler om etterhandtering av avfall»*. Basert på disse tiltakene vurderte innklagede at målet til valgte leverandør var understøttet, og innklagede la til grunn at tiltakene som minimum ville innebære en sorteringsgrad tilsvarende 96 prosent. Tilbudet til valgte leverandør ble vurdert utelukkende basert på de disse konkrete og forpliktende tiltakene, og evalueringen var dermed lovlig.
- (10) Klager opprettholdt klagen 15. november 2024, og ba om å få oversendt informasjon som bekreftet at valgte leverandør sitt tilbud var forpliktende.
- (11) Innklagede avviste innsynsbegjæringen og klagen på tildelingen den 27. november 2024. Innklagede viste til at det ikke fulgte av konkurransegrunnlaget at tilbyderne måtte oppgi en forpliktende sorteringsgrad for å få uttelling. Valgte leverandør hadde oppgitt forpliktende tiltak, i tillegg til et uforpliktende mål om 100 prosent sorteringsgrad. Innklagedes evalueringsgruppe vurderte at valgte leverandørs tiltak ville gi en sorteringsgrad oppimot 100 prosent. Denne vurderingen bygget på erfaring fra andre prosjekter, heriblant et prosjekt med valgte leverandør hvor to av tiltakene var implementert og hadde oppnådd en sorteringsgrad på 98 prosent. Innklagede gav likevel

et skjønnsmessig fratrekk med en sikkerhetsmargin, slik at valgte leverandør fikk en uttelling tilsvarende en forpliktende sorteringsgrad på 96 prosent.

- (12) Klagen ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. desember 2024.
- (13) Innklagede har bekreftet at de vil avvente kontraktsinngåelse til saken er behandlet av klagenemnda.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. februar 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har foretatt en ulovlig tilbudsevaluering, fordi evalueringen strider med kravene i anskaffelsesloven § 4 og anskaffelsesforskriften § 18-1. Valgte leverandør hadde ikke forpliktet seg til konkrete tiltak, jf. formuleringene i tildelingsbrevet og innstillingsnotatet, slik at tilbudet til valgte leverandør ikke kunne gis uttelling under underkriteriet om sorteringsgrad.
- (16) Dersom klagenemnda finner at valgte leverandør hadde forpliktet seg til konkrete tiltak kan ikke disse vektlegges, ettersom underkriteriet «*Prosjektets sorteringsgrad i byggefase, meroppfyllelse*» oppstiller krav om at leverandøren forpliktet seg til en prosentvis sorteringsgrad utover minimumskravet på 90 prosent for å få uttelling. Innklagede hadde ikke mulighet til å foreta en nærmere vurdering av hvilken sorteringsgrad tilbydere som ikke oppgav en spesifikk meroppfyllelse i prosent hadde sannsynliggjort å oppnå gjennom beskrivelser av tiltak. Dette underbygges av at innklagede ikke vil kunne kontraktmessig etterprøve valgte leverandør dersom de ikke når innklagedes estimat på 96 prosent, men overstiger minstekravet på 90 prosent sorteringsgrad. Valgte leverandør skulle dermed vært tildelt null poeng på dette underkriteriet.
- (17) Innklagede har brutt kravet om likebehandling etter anskaffelsesloven § 4 ettersom innklagede kun foretok en konkret vurdering basert på forpliktende tiltak hos leverandørene som ikke oppga en forpliktende prosentvis sorteringsgrad. Det foreligger også brudd på likebehandlingsprinsippet etter anskaffelsesloven § 4, siden innklagede har vektlagt at valgte leverandør i et annet prosjekt for innklagede oppnådde 98 prosent sorteringsgrad med de samme tiltakene.
- (18) Klager har ingen mulighet til å etterprøve innklagedes vurderinger om at tilbudet til valgte leverandør likevel var forpliktende. Begrunnelsen til innklagede er dermed i strid med forskriften § 25-1 og kravene til etterprøvbarhet i anskaffelsesloven § 4.
- (19) Dersom klagenemnda skulle komme til at innklagede har mulighet til å foreta en konkret vurdering av tilbyderens forpliktende tiltak, anføres det subsidiært at underkriteriet er ulovlig. Underkriteriet er ikke utformet på en måte som er egnet til å ivareta prinsippene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet, jf. anskaffelsesloven § 4. Underkriteriet er i tillegg så skjønnspreget at det gir innklagede ubegrenset valgfrihet i strid med forskriften § 18-1 (5). Dette underbygges av at underkriteriet ikke var ledsaget av et tilstrekkelig dokumentasjonskrav for å foreta en effektiv kontroll av tilbudene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagedes tilbudsevaluering var forsvarlig og innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn som oppdragsgiver. Tildelingskriteriet overlater til leverandørene å avgjøre hvordan deres konkrete forpliktelser kommer til uttrykk i tilbudene som leveres. Innklagede kunne dermed gi valgte leverandør uttelling for de fire konkrete og forpliktende tiltakene som valgte leverandør hadde oppgitt i sitt tilbud, som innklagede i tilbudsevalueringen vurderte at ville tilsvare en sorteringsgrad på 96 prosent.
- (21) Dersom klagenemnda mot formodning kommer til at tilbudsevalueringen var ulovlig, må tildelingskriteriet anses uklart. Tre av ni tilbydere forstod konkurransegrunnlaget likt som innklagede, slik at det ikke var nødvendig å oppstille en spesifikk prosent for sorteringsgradens, så lenge tilbudet anga forpliktende tiltak for å oppnå meroppfyllelsen. Dersom klagenemnda skulle finne at tildelingskriteriet er ulovlig, ber innklagede klagenemnda i tillegg om å ta stilling til om det foreligger avlysningsplikt.
- (22) Vurderingen er i tråd med anskaffelseslovens krav til likebehandling i § 4. Innklagede vektla i sin vurdering erfaring med de konkrete tiltakenes effekt på sorteringsgrad. At oppdragsgiver har erfaring med disse tiltakene fra valgte leverandør var kun ment som et eksempel for illustrasjon.
- (23) Innklagede gav en tilstrekkelig begrunnelse. At innklagede ikke har gitt ytterligere begrunnelse, slik klager ønsker, er for å overholde lovkravet om at innklagede ikke kan avsløre forretningshemmeligheter i tilbudene, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningslova § 13.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for ny basketball-/flerbrukshall som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 60 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Lovligheten av tildelingskriteriet

