



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Reelle forhandlinger. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om diverse arbeider for opprusting av Ola Dahls Gate i Sel kommune. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved tildelingsevalueringen, fordi den ikke hadde tatt hensyn til relevante forskjeller mellom tilbudene. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å konstatere at tildelingsevalueringen var ulovlig, men konkluderte med at kravet til etterprøvbarehet var brutt. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved gjennomføringen av dialogen, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. juli 2020 i sak 2020/316

Klager: Skogen Entreprenør AS

Innklaget: Sel kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Halvard Haukeland Fredriksen og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Sel kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 6. februar 2020 en åpen tilbudskonkurranse om «*opprusting av Ola Dahls gate med etablering av sykkelveg med fortau på strekningen mellom gang- og sykkelveg til Dahle i vest til Selsvegen i øst*». Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til 22 millioner kroner. Tilbudsfrist var satt til 6. mars 2020.
- (2) I kunngjøringen stod det at entreprisen omfattet veg- og grunnarbeider, landskapsutforming, vann-, avløp- og overvannsanlegg og elektroarbeider. Konkurransen gjaldt fase (delstrekning) II av et større prosjekt. Valgte leverandør i fase I var Stian Brenden Maskinservice AS.
- (3) I konkurransegrunnlaget stod det blant annet følgende om konkurransen:

«Kontraksarbeidet omfatter å oppruste Ola Dahls gate for å gi bedre forhold for sykkel og gange. Ola Dahls gate er sammen med Storgata hovedsykkelåre i Ottabyen og må utformes deretter. Ola Dahls gate på strekningen mellom gang- og sykkelveg til Dahle i vest og Selsvegen i øst skal utformes med fortau, kjørebane og sykkelveg med fortau.

Anleggsområdet i Ola Dahls gate er ca 655 meter langt, i Selsvegen ca 125 meter langt og det er mindre tiltak i Liavegen, Ottekra og Windenveys gate samt et overvannsuttrekk under rv. 15 til Ottaelva. Det er betydelig med trafikk gjennom området og trafikkavvikling vil være essensielt for prosjektet og framdrift. Det er også mange bolighus som vil bli berørt av tiltaket. Alle hus og forretninger skal ha tilgang i hele

anleggsperioden. Og det er essensielt at skolebarn og andre myke trafikanter til og fra Dahle kommer seg trygt til og fra i hele anleggsperioden.»

- (4) *Om trafikkavvikling stod det at «[a]nleggsområdet skal tilrettelegges og sikres forsvarlig, slik at det ikke hindrer transport til og fra området. Sikkerheten til myke trafikanter skal spesielt ivaretas. Entreprenøren er selv ansvarlig for å utarbeide nødvendige planer for å sikre at arbeidet utføres til minst mulig ulempe for beboere og publikum. Entreprenøren er ansvarlig for arbeidsvarsling.»*

- (5) *Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at kontrakt ville bli tildelt på bakgrunn av «Pris» (vektet 50 prosent) og «Oppgaveforståelse» (vektet 50 prosent). Sistnevnte tildelingskriterium var inndelt i to punkter, hvor 60 prosent av kriteriet («T2») skulle bero på følgende:*

«Beskrivelse av hvordan oppdraget forstås og er tenkt løst.

Fremdrift med milepeler og ressursbruk skal presenteres i en fremdriftsplan. Fremdriftsplanen skal være tydelig, lettlest og inneholde alle arbeidsoperasjoner med nødvendig bemanning og tidsbruk.»

- (6) *Videre skulle 40 prosent av kriteriet («T3») bli vurdert ut ifra følgende:*

«Beskrivelse av hvordan oppdraget forstås og er tenkt løst. Trafikkavvikling skal presenteres i en trafikkavviklingsplan. Trafikkavviklingsplanen skal vise tenkt arbeidsvarsling, skilting, sperringer/stenginger, omlegginger, osv. for ALLE nødvendige faser i prosjektet. Alle nødvendige faser i trafikkavviklingsplanen skal henge sammen med framdriftsplanen.»

- (7) *Under konkurransegrunnlagets punkt «Fremdriftsplanlegging», stod det følgende:*

«Entreprenør skal utarbeide en framdriftsplan med tidsangivelser i tilbudet. Fremdriftsplanen skal vise nødvendige og mulige parallelle oppgaver. Det er her viktig å tenke på overvannsuttrekket til Ottaelva som må være på plass så tidlig at grøfte traseene i resten av anlegget har mulighet for å dreneres.

Fremdriftsplan må også angi tid for eventuell ferieavvikling eller lignende under anleggsperioden, eller om det planlegges redusert bemanning i ferien.

Dersom det skal avvikles ferie i anleggsperioden, må det også utarbeides en beskrivelse for drift og oppfølging av provisorier i ferieperioden. Framdriftsplanen skal dokumentere at entreprenøren med sine ressurser (bemanning og maskiner) har kapasitet til å gjennomføre oppdraget ut fra rammebetingelsen.»

