



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Tildelingsevaluering, Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om hovedentreprise for utbedring av fylkesveg 209 Foldnesvegen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvnbarhet i tildelingsevalueringen. Klagers anførsel om at innklagede hadde handlet i strid med kravet til forutberegnelighet i tildelingsevalueringen førte ikke frem. Klagers anførsler om ulovlig endring av tildelingsbeslutning, og ulovlig direkte anskaffelse, førte ikke frem.

### Klagenemndas avgjørelse 2. november 2020 i sak 2019/709

**Klager:** Sprengningsteknikk AS

**Innklaget:** Øygarden kommune (tidligere Fjell kommune)

**Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus

### Bakgrunn:

- (1) Øygarden kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 5. juli 2019 en åpen tilbudskonkurranse om hovedentreprise for utbedring av fylkesveg 209 Foldnesvegen. Anskaffelsens estimerte verdi var ikke oppgitt i konkurransedokumentene. Tilbudsfristen var 30. august 2019.
- (2) Av kunngjøringen punkt II.2.4 fremgikk følgende beskrivelse av anskaffelsen:  
*«Prosjektet omfattar 2 køyrefelt, gang- og sykkelveg, busstopp og sanering av avkøyrslar. I tillegg skal leidningsnett som går i luft ned i grøft. Det skal også etablerast nye vass- og avlaupsleidningar for FjellVar, samt gjerast fjerning av gamalt anlegg.»*
- (3) Av punkt IV.1.7 i kunngjøringen fremgikk følgende:  
*«Det er opna for å levera tilbod om alternativ gjennomføring av entreprisa, slik at det vert vald andre løysingar enn det som er prosjektert. Ved evt. alternative løysingar skal desse skildrast fullt ut og prisast på måte som gjer tilbodet fullt ut samanliknbart med tilbod om gjennomføring i samsvar med prosjekteringa.»*
- (4) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 6.1 at tildelingskriteriene for kontrakten var «Totale kostnader» og «Gjennomføringsplan og løysingsforslag».
- (5) Tildelingskriteriet «Totale kostnader» var angitt som «*prioritet 1*». Under tildelingskriteriet var følgende dokumentasjonskrav angitt:

**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)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

*«Evalueringssum, jf. del 2 Bok 0 Oppdragsskildring kap. F, justert for evt. prising av alternativ gjennomføring.*

*Det vert gjort kontrollrekning av prisa del 2 vedlegg C.2 Utbetring Foldnesvegen Fv.209 Beskrivelse. »*

- (6) Tildelingskriteriet «Gjennomføringsplan og løysingsforslag» var angitt som «prioritet 2», og hadde følgende tilhørende dokumentasjonskrav:

*«Entreprenøren sin plan for framdrift og gjennomføring av prosjektet, samt framlegg til evt. alternative løysingar.»*

- (7) Av konkurransegrunnlaget punkt 6.2 fremgikk følgende om «evaluering»:

*«For evaluering av totale kostnader vert det nytta ein modell der beste tilbod får beste score. Andre tilbod vert tildelt poeng etter relative avvik frå beste pris. For gjennomføringsplan og løysingsforslag vert tilboda vurdert ut frå forventningar og synleggjort meirverdi. Poeng vert justert slik at beste tilbod i sluttevalueringa får beste score. I evt. dialog vert det gitt attendemeldingar ut fra forventningar.»*

- (8) I vedlegg C.2 «Utbetring Foldnesvegen Fv. 209 Beskrivelse» til konkurransegrunnlaget var det i punkt 4 Elektro, punkt 12.91 opplyst følgende om prisposten:

*«Omfatter alle kostnader knyttet til avklaringer og kontakt mot kabel- og ledningsetater i forbindelse med gjennomføring av anlegget. Omfatter også kostnader i tilknytning til innkalling av eventuell vaktmann ved arbeid i nærheten av høyspentlinjer samt kostnader i forbindelse med stenging av strøm. Det forutsettes god koordinering med kabeleiere. Arbeidene skal planlegges i god tid. For omlegging av el- og telekabler skal entreprenør varsle kabeleier en måned før omlegging må være utført.»*

- (9) Av punkt 12.92 i samme vedlegg, fremgikk følgende under overskriften «Diverse arbeider overfor kabel- og nettselskap»:

*«BKK står selv for planlegging og prosjektering av egne anlegg, herunder høyspent, lavspent, fiber, samt bestille materiell og sørge for gjennomføring av ombyggingen. Dette gjelder også øvrige kabeletater.»*

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede syv tilbud, herunder fra Sartor Maskin AS og Sprengningsteknikk AS (heretter «klager»).

