



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Tildelingsevaluering. De generelle kravene i loven § 4.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om rehabilitering av Nordby- og Smiehagentunnelen. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriene oppdragsgjennomføring og pris. Dissens.*

### Klagenemndas avgjørelse 28. januar 2019 i sak 2017/150

**Klager:** Consto Anlegg Øst AS

**Innklaget:** Statens vegvesen Region øst

#### Klagenemndas

**medlemmer:** Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

#### Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region øst (innklagede) kunngjorde 18. april 2017 en åpen anbudskonkurranse om rehabilitering av Nordby- og Smiehagentunnelen. Anskaffelsens verdi ble estimert til 250 millioner kroner. Tilbudsfrist var 29. mai 2017.
- (2) Kontrakt ville tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, basert på tildelingskriteriene pris (70 prosent), oppdragsgjennomføring (15 prosent) og oppdragsorganisasjon (15 prosent).
- (3) Om evalueringen av tildelingskriteriene var følgende angitt:

*«For hvert av tildelingskriteriene vil det bli gitt en karakter på skalaen 0-5. Den eller de tilbyderne som har det beste tilbudet vil få karakter 5. Øvrige tilbud vil få et prosentmessig trekk regnet fra det beste tilbudet.»*

- (4) Det var angitt i konkurransegrunnlaget at «Primært skal arbeidene utføres i ett løp om gangen, med trafikk i det andre løpet. Arbeid i dagsone og i tunnel skal hovedsakelig utføres som nattarbeid». Det var angitt to unntak fra dette utgangspunktet:

#### «Unntak 1:

*Høsten 2017 skal nordgående løp i Nordby stenges hele døgnet i ca 12 uker i forbindelse med fjelluttak for 3 tekniske rom. I den samme perioden skal det utføres fjellsikring bak hvelv, demontering av PE-skum og remontering av nytt PE-skum med sprøytebetong. Oppgraving av bankett for nye trekkerør og tilbakeføring, samt noe VA-arbeid ved utgang av tunnel. I den helstengte perioden kan ikke entreprenør påberope seg å utføre annet arbeid enn det som er planlagt utført i stengeperioden (Nordbytunnelens nordgående løp).*

#### Postadresse

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

#### Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
Nettside: [www.kofa.no](http://www.kofa.no)

## Unntak 2:

*Høsten 2018 skal sydgående løp i Nordby og Smiehagen stenges hele døgnet i ca 9 uker. Arbeidene i Nordbytunnelen består av fjellsikring bak hvelv, demontering av PE-skum og remontering av nytt PE-skum med sprøytebetong. Oppgraving av bankett for nye trekkerør og tilbakeføring, samt noe VA-arbeid ved utgang av tunnel. Arbeid i Smieagentunnelen består av rivning av asfalt, fjerning av Cg og reetablering av veioppbygning. Grøfter for kabler i forbindelse med ny veioppbygning. I den helstengte perioden kan ikke entreprenør påberope seg å utføre annet arbeid enn det som er planlagt utført i stengeperioden (Nordbytunnelens sydgående løp og Smieagentunnelen).*

*Stengningen vil medføre store trafikale utfordringer i områdene. Det er derfor lagt vekt på at arbeidene gjennomføres så raskt som mulig, og innenfor gitte frister.*

*Arbeidsgrunnlaget vil være tegningsbasert.»*

- (5) I konkurransegrunnlaget var kontraktens delfrister definert. Det var angitt at nordgående løp ville holdes stengt i perioden 15. august 2017 til 14. november 2017. Om denne perioden var det angitt:

*«Arbeider som skal utføres i stengeperioden:*

- Fjelluttak 3 stk tekniske rom skal tas ut i parallell*
- Fjellsikring bak tunnelhvelv, inkluderer de- og remontering av hvelv.*
- PE-skum/sprøytebetong, gammelt rives og nytt monteres og påføres sprøytebetong.*
- Føringsveier i bankett, en side graves opp i tunnelens lengde og fulle igjen og asfalteres*
- VA arbeider v/tunnelmunning, ca 250 meter grøft i vei*
- Montasje av bolter til nye vifter og galger.*

