



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

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

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om oppføring av ny skole og idrettshall. Klager anførte at bruken av tildelingskriteriet «Oppgaveforståelse», samt prismodellen for å regne ut lavest ekvivalent tilbudspris, var ulovlige i denne konkurransen. Klager anførte også at innklagede hadde gitt en mangelfull begrunnelse. Kun sistnevnte anførsel førte frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 3. februar 2020 i sak 2019/205

**Klager:** Kaspar Strømme AS

**Innklaget:** Kristiansand kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus

#### Bakgrunn:

- (1) Kristiansand kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. september 2018 en åpen anbudskonkurranse om oppføring av ny skole og idrettshall på Kringsjø. Anskaffelsens verdi fremgikk ikke av konkurransedokumentene. Tilbudsfrist var angitt til 28. november 2018.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at *«[b]asert på den oppsatte tildelingsmodellen og de tilhørende kriteriene (se nedenfor), vil kontrakten tildeles den tilbyder som etter en samlet vurdering har det beste forholdet mellom pris og kvalitet (lavest ekvivalent tilbudspris, ETP)»*.
- (3) De tilhørende kriteriene var «Gjennomføringsevne» og «Pris». Førstnevnte kriterium var presentert slik:
  - «Gjennomføringsevne (i), med vekt (v):
    - *Kompetanse, i1, vektet v1*
    - *Oppgaveforståelse, i2 vektet v2»*.
- (4) Underkriteriet «Oppgaveforståelse» var inndelt i seks punkter/kriterier, som var gitt en innbyrdes vekt: «Prosjekteringsmetode», «Fremdrift», «Byggherrens deltakelse», «Sikring av SHA/HMS», «Ressursplan pr person/funksjon» og «Riggplanlegging». Disse var nærmere utdypet, og det var presisert at leverandørene skulle gi en beskrivelse på maks én A4-side (med eventuelt ett vedlegg i tillegg) per kriterium. Oppdragsgiver ville gi en karakter fra 1 til 5 på hvert av disse kriteriene.

- (5) Om tildelingsmodellen var det gitt følgende redegjørelse:

«Pris vil bli omregnet til Ekvivalent tilbudspris, ETP.

ETP-modellen er en metode for vurdering av kvantitative og kvalitative sider ved tilbudet (ref. tildelingskriteriene oppgitt ovenfor). De kvalitative elementene (i1 og i2) i det enkelte tilbudet gis karakter for sin egnethet på en skala fra 1-5, der 5 er det beste. Karakterer og vektorer for kvalitetskomponentene i hvert enkelt tilbud brukes til «å korrigere» tilbyders pris, slik at vi får en «ekvivalentkostnad» for å kunne sammenligne tilbudene.

OBS: Ekvivalentkostnaden er et redskap for å velge det beste tilbudet ut fra de oppgitte kriterier og vektorer - det er ikke en kostnad som skal betales.

**Tilbudene evalueres etter ETP-modellen som følger:**

$$ETP = 0,75 *Pris + 0,25 *Pris * (M^2 + k) / ((\sum v_i m_i)^2 + k)$$

Pris = Tilbudets priser beregnet iht. «Pris»

M = Maks karakterscore på skala for vurdering av kvalitative kriterier

k = konstant, absolutt tall fra 0 til oo som vektor de kvalitative kriterier mot pris

$V_i$  = vektning av det kvalitative kriteriet i ( $\sum v_i = 1 = 100\%$ )

$m_i$  = karakterscore på det kvalitative kriteriet i

$\sum v_i m_i$  blir da vektet gjennomsnittskarakter for den aktuelle tilbyder mellom 1-5

**For denne konkurransen gjelder:**

$$M = 5$$

$m = 1-5$  (vurderingsskala)

k = kvalitative kriteriers vektning mot pris:  $k = 0$

$v_1 = 0,6$  (60 %), kompetanse

$v_2 = 0,4$  (40 %), oppgaveforståelse

$v = 1,0$  sum kvalitative kriterier

**ETP-modell for prosjekt totalentreprise Kringsjå skole blir da:**

$$ETP = 0,75 *Pris + 0,25 *Pris * (5^2 + 0) / ((\sum v_i m_i)^2 + 0)$$

Ekvivalent tilbudspris, ETP, skal avspeile at høy poengsum på kvalitative kriterier gir økonomisk gunstig totalleveranse for byggherren. Lavest ekvivalent tilbudspris er for oppdragsgiver det tilbudet som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Tilbyder med lavest beregnet ekvivalent tilbudspris, ETP, vil derfor tildeles kontrakten».