- (25) Det første spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er om underkriteriet «*Prosjektets sorteringsgrad i byggefase, meroppfyllelse (jf. bilag 1a, kap. 7 RIM – MOP 4.2 eller bedre)*» er lovlig. Lovlighetsspørsmålet er riktignok partenes subsidiære anførsel, men nemnda tar stilling til spørsmålet innledningsvis fordi resultatet har betydning for partenes primære anførsler knyttet til tilbudsevalueringen.
- (26) Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiveren selv bestemmer hva som skal anskaffes, herunder også hvilke krav og spesifikasjoner som skal stilles for å oppnå dette, se eksempelvis klagenemndas sak 2024/813 avsnitt 24.
- (27) Det følger av kravet til forutberegnelighet at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 62 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC) avsnitt 42. Konkurransegrunnlaget må gi de opplysningene som er nødvendig for at leverandørene

skal kunne gi tilbud på likt grunnlag. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. anskaffelsesforskriften § 14-1 (5).

- (28) Om kravene fremstår klare og utvetydige beror på en helhetlig vurdering. Det sentrale i denne vurderingen er om leverandørene rent faktisk var i stand til å forstå tildelingskriteriet. Det skal i den forbindelse tas hensyn til om leverandørene har vært i stand til å gi tilbud, og om det før tilbudsfristen er bedt om avklaringer, jf. underrettens avgjørelse i sak T-10/17 med videre henvisning til sak C-358/15 (eVigilo). Utgangspunktet for tolkningen er den objektive forståelsen av ordlyden i konkurransegrunnlaget. Også andre momenter kan ha relevans, som for eksempel formålet med anskaffelsen, hva kontrakten går ut på, hvilke dokumentasjonskrav som er satt, samt sammenhengen med de ulike bestemmelsene i konkurransegrunnlaget, jf. blant annet klagenemndas sak 2024/759 avsnitt 26.
- (29) Av bilag 1a, kap. 7 RIM – MOP 4.2 som skulle benyttes for underkriteriet om sorteringsgrad fulgte det at «*Det skal oppnås en sorteringsgrad på byggeplassen på minimum 90 %*». Dokumentasjonskravet var at leverandørene skulle levere en løsningsbeskrivelse, hvor det skulle brukes kulepunkter som overskrifter slik at det klart fremgikk hvilke besvarelser som inngår for hvert underkriterium.
- (30) Etter ordlyden oppstilte tildelingskriteriet et minimumskrav om sorteringsgrad på 90 prosent, hvor tilbudene skulle gis uttelling for meroppfyllelsen leverandøren forpliktet seg til. Ordlyden åpner dermed for at tilbudene enten kan vise til en forpliktende prosent eller til tiltak som vil gi en forpliktende meroppfyllelse av underkriteriet.
- (31) Etter klagenemndas syn legger underkriteriets krav opp til en vurdering knyttet til objektive holdepunkter i tilbudene. Det er meroppfyllelsen av sorteringsgraden det gis uttelling for. Riktignok vil vurderingen i større grad være skjønnspreget dersom tilbudet kun angir forpliktende tiltak heller enn forpliktende prosentvis sorteringsgrad. Nemnda kan imidlertid ikke se at dette medfører en ubegrenset valgfrihet i evalueringen av tilbudene. Klagers anførsel har dermed ikke ført frem.
- (32) Nemnda har etter dette kommet til at underkriteriet «*Prosjektets sorteringsgrad i byggefase, meroppfyllelse (jf. bilag 1a, kap. 7 RIM – MOP 4.2 eller bedre)*» er lovlig.