*ALLE ARBEIDER SKAL VÆRE UTFØRT SLIK AT NORMAL TRAFIKK KAN PÅSETTES VED FRISTENS UTLØP»*

- (6) Det var videre angitt at sydgående løp ville holdes stengt i perioden 13. august 2018 til 20. oktober 2018. Følgende var angitt om arbeider som skulle utføres i stengeperioden:

*«Smiehagen:*

- Føringsveier skal etableres i vei (vifter og annet teknisk utstyr)*
- VA arbeider i vei.*
- Rivning av asfalt, Cg og isolasjon.*
- Reetablering av komplett vei, inkluderer, ny isolasjon, helstøpt betongplate, asfaltering og veimerking*
- Montasje av bolter til nye vifter og galger.*

Nordby:

- Fjellsikring bak tunnelhvelv, inkluderer de- og montering av hvelv.
  - PE-skum/sprøytebetong, gammelt rives og nytt monteres og påføres sprøytebetong.
  - Føringsveier i bankett, en side graves opp i tunnelens lengde og fylles igjen og asfalteres.
- VA arbeider v/tunnelmunning, ca 250 meter grøft i vei
- Montasje av bolter til nye vifter og galger.

*ALLE ARBEIDER SKAL VÆRE UTFØRT SLIK AT NORMAL TRAFIKK KAN PÅSETTES VED FRISTENS UTLØP»*

- (7) Konkurranses grunnlag del D inneholdt den tekniske beskrivelsen av oppdraget. Her var det blant annet angitt:

*«[...] Berguttaket skal skje i to etapper når det ene tunnellopet er helstengt, jf. faseplaner. Fra nordgående tunnellop skal det tas ut berg, ikke nærmere enn at det gjenstår min. 3 meter bergstappe mot sørgående løp. Resterende uttak skal skje fra det sørgående tunnellopet. [...]»*

- (8) Det ble avholdt tilbudsbehandling 3. mai 2017. I referatet fra tilbudsbehandlingen fremgikk følgende om fjelluttak:

*«Videre ble det informert om angrepspunkt for fjelluttak i Nordbytunnelen, hvor vegg inn mot nordgående løp ved de tekniske rommene rives. (ca 8 meter ved hvert teknisk rom). Fjelluttaket gjøres fra det nordgående løpet med inntil 2/3 av volumet er tatt ut. Dette arbeid skal pågå døgntilstand. Avhengig av fjellets beskaffenhet og statikken i bergstappen må entreprenøren kunne påregne at resterende 1/3 tas ut fra sydgående løp. Dersom det må utføres på denne måten, må den siste 1/3 utføres som nattarbeid. Det sydgående løpet må da være ryddet og klart for trafikkpåsetting kl 04:30. Statens vegvesen vil ved dette tilfelle gi entreprenør mulighet til å stenge sydgående løp kl 21:00.»*

- (9) Etter tilbudsbehandlingen ble det utarbeidet et tillegg til konkurransegrunnlaget, kalt «Addendum 13», hvor det fremgikk:

*«Vedrørende stengeperioder og nattstenging, presisering*

*Det vises til kapittel A3 med tidsfrister for deloppgave  
Dette er absolutte frister*

*Stengeperiode 1*

*Det er lagt opp til at nordgående løp stenges 20 august og 3 måneder fremover. I denne tidsperioden skal fristene som omfattes i A3 gjennomføres. Dette bør ikke hindre at annet arbeid i nordgående løp kan gjennomføres. Tunnelen er lang og har mange angrepspunkt. Det presiseres at alt fjelluttak skal være gjennomført for tekniske rom ved utgang av første stengeperiode. Dette ble omtalt under tilbudsbehandling og er referatført. Mellom helstengingsperiodene er det nattstenging av tunnelene. Det er entreprenøren som selv velger løp de ønsker å stenge avhengig av egen fremdrift og planlegging basert på betingelser angitt i A3.*