- (6) Innen fristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Kaspar Strømme AS (heretter *klager*) og BRG Entreprenør AS. Klagers tilbud var på 196 461 207 kroner, mens BRG Entreprenør AS sitt tilbud lød på 206 184 043 kroner.
- (7) Ved tildelingsbeslutning av 13. desember 2018, fremgikk det at BRG Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*) hadde tilbudt lavest ekvivalent tilbudspris (ETP). Valgte leverandørs ETP var utregnet til 218 089 073 kroner, mens klagers ETP var utregnet til 219 795 648 kroner.
- (8) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 21. januar 2019.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 11. mars 2019.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. februar 2020.

#### **Anførsler:**

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

- (11) Bruken av «*Oppgaveforståelse*» som tildelingskriterium i denne anskaffelsen er for uklart og skjønnsmessig. Dette utgjør et brudd på forskriften § 18-1 femte ledd. Tildelingen er heller ikke etterprøvbar, som følge av at innklagede ikke har gitt innsyn i de øvrige leverandørens svar på «*Oppgaveforståelse*». Det er i strid med regelverket å anvende et tildelingskriterium med høy vekt, om kriteriet hindrer innsyn i leverandørens besvarelser.
- (12) Innklagedes beregningsmåte for å finne ekvivalent tilbudspris utgjør et brudd på loven, da denne ikke er egnet til å identifisere det beste tilbudet. Denne beregningsmåten gir heller ikke mulighet til å etterprøve tildelingsbeslutningen.
- (13) Innklagedes begrunnelse er ikke i tråd med de krav som kan utledes av loven og forskriften. Begrunnelsen gir ikke mulighet for en reell sammenligning opp mot valgte leverandørs tilbud.

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

- (14) Bruken av «*Oppgaveforståelse*» gir ikke ubegrenset valgfrihet, og det fremgår tilstrekkelig med informasjon om hvordan kriteriet vil bli evaluert. Tildelingskriteriet er lovlig, og har tilknytning til leveransen.
- (15) Det er gitt en tilstrekkelig begrunnelse, jf. forskriften § 25-1. Begrunnelsen viser hva som er vektlagt i både klagers og valgte leverandørs tilbud. Det er ikke nødvendig at det gis innsyn i leverandørens redegjørelse av «*Oppdragsforståelse*» for at kravet til etterprøvbarhet er oppfylt. Lovens krav til etterprøvbarhet er overholdt ved den begrunnelsen som er gitt.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av skole og idrettshall, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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.