- (11) Den 11. september 2019 sendte innklagede melding til samtlige tilbydere med informasjon om at det var inntatt enkelte endringer i konkurransegrunnlaget. Tilbyderne ble deretter bedt om å gjennomgå endringene og prise inn endringene i sine reviderte tilbud. Innklagede informerte også om at de tre til fire beste tilbyderne ville bli invitert til dialog.

- (12) Innklagede avholdt 1. oktober 2019 dialogmøter med fem leverandører, herunder med klager og Sartor Maskin AS.

- (13) I etterkant av dialogmøtene fikk tilbyderne frist til 4. oktober 2019 for levering av reviderte tilbud.

(14) Av tildelingsbrev datert 8. oktober 2019 fremgikk det at kontrakt var tildelt Sartor Maskin AS (heretter *valgte leverandør*).

(15) Det fremgikk videre av tildelingsbrevet at tildelingskriteriet «*Totale kostnader*» var vektet med 70 prosent, og tildelingskriteriet «*Gjennomføringsplan og løysingsforslag*» var vektet med 30 prosent.

(16) Vedrørende evaluering av tildelingskriteriet «*Totale kostnader*» fremgikk følgende:

*«For tildelingskriteriet totale kostnader er det lagt til grunn prisar av følgjande:*

- *Kontraktssum (sum kap. 02, 03, 04 og 05)*
- *Sum rekningsarbeid*
- *Sum tillegg*

*Der det er foreslått alternativ gjennomføring med bindande priskonsekvens er dettejustert i kontraktssum.»*

(17) Deretter var tilbydernes evalueringssum angitt og poengsatt. For tildelingskriteriet «*Totale kostnader*» fikk *valgte leverandør* 7 vektete poeng. Klager fikk 6,97 vektete poeng.

(18) Vedrørende evaluering av tildelingskriteriet «*Gjennomføringsplan og løysingsforslag*» fremgikk følgende:

*«Til grunn for evalueringa ligg innlevert plan for framdrift og gjennomføring av prosjektet, samt framlegg til evt. alternative løysingar som ikkje er omsyntatt under evaluering av tildelingskriteriet pris.*

*Når det gjeld gjennomføringsplan er tilbodet frå Drange Maskin AS vurdert som best. Drange Maskin AS har levert ei god og grundig oppgåveforståing, som adresserer dei viktigaste utfordringane i prosjektet på gode måtar. Dette er særleg retta til handtering av trafikk, inkl. mjuke trafikantar, samt koordinering mot andre aktørar. Planen dokumenterer også god gjennomføring innan fristen. Frode Haugsvær Maskin vert vurdert som nest best, med litt mindre konkrete skildringar av dei viktigaste utfordringane. Sprengingsteknikk og Hylland AS vert vurdert som marginalt dårlegare, føre Staren AS og Sartor Maskin, som har med det viktigaste, men er noko overordna i tilnærminga. Fyllingen Maskin vert vurdert som minst god.*

*Sartor Maskin AS har levert det beste løysingsforslaget, der det er vist til fleire tiltak som potensielt vil innebera stor meirverdi for oppdragsgjevar. Dette går på koordinering, utføring av prosjektering og tekningsleveransar m.m. For tiltaka er det estimert innsparingspotensiale, men dette er ikkje konkret nok til at det har vorte rekna inn i evalueringa av totale kostnader. Staren AS har også vist til nokre konkrete tiltak i gjennomføringa, men det er vesentleg mindre meirverdi enn vist til frå Sartor Maskin AS. Dei andre tilboda har i avgrensa grad vist til meirverdi i løysingsforslaga ut over det prosjekterte.»*