*Stengeperiode 2 (13 august 2018). Smiehagen og Nordby sydgående helstenges i 10 uker. Mange aktiviteter som ikke omfattes av A3 kan gjennomføres også her.*

*Etter at stengeperiode 2 er ferdig vil arbeid kunne utføres om natten frem til ferdigstillelse.*

*Statens vegvesen mener det er mange aktiviteter som kan foregå når tunnel er helstengt 24/7, dette må entreprenørene utnytte.»*

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Consto Anlegg Øst AS (klager).
- (11) Ved brev av 3. juli 2017 opplyste innklagede å ha til hensikt å inngå kontrakt med Marthinsen & Duvholt AS (valgte leverandør). Det ble opplyst at valgte leverandør hadde en bedre beskrivelse av oppdragsgjennomføring og oppdragsorganisasjon enn klager, og at tilbudsprisen ikke endret rekkefølgen på rangeringen.
- (12) I evalueringsskjemaet vedlagt tildelingsbrevet var det angitt at klager hadde blitt trukket i poeng på grunn av beskrivelsen av fjelluttak i fremdriftsplanen, og det ble gitt følgende begrunnelse:

*«Parallele aktiviteter er synliggjort. Arbeid med uttak av berg mhp sikring fra sydgående retning er ikke synliggjort, ref tilbudsbehandling og tegning V 1300. Det er ikke gjennomførbart å ta ut alt fjell fra **nordgående** løp, slik Consto legger **opp** til. Dette kan få store konsekvenser for Consto sin plan, bl.a mhp parallelt arbeid i dagsonene.»*

- (13) Det er angitt i anskaffelsesprotokollen at klager hadde en tilbudssum på 332 019 441 kroner ekskl. mva. Valgte leverandør hadde en tilbudssum på 385 299 976 kroner ekskl. mva. Anskaffelsesprotokollen var vedlagt en oversikt over totalvurderingen av klagers og valgte leverandørs tilbud. Her var det angitt at klager hadde fått full uttelling på priskriteriet med 3,50 vektete poeng, mens valgte leverandør fikk 3,02 vektete poeng. I en merknad var det angitt at poenguttellingen var *«Beregnet etter forholdsmessig modell: poeng = 5 x (laveste pris/vurdert pris)»*.
- (14) Klager fikk 0,375 vektete poeng på tildelingskriteriet oppdragsgjennomføring, mens valgte leverandør fikk full uttelling på dette tildelingskriteriet med 0,75 vektete poeng. På tildelingskriteriet oppdragsorganisasjon fikk klager en vektet poengscore på 0,6 poeng, mens valgte leverandør fikk full poenguttelling med en vektet score på 0,75.
- (15) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 25. juli 2017. Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. oktober 2017.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. januar 2019.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å evaluere tilbudene etter en forholdsmessig evalueringsmodell, til tross for at det i konkurransegrunnlaget var opplyst om at det ville bli benyttet en lineær modell. Modellen var heller ikke var egnet til å premiere de relevante forskjellene mellom tilbudene.