### *Ulovlig tildelingskriterium*

- (17) Klager har anført at underkriteriet «*Oppgaveforståelse*» var ulovlig. Dette er for det første nærmere begrunnet i at kriteriet var uklart og etterlot en for stor skjønnsutøvelse. For det andre har klager fremholdt at kriteriet ikke var egnet til å identifisere det beste tilbudet, og at det heller ikke var egnet til å sikre en etterprøvable anskaffelse.
- (18) Av forskriften § 18-1 første ledd kan oppdragsgiver bestemme at tilbud skal velges på grunnlag av «*det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet*», jf. bokstav c. Av bestemmelsens femte ledd følger det at tildelingskriteriene ikke skal gi oppdragsgiveren «*en ubegrenset valgfrihet*». Tilsvarende gjelder også for underkriterier.
- (19) Klagenemnda påpeker innledningsvis at temaet for en rettslig kontroll ikke er å vurdere om tildelingskriteriet er optimalt, men om det er lovlig. I utgangspunktet er det opp til oppdragsgiver å avgjøre hvordan konkurransen skal legges opp med sikte på å tilrettelegge for at kontrakt kan tildeles den tilbyder som inngir tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i de forente saker 2018/226 og 2018/364, premiss 34.
- (20) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at «*Oppgaveforståelse*» ville bli vurdert skjønnsmessig. Videre fremgikk det at det var leverandørens oppgave å synliggjøre sin oppgaveforståelse, og at dette skulle gjøres ved å kommentere de seks ulike punktene/kriteriene «*Prosjekteringsmetode*», «*Fremdrift*», «*Byggherrens deltakelse*», «*Sikring av SHA/HMS*», «*Ressursplan pr person/funksjon*» og «*Riggplanlegging*». Hvert kriterium var nærmere utdypet i konkurransegrunnlaget.
- (21) Underkriteriet «*Oppgaveforståelse*» var følgelig nærmere spesifisert og utdypet i ulike kriterier/punkter. Dette gav leverandørene et klart bilde av hva oppdragsgiveren ønsket en redegjørelse om, og følgelig hva som ville bli evaluert. Kriteriet gir leverandørene et stort spillerom med hensyn til å vise hvordan de vil imøtekomme oppdragsgivers behov med tanke på hvordan oppdraget vil kunne bli gjennomført. Selv om evalueringen av kriteriet blir skjønnsmessig, noe som også direkte fremgår av konkurransegrunnlaget, kan ikke klagenemnda se at kriteriet gir oppdragsgiveren en «*ubegrenset valgfrihet*», jf. forskriften § 18-1 femte ledd. Klagers anførsel om at kriteriet er uklart, fører ikke frem.
- (22) Når det gjelder klagers anførsel om at tildelingskriteriet «*Oppgaveforståelse*» ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, tilfaller det som nevnt oppdragsgiver å legge opp konkurransen på den måten som anses mest hensiktsmessig. Slik klagenemnda forstår klagers anførsel på dette punktet, fremholdes det at kriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, fordi «*Oppgaveforståelse*» kun retter seg mot en del av konsulentarbeidet, og dermed en mindre del av den totale anskaffelsen. I tillegg fremholdes det at en redegjørelse på maksimalt én A4-side (med evt. ett vedlegg) per kriterium uansett ikke er dekkende.
- (23) Innklagede har forklart at det er av stor betydning for kommunen at leverandøren har en god gjennomføringsplan, ettersom oppføringen av det nye bygget skal foregå inntil en eksisterende skole som skal være i drift under byggeperioden. Kriteriet er ment å dekke dette aspektet, i tillegg til andre forhold som vil ha betydning for skolen og flerbrukshallen i byggenes levetid. Leverandørene skal derfor synliggjøre en god prosjekteringsmetode, blant annet ved å beskrive forholdet til byggherren i prosjekteringsfasen. Ifølge innklagede skal dette sikre gode løsninger i de nye byggene.

- (24) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å tilside sette innklagedes vurderinger på dette punktet. Slik klagenemnda ser det, ivaretar kriteriet aspektene ved prosjekteringsdelen av anskaffelsen, som er et viktig forhold for å kunne gjennomføre en god og ryddig byggeprosess. Leverandørens oppgaveforståelse vil kunne ha en merverdi for oppdragsgiver. Klagers anførsel om at kriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, fører ikke frem.
- (25) Klager har videre gjort gjeldende at kriteriet er i strid med lovens krav til etterprøvbarehet, ettersom man er frarøvet muligheten til å kontrollere innklagedes evaluering av leverandørens «Oppgaveforståelse». Dette er begrunnet i at man ikke har fått innsyn i redegjørelsene til de øvrige leverandørene.
- (26) Klagenemnda tar ikke stilling til hvorvidt innklagede har adgang til å unnta leverandørens redegjørelser fra innsyn, og er heller ikke bedt om å vurdere dette. Nemnda bemerker videre at kravet til etterprøvbarehet kan ivaretas på andre måter enn gjennom innsyn i selve besvarelsene, herunder særlig gjennom plikten til å gi en begrunnelse for valget av leverandør. Innklagede ga i brev av 11. januar 2019 til klager en detaljert gjennomgang av styrker og svakheter mellom valgte leverandør og klager for hvert av de seks momentene under tildelingskriteriet oppdragsforståelse. Nemnda mener at innklagede ved denne redegjørelsen oppfylte kravet til etterprøvbarehet i § 4 på en god måte. At det ikke er gitt, eller ikke kan gis, innsyn, gjør ikke kriteriet i seg selv ulovlig.
- (27) Klagers anførsler som knytter seg til at «Oppgaveforståelse» var et ulovlig tildelingskriterium, har ikke ført frem.