- (19) Under tildelingskriteriet «Gjennomføringsplan og løysingsforslag» fikk valgte leverandør 2,55 vektete poeng. Klager ble rangert som nummer fem under dette tildelingskriteriet, med 1,95 vektete poeng.
- (20) Til sammen ble valgte leverandør tildelt høyest poengscore med 9,55 vektete poeng. Klager rangert som nummer to med 8,92 vektete poeng.
- (21) Den 18. oktober 2019 påklaget klager tildelingen, med påstand om at det var ulovlig å vektlegge økonomiske forhold og innsparingspotensial under tildelingskriteriet «Gjennomføringsplan og løysingsforslag».
- (22) Innklagede omgjorde tildelingsbeslutningen ved brev datert 23. oktober 2019. Av det nye tildelingsbrevet fremgikk det at innklagede på nytt hadde til hensikt å inngå kontrakt med den samme valgte leverandør.
- (23) Innledningsvis i omgjøringsbrevet fremgikk følgende:

*«På bakgrunn av klage har me konkludert med at Sartor Maskin AS i opphavleg evaluering feilaktig er premiert for økonomiske forhold ved vurdering av tildelingskriteriet «Gjennomføringsplan og løysingsforslag», forhold som skulle ha vore omsyntatt under tildelingskriteriet «totale kostnader». I tillegg ser me at poengsummar som er nytta under tildelingskriteriet «Gjennomføringsplan og løysingsforslag» er feil, då desse skulle vore justert slik at beste tilbod i sluttevalueringa får beste score 10. Jf. om dette konkurransegrunnlaget pkt. 6.2 om evaluering.»*

- (24) Under evalueringen av tildelingskriteriet «totale kostnader» fremgikk følgende:

*«Der det er føreslått alternativ gjennomføring med bindande priskonsekvens er dette justert i kontraktssum.»*

*Sartor Maskin AS har i tilbodet sitt inkludert alt ansvar for vidare prosjektering. Ansvarsoverføringa er i tilbodet sett opp med ein sum. Denne summen er vurdert av Fjell kommune, sett opp mot attståande prosjekteringsarbeid på denne entreprisen, samt opp mot erfaring med prosjekteringskostnadar i utføringa i andre, liknande prosjekt kommunen har gjennomført. Det er konkludert med at priskonsekvensen som er tatt inn i tilbodet frå Sartor Maskin AS er klårt lågare enn kva den reelle kostnaden for Fjell kommune ville vore ved å fullføra prosjekteringa på anna kontrakt. Summen Sartor Maskin AS har tatt inn i tilbodet er difor funne å vera reell innsparing, og denne er lagt inn som fråtrekk i evalueringssum. Sartor Maskin AS har også forplikta seg til å overta ansvar for mellombelse tiltak frå BKK, og har lagt inn kostnad for dette. Også denne summen er ved ny evaluering gjennomgått av Fjell kommune. Summen som er lagt inn i tilbodet frå Sartor Maskin er etter Fjell kommune si vurdering, basert på kunnskap om mellombelse tiltak ved utføring av denne entreprisen og kostnad for tilsvarande på andre entrepriser, klårt lågare enn kva dei reelle kostnadane vil vera for byggherresida i denne entreprisen. Ergo er også denne summen gått til fråtrekk i evalueringssummen. I tillegg har Sartor Maskin AS inkludert sparte kostnader for å overta all kommunikasjon med andre aktørar i prosjektet. Denne kostnaden er av Fjell kommune vurdert å vera for usikker til at ein kan leggja vekt på den ved evalueringa, og denne er soleis ikkje omsyntatt i korrigert evaluering.»*