Lovligheten av tilbudsevalueringen

- (33) Det neste klagenemnda må ta stilling til er om innklagede har foretatt en lovlig tilbudsevaluering av underkriteriet «*Prosjektets sorteringsgrad i byggefase, meroppfyllelse (jf. bilag 1a, kap. 7 RIM – MOP 4.2 eller bedre)*».
- (34) Klagenemnda skal ikke foreta en ny evaluering av tilbudene. Det som kan prøves, er om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, om evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, se Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 42 til 44.
- (35) Av tildelingsbrevet fulgte det at valgte leverandør var «*gitt et trekk i score på -4 poeng på dette underkriteriet, ettersom oppdragsgiver ikke vil ha mulighet til å kontraktsmessig etterfølge målet på 100%*». Klagenemnda har i en rekke saker har slått fast at det ikke er mulig å gi uttelling for uforpliktende tiltak ved evalueringen av tildelingskriterier, se eksempelvis klagenemndas sak 2024/296 avsnitt 18. Innklagede er enig med klager i at

tildelingsbrevet og innstillingsnotatet, slik disse var formulert, medførte at innklagedes tilbudsevaluering fremstod ulovlig.

- (36) Innklagede fremholder at tildelingsbrevet gir uttrykk for en mer begrenset tilbudsevaluering enn innklagede faktisk hadde foretatt. Ettersom begrunnelsen i tildelingsbrevet må gi uttrykk for de vurderingene som faktisk er gjort, foreligger det brudd på begrunnelsesplikten i anskaffelsesforskriften § 25-1 og kravet til etterprøvbarhet i anskaffelsesloven § 4. Dette synes heller ikke å være bestridt av innklagede.
- (37) I etterkant har innklagede presisert at valgte leverandørs tilbud også inneholdt forpliktende tiltak. Detaljene knyttet til gjennomføringen av disse tiltakene er underlagt taushetsplikt. Klagenemnda bemerker at reglene om taushetsplikt vil begrense innklagedes mulighet til å gi en utfyllende begrunnelse. En generell opplysning om at tilbudet var forpliktende vil likevel ikke være tilstrekkelig informasjon til å vurdere lovligheten av tilbudsevalueringen. Dette gjelder selv om dokumentene som oppdragsgivers vurderinger er knyttet til, er underlagt taushetsplikt og unntatt innsyn, se til sml. klagenemndas sak 2023/392 avsnitt 36.
- (38) I den foreliggende saken har innklagede pekt på fire konkrete og forpliktende tiltak som gjaldt *«organisering av byggeplass og avfallssystem, opplæring av og informasjon til arbeidarer på byggeplass, plassering av ansvar for avfallshandtering og avtaler om etterhandtering av avfall»*. Innklagede har videre vist til at de har erfaring med liknende tiltak fra andre prosjekter hvor tiltakene ga en sorteringsgrad opp mot hundre prosent. Innenfor rammen av taushetsplikten er disse redegjørelsene mer enn en generell opplysning om at det foreligger bindende forpliktelser. De fire tiltakene er spesifiserte, konkrete og praktiske. Dette gjør det mulig å forstå hvorfor oppdragsgiver har ansett forpliktelsene som bindende, håndhevbare og kvantifiserbare.
- (39) I lys av innklagedes redegjørelse har klagenemnda funnet det forsvarlig at innklagede har lagt til grunn at valgte leverandørs tilbud inneholdt forpliktende tiltak. Evalueringen ligger derfor innenfor tildelingskriteriets rammer, jf. avsnitt 30 foran. Slik saken er opplyst, kan nemnda heller ikke se at evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4.
- (40) Følgelig har klagers anførsler om at innklagedes tilbudsevaluering er ulovlig ikke ført frem. Begrunnelsen som ble gitt samtidig med tildelingen tilfredsstilte ikke begrunnelsesplikten. Feilen har likevel ikke påvirket utfallet av konkurransen, og gir ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforskriften § 13

Konklusjon:

Vennesla kommune oppfylte ikke begrunnelsesplikten i anskaffelsesforskriften § 25-1. Feilen har likevel ikke påvirket utfallet av konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tarjei Bekkedal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