#### *Evaluering- eller prismodell*

- (28) Klager har anført at ETP-modellen som innklagede har anvendt er ulovlig, da den ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Metoden medfører ifølge klager at «Oppgaveforståelse» og «Kompetanse» får uforholdsmessig store utslag. I tillegg har klager fremholdt at metoden ikke ivaretar lovens krav til etterprøvbarehet.
- (29) Som for anførselen om tildelingskriteriet er lovlig, er utgangspunktet at også valget av evalueringmodell tilfaller oppdragsgiver. Den rettslige kontrollen er som nevnt ikke hvorvidt modellen er optimal, men hvorvidt den er lovlig. Terskelen for å tilside sette en evalueringmodell som uegnet, er høy, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2018/27, premiss 25, med videre henvisninger. Tilsvarende har innklagede en stor skjønnsfrihet for å fastsette vekten av de ulike tildelingskriteriene.
- (30) Klagenemnda har ikke holdepunkter for at evalueringmodell – ETP-modellen – ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagers anførsel har dermed ikke ført frem.

#### *Begrunnelse*

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi en mangelfull begrunnelse.
- (32) Det følger av forskriften § 25-1 at oppdragsgiver skal gi en begrunnelse for valget av leverandør før kontrakt inngås. Begrunnelsen skal inneholde «en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene», jf. første og andre ledd.

- (33) Begrunnelsen skal gis samtidig med at oppdragsgiver meddeler sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt, jf. forskriften § 25-1 første ledd. Det er denne første begrunnelsen som skal sette leverandørene i stand til å vurdere om anskaffelsen er gjennomført i samsvar med regelverket, og som dermed er gjenstand for nemndas vurdering av om begrunnelsesplikten er brutt, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/151, premiss 36.
- (34) Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2013/21, premiss 77, at begrunnelsen må inneholde en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Dette innebærer at begrunnelsen skal være så presis og utfyllende at leverandørene settes i stand til, på objektivt grunnlag, å bedømme om anskaffelsesprosessen har skjedd i samsvar med regelverket.
- (35) En begrunnelse som utelukkende viser hvor mange poeng tilbyderne fikk på de ulike tildelingskriteriene, er ikke tilstrekkelig, jf. blant annet klagenemndas sak 2014/130 premiss 43, med videre henvisning til Underrettens avgjørelse i sak T-447/10 (Evropaiki Dynamiki), premiss 88 – 90. Det er heller ikke nok å vise til at valgte leverandørs tilbud ble vurdert som bedre på tildelingskriteriene. Som et utgangspunkt stilles det videre strengere krav til begrunnelsen jo mer skjønnsmessig et tildelingskriterium er utformet, jf. eksempelvis sak 2018/201, premiss 20. I situasjoner hvor den valgte leverandøren ikke har tilbudt den laveste prisen, kreves det videre at begrunnelsen viser hvilke egenskaper ved det valgte tilbudet som mer enn oppveier den høyere prisen, jf. sak jf. sak 2017/151, premiss 37 med videre henvisninger.
- (36) Etter det klagenemnda kan se, fikk leverandørene kun et evalueringsskjema som viste leverandørenes priser og hvilke poeng leverandørene hadde fått på de ulike vurderingsmomentene-/kriteriene. Poengscorene som er gitt under «Gjennomføringsevne», herunder «Kompetanse» og «Oppgaveforståelse», gir i seg selv ingen anvisning på hvilke vurderinger som ligger bak resultatet. Klagenemnda bemerker for øvrig at «Oppgaveforståelse» var skjønnsmessig utformet og at klager hadde tilbudt den laveste prisen.
- (37) Innklagede gav følgelig ikke en egentlig begrunnelse samtidig med tildelingen, som gjorde klager i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold som gjorde at oppdragsgiver vurderte valgte leverandør som best på tildelingskriteriet «Gjennomføringsevne». Innklagede har derfor brutt forskriften § 25-1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt. Det nevnes imidlertid at innklagede ved sitt klagesvar av 11. januar 2019 har gitt en utfyllende begrunnelse for de vurderingene som er gjort. Denne ble gitt før kontrakt ble inngått med valgte leverandør. Bruddet på begrunnelsesplikten synes derfor ikke å ha hindret klager i å forstå tildelingsbeslutningen før kontrakt ble inngått.

### **Konklusjon:**

Kristiansand kommune har brutt forskriften § 25-1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

*Dokumentet er godkjent elektronisk*