- (25) På bakgrunn av dette, ble valgte leverandørs evalueringspris endret fra 27 324 486 kroner til 24 784 486 kroner. Valgte leverandør fikk 7 vektete poeng under tildelingskriteriet «*Totale kostnader*». Klager fikk 6,33 vektete poeng under dette tildelingskriteriet.
- (26) Under tildelingskriteriet «*Gjennomføringsplan og løsningsforslag*» fremgikk følgende:
- «Til grunn for evalueringa ligg innlevert plan for framdrift og gjennomføring av prosjektet, samt framlegg til evt. alternative løysingar med kvalitativ meirverdi.*
- Når det gjeld gjennomføringsplan er tilbodet frå Drange Maskin AS vurdert som best. Drange Maskin AS har levert ei god og grundig oppgåveforståing, som adresserer dei viktigaste utfordringane i prosjektet på gode måtar. Dette er særleg retta til handtering av trafikk, inkl. mjuke trafikantar, samt koordinering mot andre aktørar. Planen dokumenterer også god gjennomføring innan fristen. Frode Haugsvær Maskin vert vurdert som nest best, med litt mindre konkrete skildringar av dei viktigaste utfordringane. Sprengingsteknikk og Hylland AS vert vurdert som marginalt dårlegare, føre Staren AS og Sartor Maskin, som har med det viktigaste, men er noko overordna i tilnærminga. Fyllingen Maskin vert vurdert som minst god. Staren AS har vist til nokre konkrete tiltak i løysingsforslaget, som tilfører noko meirverdi utover gjennomføringa etter det prosjekterte. Dei andre tilboda har i avgrensa grad vist til meirverdi i løysingsforslaga ut over det prosjekterte, og er vurdert likt under dette kriteriet.»*
- (27) Under tildelingskriteriet «*Gjennomføringsplan og løysingsforslag*» fikk valgte leverandør 2,40 vektete poeng. Klager fikk 2,60 vektete poeng.
- (28) Samlet sett fikk valgte leverandør 9,40 poeng. Klager fikk til sammen 8,93 poeng.
- (29) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør den 4. november 2019.
- (30) Saken ble brakt inn til klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 12. desember 2019.
- (31) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. oktober 2020.

#### **Anførsler:**

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

- (32) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 ved evalueringen av tildelingskriteriet «*totale kostnader*». Ved omgjøringen av tildelingsevalueringen, endret innklaget evalueringen under tildelingskriteriet «*totale kostnader*». Endringen innebar at valgte leverandør ble gitt et fradrag på 2 540 000 kroner i den opprinnelige evalueringssummen på 27 324 486 kroner. Dette fradraget er gjort som følge av «*innsparingen*» oppdragsgiver hevder å få ved at valgte leverandør har tilbudt to tilleggssytelser (prosjektering og overtakelse av midlertidige tiltak fra BKK). Etter klagers syn var disse ytelsene ikke omfattet av konkurransen, og det var ikke forutberegnelig at estimert verdi av disse ytelsene skulle komme til fradrag i evalueringssummen. Dette fradraget ble direkte utslagsgivende for at valgte leverandør på nytt ble tildelt kontrakten framfor klager.
- (33) Slik klager forstår saken, hevder innklagede nå at løsningen til valgte leverandør medførte at det ikke lenger var behov for midlertidige anlegg. Dette står i motstrid til innklagedes

tidligere argumentasjon i saken. Å overta kostnader og ansvar for denne type tiltak, er noe ganske annet enn at løsningen til valgte leverandør gjorde at slike midlertidige tiltak ikke lenger var nødvendige. Det finnes heller ingen spor av at innklagede har vurdert tilbudet fra valgte leverandør på denne måten tidligere.

- (34) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med tilleggsytelse verdt 2 540 000 kroner uten at dette var inntatt i anskaffelsesdokumentene. Klager viser her til at kontrakten med valgte leverandør inkluderer prosjektering og overtaking av midlertidige tiltak fra BKK. Dette er ytelse som etter klagers syn ikke var omfattet av den kunngjorte konkurransen. I tildelingsbeslutningen av 23. oktober 2019 går det frem at innklagede har lagt til grunn at beløpet som er lagt inn som fradrag i evalueringssummen for disse ytelsene (2 540 000 kroner) er «klart lågare» enn hva den reelle kostnaden for innklagede ville blitt for disse ytelsene. Verdien av ytelsene overstiger dermed med god margin terskelverdien for kunngjøring, og anskaffelsen av disse skulle dermed ha vært kunngjort i Doffin.
- (35) Subsidiært anføres det at innklagede har handlet i strid med forskriften § 10-1 (3) ved å gjøre en endring i den skjønsmessige vurderingen under tildelingskriteriet «*totale kostnader*».

