



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud. Tildelingsevaluering.

*Innklagede gjennomførte en begrenset tilbudskonkurranse om et utviklingsprosjekt for etablering av bosteder i tidligere sykehjemsbygg. Klager anførte at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av vesentlige avvik. Videre har klager anført at evalueringen under tildelingskriteriet «Kvalitet» er i strid med regelverket. Subsidiært ble det gjort gjeldende at konkurransen skulle ha vært avlyst på grunn av feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved evalueringen av kvalitetskriteriet.*

### **Klagenemndas avgjørelse 8. desember 2020 i sak 2020/295**

**Klager:** Allbygg Florø AS

**Innklaget:** Bremanger kommune

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Marianne Dragsten, Kjersti Holum Karlstrøm og Arnt Skjefstad

#### **Bakgrunn:**

(1) Bremanger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. november 2019 en begrenset tilbudskonkurranse om et utviklingsprosjekt for etablering av bosteder i tidligere sykehjemsbygg. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen angitt til 5. desember 2019.

(2) Anskaffelsen var i kunngjøringen beskrevet slik:

*«[...] Oppdragsgjevar ynskjer at den gamle sjukeheimen på gnr. 38 bnr. 255 skal byggast om til ein kombinasjon av omsorgsbustader og andre bustader («Prosjektet»). I bygget si fyrste etasje skal det etablerast 4 omsorgsbustader med tilknytning til ein personalbase i tillegg til 6 andre leilegheiter slik spesifisert i konkurransegrunnlaget DEL C med tilhøyrande vedlegg. I resten av bygget skal det etablerast bustader.»*

(3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandøren som ble tildelt kontrakten, var forpliktet til å kjøpe det gamle sykehjemmet med tilhørende eiendom av kommunen, og stå for all videre utvikling av prosjektet. I byggets første etasje skulle det etableres fire omsorgsboliger med tilknytning til en personalbase, samt seks andre leiligheter, som skulle selges tilbake til kommunen som ferdige enheter. I resten av bygget skulle utvikleren etablere leiligheter for salg i egen regi.

(4) I kravspesifikasjonen fremgikk det blant annet:

*«Alle bustadane skal oppfylle plan- og bygningsloven med gjeldande tekniske forskrift (TEK 17), samt gjeldande kommuneplan. Alle arbeider og konstruksjonar skal vera utført i samsvar med NS 3420 og andre relevante norske standardar. Dei 4 omsorgsbustadane*

**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)

*må i tillegg oppfylle Husbankens krav til omsorgsbustader for personar med behov for heildøgns helse- og omsorgstenester. Desse krava skal liggje som vedlegg til avtalen om kjøp, men dette betyr mellom anna at bustadane må:*

- *Vera universelt utforma i samsvar med NS 11001*
- *Oppfylle krava som vert stilt til risikoklasse 6 i samsvar med branntekniske krav, og det skal installerast sprinkelanlegg*
- *Oppfylle krava i arbeidsmiljøloven*
- *Vere tilrettelagt for tilkopling og montering av elektroniske hjelpemiddel, kommunikasjons- og varslingsystem og annan velferdsteknologi*
- *Ha skinner i tak og takheis for god tilkomst mellom sov./bad/stove*

*Tilbydar pliktar sjølv å setje seg inn i krava til Husbanken og sikre at krava vert oppfylt.*

*Parkeringsplassar: Tilbydar plikter å opparbeide og seksjonere til kommunen ein eksklusiv parkeringsplass pr. leilegheit (totalt 6 stk.), samt ein eksklusiv parkeringsplass pr. omsorgsbustad (totalt 4 stk.) og 5 eksklusive parkeringsplassar for personalbasen. Parkeringsplassane skal oppfylle krava som vert stilt frå plan- og bygningsmyndigheitene og minst krava i gjeldande Sintefs byggforsk-blad.»*