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å vurdere tilbudene basert på de opplysningene som var gitt i konkurransegrunnlaget under tildelingskriteriet «*Oppdragsgjennomføring*». Innklagede har lagt uriktig faktum til grunn for evalueringen, og har uriktig gitt klagers tilbud trekk til tross for at løsningen ligger innenfor en rimelig og forsvarlig tolkning av konkurransegrunnlaget.
- (19) Innklagede hadde ikke grunnlag for å gi klagers tilbud trekk for manglende plan for fjelluttak i andre stengningsperiode. I klagers tilbud er det lagt opp til at alt berguttak skal skje i første stengeperiode, slik at det ikke er relevant med noe berguttak i sydgående retning i den senere stengeperioden. Det foreligger dermed ikke adgang til å redusere scoren som følge av manglende fjelluttak.
- (20) Innklagede hadde ikke grunnlag for å gi klager trekk som følge av en urealistisk fremdriftsplan for fjelluttak. I overensstemmelse med Addendum 13, valgte klager å gjennomføre alt fjelluttak for tekniske rom i løpet av første stengeperiode. Det ble i addendumet fastslått at «*alt fjelluttak skal være gjennomført for tekniske rom ved utgangen av første stengeperiode*». Rekkefølgen på arbeidet slik det ble beskrevet i konkurransegrunnlaget og på tilbudsbeferingen, ble fraveket i Addendum 13. Klagers tilbud representerer derfor ikke noe brudd på forutsetningene i konkurransegrunnlaget. Evalueringen bygger på et uriktig faktisk grunnlag.
- (21) Innklagede plikter å erstatte klager klagegebyret, da begge feilene både enkeltvis og samlet har vært av avgjørende betydning for resultatet av konkurransen.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (22) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (23) Konkurransegrunnlaget ga ikke opplysninger om hvilken metode innklagede skulle benytte for poenggivning på priskriteriet.
- (24) Metoden som ble benyttet var egnet til å premiere de relevante forskjellene mellom tilbudene.
- (25) Konkurransegrunnlaget var klart vedrørende fjelluttak, og innklagede har således ikke brutt regelverket ved å trekke klager i poeng for en avvikende og uforsvarlig gjennomføring av dette arbeidet. Evalueringen er følgelig i tråd med regelverket.
- (26) Klagers anførsler kan ikke føre frem, og det er følgelig heller ikke grunnlag for å tilbakebetale klagegebyret.

**Klagenemndas vurdering:**

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabilitering av Nordby- og Smiehagentunnelen, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 250 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

### *Evalueringen av tildelingskriteriet oppdragsgjennomføring*

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet «Oppdragsgjennomføring».
- (29) Klager ble trukket i poeng ved evalueringen av tildelingskriteriet, på grunn av beskrivelsen av fjelluttak i fremdriftsplanen. I klagers fremdriftsplan ble det lagt opp til at alt fjelluttak ville skje i perioden hvor det nordgående løpet av tunnelen var helstengt. Klager la opp til at det ikke skulle skje noe fjelluttak i perioden hvor det sydgående løpet var helstengt.
- (30) Det er enighet mellom partene om at konkurransegrunnlaget i utgangspunktet la opp til at det skulle skje fjelluttak i to etapper. Klager mener imidlertid at konkurransegrunnlaget ble endret på dette punktet i Addendum 13, slik at det ble lagt opp til at alt fjelluttak skulle skje i den første stengeperioden.
- (31) Av Addendum 13 at fremgikk følgende:

*«Det er lagt opp til at nordgående løp stenges 20 august og 3 måneder fremover. I denne tidsperioden skal fristene som omfattes i A3 gjennomføres. Dette bør ikke hindre at annet arbeid i nordgående løp kan gjennomføres. Tunnelen er lang og har mange angrepspunkt. Det presiseres at alt fjelluttak skal være gjennomført for tekniske rom ved utgang av første stengeperiode. Dette ble omtalt under tilbudsbefaring og er referatført.»*