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

- (36) Innklagede bestrider å ha handlet i strid med kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Totale kostnader*». Valgte leverandør har i tråd med at konkurransegrunnlaget åpnet for alternative tilbud, og angivelsen av at tildelingskriteriet "*totale kostnader*" ville bli "*justert for evt. prising av alternativ gjennomføring*", tilbudt en lovlig alternativ gjennomføring av entreprisen. Det er klart forutberegnelig for en normalt oppegående tilbyder at besparelser på grunn av alternativ gjennomføring ville regnes inn i prisevalueringen.
- (37) Kontrakten er en utførelsesentreprise etter NS 8405 som innebærer at oppdragsgiver har ansvaret for prosjekteringen. Valgte leverandør har tilbudt seg å ta ansvaret for gjenstående prosjektering. Innklagede anfører at det er lovlig å gjøre et fratrekk for disse kostnadene ved evaluering av tildelingskriteriet «*Totale kostnader*». Valgte leverandør har anslått merverdien for kommunen av dette til 540 000 kroner. Innklagede mener at merverdien i hvert fall tilsvarende dette.
- (38) Valgte leverandørs tilbud innebar at det ikke ville være behov for midlertidige anlegg drevet av BKK, i motsetning til hva konkurransegrunnlaget forutsatte. Innklagede forklarte i administrativt svar på klage fra klager, og i tilsvaret for klagenemnda, at dette innebar at kommunen sparte utgifter til slike midlertidige anlegg. I e-post av 2. oktober 2020, inngitt 9 måneder etter tilsvaret, har innklagede forklart at det alternative tilbudet ikke innebærer at valgte leverandør selv vil etablere midlertidige anlegg, men at den alternative gjennomføringsmetoden tar vekk behovet for midlertidige anlegg. Valgte leverandør har anslått besparelsen av dette til 2 millioner kroner. Innklagede har estimert at man minst vil spare et slikt beløp.
- (39) Innklagede bestrider å ha gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Gjennom aksept av valgte leverandør sitt alternative tilbud har ikke oppdragsgiver anskaffet noe man ellers ikke ville anskaffet, men behovet for arbeid vil til dels bortfalle og til dels vil prosjektering bli utført av leverandøren selv, som en del av entreprisen, slik at oppdragsgiver nyter godt av reduserte kostnader.

- (40) Det er ikke korrekt å legge til grunn at terskelverdien er overskredet. Som del av tilbudet har valgte leverandør her inkludert ansvar og kostnader for midlertidige tiltak, noe som medfører at innklagede ikke vil ha kostnader ved dette utover det en ellers har for gjennomføring av entreprisen. Om dette skulle utføres slik det er skildret i prosjekteringen, ville prosjektering og utføring av midlertidige tiltak knyttet til BKK sine anlegg blitt utført av BKK og fakturert innklagede. Slik tilbudet fra valgte leverandør er utformet, vil valgte leverandør overta ansvar og kostnader for disse midlertidige tiltakene, uten at det blir fakturert innklagede som en separat kostnad.
- (41) Innklagede bestrider å ha endret den skjønnsmessige vurderingen under tildelingskriteriet «*totale kostnader*», og har ikke brutt forskriften § 10-1 (3).

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (42) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder hovedentreprise for utbedring av fylkesveg 209 Foldnesvegen, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke oppgitt i konkurransedokumentene. 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.

#### *Tildelingsevaluering og ulovlig direkte anskaffelse*

- (43) Klager har anført at evalueringen av tildelingskriteriet «*Totale kostnader*» er gjort i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet. Klager viser til at valgte leverandør fikk et fradrag på 540 000 kroner i sin evalueringssum for overtakelse av ansvar for prosjektering, og 2 millioner kroner for midlertidige tiltak for BKK, selv om disse ytelsene etter klagers syn ikke var en del av konkurransen slik den var fremstilt i konkurransegrunnlaget.
- (44) Klagenemnda vurderer først om det var i lovlig å vektlegge positivt at valgte leverandør hadde tilbudt å overta ansvaret for midlertidige tiltak ved BKKs anlegg.
- (45) Det fremgikk av begrunnelsen for tildelingen at valgte leverandør fikk positiv uttelling under tildelingskriteriet «*totale kostnader*» fordi «*Sartor Maskin AS har også forpliktet seg til å overta ansvar for mellombelse tiltak fra BKK, og har lagt inn kostnad for dette. [...] Summen som er lagt inn i tilbødet fra Sartor Maskin er etter Fjell kommune si vurdering, basert på kunnskap om mellombelse tiltak ved utføring av denne entreprisen og kostnad for tilsvarende på andre entrepriser, klart lågare enn kva dei reelle kostnadane vil vera for byggherresida i denne entreprisen. Ergo er også denne summen gått til fråtrekk i evalueringssummen.*»
- (46) Innklagede har forklart i svar på administrativ klage og i prosesskriv til klagenemnda at man vurderte overtakelsen av ansvar for BKKs midlertidige tiltak som en «*alternativ gjennomføring*» av det som var angitt i konkurransegrunnlaget. Denne overtakelsen medførte en besparelse for innklagede som gikk i fradrag i valgte leverandørs evalueringssum.
- (47) I konkurransegrunnlaget er det angitt at kostnader for kommunikasjon med kabeletater slik som BKK, skulle være omfattet av leverandørenes priser. Det var videre presisert at