- (5) I den første fasen av konkurransen skulle leverandørene levere en forespørsel om å delta, og deretter vurderte innklagede om leverandørene oppfylte konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav. De kvalifiserte leverandørene ville deretter bli invitert til å inngi tilbud i konkurransen.
- (6) Leverandørene skulle utfylle tilbudsskjema («KGL vedlegg 5 – tilbudsskjema»), hvor de under punktet «Kvalitet – beskriving av tilbudne bustader» måtte gi følgende beskrivelse:

*«Tilbydar må gje ei beskriving av dei ferdige einingane som vert tilbodne. Beskrivinga vil bli tatt inn som vedlegg til kontrakt og vil vera bindande som ei leveransebeskriving. Beskrivinga vil og bli lagt til grunn for evalueringa. Tilbydar kan velje å setje inn fullstendig beskriving i denne tabellen (i kolonna til høgre) eller beskrive bustadane og personalbasen i egne dokument som vert lagt som vedlegg til tilbodet.*

*Beskrivinga bør utformast som eit fullstendig prospekt/salsoppgåve og bør minst innehalde informasjon om:*

- *Storleik på bustadene og personalbasen*
- *Planløsning*
- *Romprogram*
- *Funksjonar til bygningsdelar*
- *Tekniske installasjonar og funksjonar til desse*
- *Brukarutstyr og inventar*

- *Kvalitet på overflater og materialar*
  - *Estetiske tilhøve - utforming av bygg, bustader og uteareal ( gjerne teikningar eller illustrasjonar)»*
- (7) Valg av tilbud ble basert på hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, hvor tildelingskriteriet «Pris» var vektet 75 prosent og «Kvalitet – beskriving av tilbudne bustader» var vektet 25 prosent. Om sistnevnte kriteriet fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget:

*«Ved evalueringa av tilboda under tildelingskriteriet kvalitet vil det bli gjort ei heilskapsvurdering av kvaliteten på dei tilbodne bustader og personalbase, der særleg følgjande moment vil inngå i vurderinga:*

- *Storleik på bustadene og personalbasen*
  - *Planløyising/ romprogram*
  - *Funksjonar til bygningsdelar*
  - *Tekniske installasjonar og funksjonar til desse*
  - *Brukarutstyr og inventar*
  - *Kvalitet på overflater og materialar med omsyn til bla. Slitestykke*
  - *Estetiske tilhøve - utforming av bygg, bustader og uteareal.»*
- (8) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører: Allbygg Florø AS (heretter klager) og UNU AS. Det ble gjennomført dialog med begge leverandørene.
- (9) I leveransebeskrivelsen til UNU AS i avsnittet «Avvik, samt elementer som ikke er en del av leveransen» fremgikk følgende:

*«Det tas forbehold om endringer av innhold i dette dokument som følge av prosjektering og tilpasninger. Alle mål på tegninger angis med forbehold om prosjektering og tilpasninger av bl.a. sjakter, føringer, bærende konstruksjoner etc. Alle mål på tegninger er fra bindingsverk, dvs. det vil komme innvendig- og utvendig bekledning/lekting. Arealavvik kan forekomme i form av prosjektering. Selger tar forbehold om at avvik kan variere på boligen med +/- 5 %. Arealavvik kan også forekomme på tomten som følge av endelig plassering av teknisk utstyr, fellesanlegg, grøfter, kummer, stier etc. Som følge av prosjekteringen kan endelige planløsninger og fasader avvike fra eksisterende tegninger.*

*Eksempelvis:*

- *Sjakter er i dag ikke plassert på tegning (til ventilasjon etc.)*
- *Nedføring av enkelte himlinger som følge av ventilasjonssystem*
- *Plassering av utstyr og innredning (for eksempel endelig plassering av fordeler skap)»*

(10) Ved brev av 17. februar 2020 opplyste innklagede å ha til hensikt å inngå kontrakt med UNU AS (heretter *valgte leverandør*). Poengdelingen mellom disse var etter vekting 9,51 poeng til klager og 10,00 poeng til valgte leverandør.