- (32) Det er setningen om «alt fjelluttak skal være gjennomført for tekniske rom ved utgang av første stengeperiode» som ifølge klager gir uttrykk for en endring. Umiddelbart etter denne setningen henvises det imidlertid til referatet fra tilbudsbefaringen hvor «[d]ette ble omtalt». Av referatet fremgår følgende: «Fjelluttaket gjøres fra det nordgående løpet med inntil 2/3 av volumet er tatt ut. Dette arbeid skal pågå døgnekstremt. Avhengig av fjellets beskaffenhet og statikken i bergstabben må entreprenøren kunne påregne at resterende 1/3 tas ut fra sydgående løp. Dersom det må utføres på denne måten, må den siste 1/3 utføres som nattarbeid.» Lest med bakgrunn i dette må den setningen klager viser til forstås slik at det var alt fjelluttak i det nordgående løpet som måtte være gjennomført ved utgangen av den første stengeperioden. Samtidig ville ca. 1/3 av fjelluttaket gjenstå, som kunne påregnes tatt ut fra det sydgående løpet. Klagenemnda er derfor ikke enig med klager i at Addendum 13 kunne tas til inntekt at alt fjelluttak i prosjektet måtte skje i den første stengeperioden.
- (33) Klager kan på denne bakgrunn ikke høres med at konkurransegrunnlaget ble endret. Klagers anførsler gir folgelig ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av tildelingskriteriet oppdragsforståelse. Klagers anførsel fører ikke frem.

### *Evalueringen av tildelingskriteriet pris*

- (34) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å evaluere tilbudene etter en forholdsmessig evalueringsmodell. Klagers anførsel bygger i første rekke på at konkurransegrunnlaget etter klagers oppfatning må forstås slik at innklagede ville poengsette forskjellen i tilbudspris gjennom å bruke en lineær modell.
- (35) Ved avgjørelsen av dette spørsmålet har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

- (36) Flertallet, nemndsmedlemmene Arnesen og Wahl, viser til at det var angitt følgende i konkurransegrunnlaget om evalueringen av tildelingskriteriene:

*«For hvert av tildelingskriteriene vil det bli gitt en karakter på skalaen 0-5. Den eller de tilbyderne som har det beste tilbudet vil få karakter 5. Øvrige tilbud vil få et prosentmessig trekk regnet fra det beste tilbudet.»*

- (37) Isolert sett er det for så vidt riktig slik klager hevder, at når det her uttrykkes at øvrige tilbuds prosentmessige trekk vil bli *regnet* fra det beste (rimeligste) tilbudet, kan dette leses slik at det gir anvisning på at innklagede ville beregne forskjellen i prosent med utgangspunkt i det rimeligste tilbudet (hvor mye det rimeligste tilbudet må økes for å være lik det dyrere tilbudet – en lineær metode), og ikke med utgangspunkt i det dyrere tilbudet (hvor mye det dyrere tilbudet må reduseres for å være lik det rimeligere tilbudet – også kalt den forholdsmessige metoden). Formuleringen er imidlertid ikke entydig. En kan også lese den slik at den bare gir uttrykk for at det prosentmessige trekket skal regnes fra karakteren 5 (karakteren til det beste tilbudet). Og at setningen således ikke tar stilling til om hvordan prosenttrekket skal beregnes – med utgangspunkt i det rimeligste eller det dyrere tilbudet.
- (38) Flertallet kan derfor ikke se at formuleringen om at *«[ø]vrige tilbud vil få et prosentmessig trekk regnet fra det beste tilbudet»* nødvendigvis må forstås slik at den gir anvisning på at innklagede ville poengsette forskjellen i tilbudspris gjennom å bruke en lineær modell. Det vises i denne forbindelse også til klagenemndas avgjørelse i sak 2016/41 hvor en tilnærmet identisk beskrivelse av hvordan tilbudene ville bli evaluert (se premiss (6) i avgjørelsen) ikke ble ansett til hinder for bruken av den forholdsmessige metoden.
- (39) Mindretallet, nemndsmedlemmet Dragsten er enig med flertallet i at når det uttrykkes at øvrige tilbuds prosentmessige trekk vil bli *regnet* fra det beste (rimeligste) tilbudet, kan dette leses slik at det gir anvisning på at innklagede ville benytte en lineær metode ved prisevalueringen. Etter dette nemndsmedlemmets syn er dette også den klart mest nærliggende forståelsen.
- (40) Det er vanskelig å se at det forhold at formuleringen er inntatt som en del av en generell omtale av tildelingskriteriene, slik innklagede fremhever, har noen relevans her. At tilbudene ville bli gitt karakterer på skalaen 0 til 5, og at det beste tilbudet ville få karakteren 5 gir nemlig en tilstrekkelig beskrivelse av hvordan tilbudene ville bli evaluert for de kvalitative kriteriene. Formuleringen om at *«[ø]vrige tilbud vil få et prosentmessig trekk regnet fra det beste tilbudet»* gir ingen mening for annet enn for evalueringen av priskriteriet. Dette nemndsmedlemmet kan heller ikke se at det er grunn til å legge særlig vekt på at nemnda i en tidligere sak tilsynelatende ikke har ansett en tilsvarende formulering til hinder for bruken av den forholdsmessige metoden. Hvordan den tilsvarende formuleringen med rimelighet kunne forstås synes ikke å ha vært et tema i den saken.
- (41) Etter dette er det ingen grunn til å forstå formuleringen på noen annen måte enn at pristilbudene ville bli evaluert ved en lineær metode. Følgelig må denne forståelsen legges til grunn. Innklagede har følgelig brutt regelverket ved å benytte den forholdsmessige metoden for evaluering av priskriteriet. Sett hen til resultatet klagenemndas mindretall har kommet til, tas det ikke stilling til klagers anførsel om at