«BKK står selv for planlegging og prosjektering av egne anlegg, herunder høyspent, lavspent, fiber, samt bestille materiell og sørge for gjennomføring av ombyggingen [...]».

- (48) Klagenemnda forstår denne presiseringen i konkurransegrunnlaget som at ansvaret for midlertidige tiltak for BKKs anlegg var positivt utelatt fra konkurransen. Ut fra begrunnelsen for tildelingen, har innklagede lagt til grunn at valgte leverandørs alternative gjennomføring innebærer at selskapet skulle overta BKKs oppgaver i prosjektet. Dette ville medført at kontrakten mellom valgte leverandør og innklagede omfattet en ytelse i form av arbeid med BKKs anlegg som lå utenfor det som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- (49) Innklagede har imidlertid senere i e-post til nemnda forklart at valgte leverandørs tilbud innebærer at prosjektet skal utføres på en måte som gjør at behovet for midlertidige tiltak ved BKKs anlegg ikke lenger er nødvendig, og at kostnadene faller bort. Slik innklagede nå forklarer saken, er det altså ikke tale om at valgte leverandør skal utføre prosjekteringen av BKKs anlegg, men at valgte leverandørs fremgangsmåte innebærer at det ikke er behov for midlertidige tiltak ved BKKs anlegg. Nemnda forstår videre innklagedes forklaring slik at valgte leverandør likevel har påtatt seg ansvaret for BKKs anlegg i byggeperioden, men uten at noe konkret tilleggsarbeid skal utføres i forbindelse med disse. Det er dermed ikke slik at kontrakten mellom valgte leverandør og innklagede innebærer en tilleggsytelse som ikke var inntatt i konkurransegrunnlaget, slik det er forutsatt i klagen.
- (50) På denne bakgrunn finner ikke klagenemnda grunn til å vurdere om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse i form av midlertidige tiltak ved BKKs anlegg.
- (51) Klagenemnda finner grunn til å bemerke at det var først i e-post av 2. oktober 2020, at innklagedes forståelse og evaluering av valgte leverandørs tilbud ble klargjort. Klager har påpekt i e-post til nemnda av 5. oktober 2020, at innklagedes senere forklaring står i motstrid med det som innklagede har forklart om evalueringen i tildelingsbeslutningen, samt i klagesvarene og prosesskriftene til klagenemnda. Klagenemnda forstår klagers innsigelse som en anførsel om brudd på kravet til etterprøvbarhet. Innklagede klargjorde ikke forståelsen og evalueringen av valgte leverandørs tilbud før 2. oktober 2020, om lag 9 måneder etter tilsvaret til klagenemnda, og nesten ett år etter den endelige tildelingsbeslutningen. På denne bakgrunn konstaterer klagenemnda at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet, jf. anskaffelsesloven § 4.
- (52) Klagenemnda tar i det videre stilling til spørsmålet om det var i strid med regelverket å gi valgte leverandør et fradrag på 540 000 kroner i evalueringssummen for overtakelse av ansvar for all videre prosjektering av utførelsesentreprisen.
- (53) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at tilbyderne hadde anledning til å «*levera tilbod om alternativ gjennomføring av entreprisa*». I valgte leverandørs tilbud er det lagt opp til at valgte leverandør skulle overta ansvar for all videre prosjektering av entreprisen.
- (54) I den endelige tildelingsbeslutningen, fremgikk det at valgte leverandør fikk uttelling for prosjekteringsovertakelsen under tildelingskriteriet «*Totale kostnader*». Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet «*Totale kostnader*» skulle evalueres basert på tilbyderens «*evalueringssum [...] justert for evt. Prising av alternativ gjennomføring*».