(11) I tildelingsbrevet var det gitt følgende begrunnelse for evalueringen under tildelingskriteriet «Kvalitet»:

*«For tildelingskriteriet kvalitet skulle evalueringa gjerast ut i frå ei heilskapsvurdering av kvaliteten på dei tilbodne bustadane og personalbasen, etter moment (7stk.) oppgjewe i tabellen under, side 2. Beste tilboden kvalitet vurderer ein gjeve av tilbydar UNU AS. Dei har oppnådd ein samla sum på 70, som gjev 10 poeng på tildelingskriteriet kvalitet. Deretter følger Allbygg Florø AS med sitt tilbod med ein samla sum på 66, som gjev 9,43 poeng på kvalitet. For dei fleste momenta vurderte Bremanger kommune den tilbodne kvaliteten som like god hjå begge tilbydarane. Unntaka var for funksjon til bygningsdelar og tekniske installasjonar og funksjonar til desse der ein vurderte kvaliteten på UNU AS si tilbodne løysing som noko betre enn Allbygg Florø AS si løysing, slik det følgjer av karakterane under.»*

(12) Klager innga klage på kontraktstildelingen i brev av 28. februar 2020. I klagen var det fremholdt at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av vesentlige avvik, da det ikke var mulig å sammenligne tilbudene. Subsidiært gjorde klager gjeldende at konkurransen skulle ha vært avlyst på grunn av feil/uklart konkurransegrunnlag, ettersom innklagede hadde akseptert en forskyvning av tidspunktet for levering av utomhusplanen. Til slutt gjorde klager gjeldende at poenggivningen i evalueringen ikke var korrekt.

(13) Valgte leverandør kom med en merknad til klagen i brev av 4. mars 2020. I merknaden var det fremholdt at det ikke forelå plikt til å avvise tilbudet, da dette var i samsvar med konkurransegrunnlaget.

(14) Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede i brev av 4. mars 2020.

(15) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått i begynnelsen av mars 2020.

(16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. april 2020.

(17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. desember 2020.

#### **Anførsler:**

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

(18) Tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av vesentlige avvik, fordi valgte leverandørs tilbud manglet en beskrivelse av utearealet.

(19) Videre inneholdt valgte leverandørs tilbud et avsnitt om «*[a]vvik, samt elementer som ikke er en del av leveransen*». Dette viser at det foreligger et avvik, da det i tilbudet vises til «*elementer som ikke er en del av leveransen*».

(20) Verken hva gjelder tildelingskriteriet pris eller kvalitet, kan det evalueres noe man ikke kjenner til hva er. Dette vil være et brudd på forutberegnelighetsprinsippet. Det som ikke er medtatt kan altså ikke hensyntas i evalueringen.

- (21) Subsidiært gjøres det gjeldende at konkurransen skulle ha vært avlyst på grunn av feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget. Nærmere bestemt har innklagede åpnet for en «en forskyvning av tidspunktet for levering av utomhusplanen». Dersom klager hadde vært klar over at en slik forskyvning ville aksepteres, fremholdes det at klager ville ha inngitt et tilbud med en annen pris og en annen beskrivelse.

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

- (22) Det bestrides at innklagede har brutt forskriften § 9-6. Tilbudet til valgte leverandør inneholder ikke et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (23) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

**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 ombygging av tidligere sykehjemsbygg til en kombinasjon av omsorgsboliger og andre boliger som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

*Avvisning av valgte leverandørs tilbud*

- (25) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlige avvik. Nærmere bestemt manglet valgte leverandørs tilbud en beskrivelse av utearealet.
- (26) Det følger av forskriften § 9-6 (1) bokstav b) at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».
- (27) Et «avvik» foreligger dersom oppdragsgiver ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlaget fordi det foreligger en reservasjon fra leverandørens side. Dette legges blant annet til grunn av lagmannsretten i avgjørelsen LH-2009-45911 (Bodø kommune), hvor det fremgår at det først dreier seg om et avvik hvor det foreligger en uoverensstemmelse mellom tilbudet og kontraktvilkårene i konkurransegrunnlaget. Om det foreligger en slik uoverensstemmelse, beror på en tolkning av konkurransegrunnlaget, sett opp mot det aktuelle tilbudet.
- (28) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene skulle inngi en beskrivelse av de ferdige enhetene som ble tilbudt. Beskrivelsen ville være bindende som en leveransebeskrivelse, og den ville også bli lagt til grunn ved evalueringen. Videre var det angitt at beskrivelsen «bør» utformes som et fullstendig prospekt/salgsoppgave, og «bør» inneholde en nærmere beskrivelse av syv punkter som var opplistet. Ett av disse underpunktene var at tilbudet fra leverandørene «bør» inneholde en beskrivelse av «*Estetiske tilhøve – utforming av bygg, bustader og uteareal*».
- (29) Valgte leverandør leverte følgende beskrivelse av utearealet:
- «Utenomhusplan blir utformet ved oppstart av prosjektet. Det er medtatt arbeider som vist i plantegning for første etasje. Det blir et utenomhusareal av alminnelig god kvalitet.»*
- (30) Valgte leverandør hadde i tillegg angitt at det ville seksjoneres parkeringsplasser i tråd med kravspesifikasjonen.