den forholdsmessige evalueringsmodellen ikke var egnet til å premiere de relevante forskjellene mellom tilbudene.

- (42) Klagenemndas flertall går etter dette over til å behandle klagers anførsel om at den forholdsmessige evalueringsmodellen ikke var egnet til å premiere de relevante forskjellene mellom tilbudene.
- (43) Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at klager hadde lavest pris og fikk maksimal uttelling på priskriteriet. I den samlede evalueringen fikk klager 0,04 poeng mindre uttelling enn valgte leverandør, fordi valgte leverandør fikk bedre uttelling på tildelingskriteriene oppdragsgjennomføring og oppdragsorganisasjon.
- (44) I sak 2014/95, som ble behandlet som en stornemndssak, vurderte nemnda lovligheten av den forholdsmessige metoden i en vareanskaffelse. På bakgrunn av relevant praksis fra EU-domstolen kom nemnda til at den forholdsmessige metoden ikke i seg selv er ulovlig å benytte i evalueringen. Nemnda presiserte imidlertid at den forholdsmessige metoden bare kan benyttes i tilfeller hvor den er egnet til å påvise relevante forskjeller mellom tilbudene.
- (45) Klager har ikke fremmet innsigelser mot innklagedes evaluering av tildelingskriteriet oppdragsorganisasjon. Klagenemnda har ovenfor kommet til at det ikke er holdepunkter for at uttellingen på tildelingskriteriet oppdragsgjennomføring ikke gjenspeiler de kvalitative forskjellene mellom tilbudene. Ved evalueringen av priskriteriet ble valgte leverandørs tilbud, som var 16 prosent dyrere enn klagers gitt 13,8 prosent lavere poeng enn klager, altså en forskjell i poenggivning på 2,2 prosentpoeng sammenlignet med den metode klager hevder innklagede skulle benyttet. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det ikke grunnlag for å konstatere at innklagedes metode ved prisevalueringen har endret tildelingskriterienes vekt. Klagers anførsler gir på denne bakgrunn ikke grunnlag for å sette til side innklagedes vurdering av at valgte leverandørs tilbud var såpass mye bedre enn klagers tilbud på de kvalitative tildelingskriteriene at disse forskjellene mer enn oppveide prisforskjellen og den betydelig høyere vekten av tildelingskriteriet pris.
- (46) Klagen har etter dette ikke ført frem.

### ***Konklusjon:***

Statens vegvesen Region øst har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

*Dokumentet er godkjent elektronisk*