- (55) Anskaffelsen gjaldt en utførelsesentreprise, som i utgangspunktet ikke omfatter prosjekteringsarbeider. Siden det var åpnet for å tilby «*alternativ gjennomføring*» av entreprisen, innebar det at tilbudene kunne omfatte noe prosjekteringsarbeid. Klagenemnda forstår det slik at overtakelsen av videre prosjektering utgjorde en forholdsvis begrenset del av det resterende arbeidet. Dette hadde også vært et tema under forhandlingene mellom valgte leverandør og innklagede. Etter klagenemndas syn var det derfor ikke i strid med konkurransegrunnlaget at valgte leverandør fikk positiv uttelling for å tilby overtakelse av ansvaret for videre prosjektering av entreprisen.
- (56) Valgte leverandørs tilbud innebærer, som nevnt ovenfor, en «*alternativ gjennomføring*» av entreprisen. Denne alternative gjennomføringsmetoden og ansvarsovertakelsen fører til en konkret besparelse for innklagede. Innklagede har i denne forbindelse vist til prissettingen av denne ansvarsovertakelsen baserte seg på kostnadene for prosjektering av tilsvarende entrepriser. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å betvile at besparelsen i valgte leverandørs tilbud var forsvarlig prissatt. Det var derfor etter klagenemndas syn forutberegnelig at den alternative gjennomføringen ble gitt positiv uttelling under evalueringen av tildelingskriteriet «*Totale kostnader*».
- (57) Innklagede har etter dette ikke brutt kravet til forutberegnelighet ved å gi valgte leverandør et fradrag på 540 000 kroner i evalueringssummen for overtakelse av ansvar for videre prosjektering av utførelsesentreprisen.
- (58) Når det gjelder klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, viser nemnda til at man er kommet til at valgte leverandørs tilbud innebærer en lovlig alternativ gjennomføring av entreprisen. Valgte leverandørs utføring av kontrakten vil dermed ligge innenfor det som var kunngjort.

#### *Omgjøring av tildelingsbeslutning*

- (59) Klager har anført at innklagede ved omgjøringen av tildelingsbeslutningen gjorde en ulovlig endring i den skjønnsmessige vurderingen under tildelingskriteriet «*totale kostnader*».
- (60) Det fremgår av forskriften § 10-1 (3) at «*dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valget av leverandør er i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått*». Omgjøringen av beslutningen må imidlertid begrenses til retting av feilen.
- (61) I denne saken omgjorde innklagede tildelingsbeslutningen fordi innklagede mente at det var feil å vektlegge besparelser som følge av alternative gjennomføringsforslag under tildelingskriteriet «*Gjennomføringsplan og løysingsforslag*», og at det heller skulle vært vektlagt under tildelingskriteriet «*Totale kostnader*».
- (62) Dersom man er av den oppfatning at besparelsen var evaluert under feil tildelingskriterium i den opprinnelige tildelingsevalueringen, må nødvendigvis rettingen av denne feilen innebære at besparelsen evalueres på nytt under tildelingskriteriet «*totale kostnader*». Feilen kan altså ikke rettes på noen annen måte enn ved at det foretas en ny evaluering av valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda bemerker også her at nemnda ikke har grunnlag for å betvile at innklagedes prissetting av besparelsene i valgte leverandørs tilbud var forsvarlig. Denne evalueringen innebærer ikke en endret skjønnsutøvelse. Klagers anførsel fører på dette punktet ikke frem.

***Konklusjon:***

Øygarden kommune har brutt kravet til etterprøvbarhet i tildelingsevalueringen.

Klagers anførsel om at innklagede hadde handlet i strid med kravet til forutberegnelighet i tildelingsevalueringen førte ikke frem.

Klagers anførsler om ulovlig omgjøring av tildelingsbeslutning og ulovlig direkte anskaffelse, førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*