- (31) Innklagede fremholder at valgte leverandørs tilbud ikke inneholder et avvik, da valgte leverandør må levere et uteområde som oppfyller kravene i kravspesifikasjonen del C, samt et uteareal av *«alminnelig god kvalitet»*.
- (32) Konkurransesgrunnlaget er utformet på bakgrunn av prosjektets art som utviklingsprosjekt, noe som medfører at kravspesifikasjonene er lagt opp på et overordnet nivå og er i hovedsak basert på funksjonskrav. Hvilke materialer som skulle brukes, hvordan oppdraget skulle utføres og løsningen som ble valgt, var i hovedsak opp til leverandørene, så lenge de tekniske kravene som var opplistet ble oppfylt.
- (33) For utomhusområdet måtte tilbyderne oppfylle gjeldende krav for utomhusområdene i lov og forskrift, og utføre utomhusarbeidene i samsvar med norsk standard og ivareta kravene til parkeringsplasser. Utover dette var det ikke satt spesifikke krav til selve utformingen av utomhusområdet. Videre var utomhusarbeidene kun angitt som ett av tre punkter som skulle beskrives under *«estetiske tilhøve»*, som igjen var ett av syv momenter som skulle beskrives. Utover kravene som var stilt til parkeringsplasser, var det lite fokus på utomhusområdet i konkurransesgrunnlaget.
- (34) Klagenemnda kan ikke se at en lite konkret beskrivelse av utomhusarealet representerer et avvik fra anskaffelsesdokumentene. Et avvik vil typisk bestå i at oppdragsgiver ikke kan påberope seg en bestemmelse i konkurransesgrunnlaget fordi det foreligger en reservasjon fra leverandørens side. I dette tilfellet vil imidlertid innklagede kunne påberope seg et uteareal som oppfyller kravene som er oppstilt i kravspesifikasjon del C.
- (35) Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbudte utomhusarealet avviker fra det som var angitt i konkurransesgrunnlaget, kan dermed ikke føre frem.
- (36) Videre har klager anført at valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik, ettersom valgte leverandørs tilbud inneholdt et avsnitt om *«[a]vvik, samt elementer som ikke er en del av leveransen»*. Klager fremholder at dette klart viser at det foreligger et avvik, da det vises til *«elementer som ikke er en del av leveransen»*. Klagenemnda leser denne delen av valgte leverandørs tilbud som en forutsetning om mindre justeringer som kan bli nødvendige som følge av detaljprosjekteringen. Kontrakten i vårt tilfelle er et utviklingsprosjekt, hvor detaljprosjekteringen er en del av arbeidet leverandøren skal utføre i kontraktsperioden. I en slik kontrakt vil det være en nødvendig forutsetning at detaljprosjekteringen kan føre til noen justeringer, uavhengig av om dette er omtalt som et avvik i tilbudet eller ikke. I den grad disse formuleringene i valgte leverandørs tilbud må karakteriseres som avvik, er klagenemndas oppfatning at dette uansett ikke utgjør vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (37) På bakgrunn av det ovennevnte, inneholder ikke valgte leverandørs tilbud vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene etter § 9-6 (1) bokstav b). Klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Avlysning på grunn av feil eller uklarheter i konkurransesgrunnlaget*

- (38) Subsidiært har klager anført at konkurransen skulle ha vært avlyst på grunn av feil eller uklarheter i konkurransesgrunnlaget. Nærmere bestemt mener klager at innklagede har åpnet for en *«forskyvning av tidspunktet for levering av utomhusplanen»*. Dersom klager hadde vært klar over at en slik forskyvning ville aksepteres, fremholdes det at klager ville ha inngitt et tilbud med en annen pris og en annen beskrivelse.

- (39) Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at leverandørene var forpliktet til å inngi en detaljert utomhusplan på tilbudstidspunktet. Valgte leverandør har levert en beskrivelse av utomhusområdet, som er i samsvar med kravspesifikasjonen og de krav som var stilt til parkeringsplasser. På bakgrunn av dette har klagenemnda kommet til at innklagede ikke har akseptert en forskyvning av tidspunktet for levering av utomhusplanen. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

#### *Tildelingsevalueringen*

- (40) Klagenemnda forstår klager slik at det også anføres at evalueringen under tildelingskriteriet «Kvalitet» er i strid med regelverket.
- (41) Ved vurderingen av tilbudene i henhold til tildelingskriteriene har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som klagenemnda bare i begrenset grad kan overprøve rettslig. Nemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, basert på feil faktum, eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4, jf. eksempelvis Rt. 2007 side 1783 (NIDA), avsnitt 44. Dette beror i første rekke på om skjønnen er utøvd i tråd med det som en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder hadde grunn til å forvente.
- (42) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede – ved bedømmelsen av tildelingskriteriet «Kvalitet» – ville foreta «*ei heilskapsvurdering av kvaliteten på dei tilbodne bustader og personalbase*», etter syv momenter som var nærmere opplistet i en tabell.
- (43) Av tildelingsbrevet gikk det frem at valgte leverandør hadde oppnådd 10 poeng på tildelingskriteriet kvalitet, mens klager hadde oppnådd 9,43 poeng. Som begrunnelse var det oppgitt at for de fleste av de syv momentene var den tilbudte kvaliteten «*like god*» fra begge leverandørene. Unntaket var for funksjon til bygningsdeler og tekniske installasjoner og funksjoner, hvor innklagede vurderte kvaliteten på valgte leverandørs tilbudte løsning som «*noko betre*» enn klagers løsning.
- (44) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har pekt på noen konkrete forhold hvor valgte leverandør tilbyr bedre kvalitet. At en tilbudt løsning er «*noko betre*» sier ikke noe om hva som ga uttelling i evalueringen. I begrunnelsen gitt i tildelingsbrevet er det dermed ikke synliggjort hvilke forhold som har gitt valgte leverandør 10 poeng for kvalitet.
- (45) I forbindelse med behandlingen av saken for klagenemnda er det vist til at valgte leverandør leverte en «*grundig og god beskriving av den leveransen dei ville tilby. Dei har levert eigne leveransebeskrivingar for både personalbasen, omsorgsbustadane, og leilegheitene*». Det er videre vist til at valgte leverandør samlet sett har levert «*ei meir omfattende beskriving enn kva Allbygg har*». Det er altså kun vist at innklagede har vektlagt hvor gode besvarelsene er isolert sett, og ikke egenskapene ved leveransen som tilbys.
- (46) Klager har vist til at valgte leverandør har en manglende beskrivelse av uteareal. Til dette viser innklagede til at valgte leverandør oppfylte kravene i kravspesifikasjonen. Det følger imidlertid av konkurransegrunnlaget at innklagede skulle foreta en kvalitativ vurdering av tilbudene på dette punktet under «*Estetiske tilhøve*». Klagenemnda kan ikke se at innklagede har foretatt en slik vurdering.

- (47) Klagenemnda er derfor kommet til at innklagede har gått utenfor de rettslige rammene for skjønnsutøvelsen ved evalueringen under tildelingskriteriet «Kvalitet».
- (48) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

***Konklusjon:***

Bremanger kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved evalueringen av tildelingskriteriet «Kvalitet».

Klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

*Dokumentet er godkjent elektronisk*