- (8) *Under punktet «Trafikkavvikling» stod det: «Anleggsområdet skal tilrettelegges og sikres forsvarlig, slik at det ikke hindrer transport til og fra området. Sikkerheten til myke trafikanter skal spesielt ivaretas. Entreprenøren er selv ansvarlig for å utarbeide nødvendige planer for å sikre at arbeidet utføres til minst mulig ulempe for beboere og publikum. Entreprenøren er ansvarlig for arbeidsvarsling.»*

- (9) *Det stod videre at det basert på dokumentasjon av oppgaveforståelse ville bli gitt en score fra null til ti.*

- (10) Skogen Entreprenør AS (heretter *klager*) og Stian Brenden Maskinservice AS var blant fire leverandører som leverte tilbud.
- (11) Det ble gjennomført møter med både klager og Stian Brenden Maskinservice AS 24. mars 2020. Av referatene fra møtene fremgår det at leverandørene fikk følgende spørsmål i relasjon til 23 ulike prisposter: «*Hva ligger til grunn for posten? Er det tatt særlige hensyn?*»
- (12) Leverandørene ble senere meddelt at Stian Brenden Maskinservice AS (heretter *valgte leverandør*) var innstilt som vinner av konkurransen med ti vektete poeng (full score). Klager ble innstilt som nummer to med 9,5 vektete poeng. Følgende var inntatt i evalueringsrapporten om «*Oppgaveforståelse*»:

«[Valgte leverandør] har levert oppgaveforståelse, faseplaner, fremdriftsplan og trafikkavviklingsplan.

Anleggsgjennomføringen er delt opp i tre hovedfaser, forberedende aktivitet og boring under rv.15, grøft og rørarbeider og oppbygging. Hver hovedfase er deretter inndelt i underfaser. Gjennomførings-, fase-, fremdrifts- og trafikkavviklingsplanene er pedagogisk oppbygd og henger sammen. Entreprenøren har begrunnet hvorfor de forskjellige operasjonen er valgt gjort i den rekkefølgen de har lagt opp.

Faseplanene viser på hvilke strekninger/punkter det er tenkt å jobbe i den enkelte fase. Trafikkavviklingsplanen viser kun prinsipper for trafikkavvikling for hver operasjon. Den viser ikke hvordan alle adkomster skal ivaretas eller hvor myke trafikanter kan ledes bort fra anlegget.

Fremdriftsplanen har god detaljering og viser arbeidsoperasjoner, maskiner, avhengigheter og tid for alle operasjoner som er beskrevet.

Score: T2=10/T3=10.

[...]

[Klager] Har levert en Trafikkavviklingsplan og en framdriftsplan.

Anleggsgjennomføringen er delt opp i 5 faser. Hvor fase 5 er opsjon 1 gsv for svv/fylket. Hver fase er delt inn ei underfaser. Trafikkavviklingsplanen er detaljert i hver underfase og viser arbeidsområde, hva som skal gjøres og omkjøringsmuligheter og hvor myke trafikanter skal ledes. Entreprenøren har begrunnet hvorfor de forskjellige operasjonen er valgt gjort i den rekkefølgen de har lagt opp. Adkomster til eiendommer og med kjørebruer eller om det vil bli stengt i kortere perioder er også vist og beskrevet.

Fremdriftsplanen er godt detaljert og viser faser og underfaser med ressurser, tidsbruk og avhengigheter.

Score: T2=10/T3=10.»

- (13) I et vedlagt poengskjema stod det at klager var gitt full score på «*Oppdragsforståelse*», herunder 3 og 2 vektete poeng på henholdsvis «*T2*» og «*T3*». I skjemaet stod det imidlertid samtidig at valgte leverandør bare hadde fått en vektet score på 2,7 og 1,8 poeng på henholdsvis «*T2*» og «*T3*».

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. april 2020. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. juni 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Tildelingsevalueringen beror på feil, ettersom det ikke er tatt hensyn til de åpenbare svakheter i valgte leverandørs tilbud som er beskrevet i evalueringsrapporten. Svakheterne knytter seg til valgte leverandørs trafikkavviklingsplan og fremdriftsplan. Valgte leverandørs besvarelser på disse punktene er tynne og ufullstendige. Det er derfor åpenbart at tildelingsbeslutningen ikke tar hensyn til relevante forskjeller mellom tilbudene. Innklagede plikter derfor å omgjøre tildelingsbeslutningen, og fatte en ny beslutning om tildeling.
- (17) Subsidiært har innklagede brutt de grunnleggende kravene ved gjennomføringen av forhandlingene. Innklagede skulle ha gitt veiledning om at det var nødvendig å tilby en lavere tilbudssum for å vinne konkurransen. Forhandlingene synes for øvrig å etterlate et inntrykk av at klager ble brukt som et referansepunkt for valgte leverandørs prissammensetning, all den tid det ikke skulle forhandles om priser. Dette utgjør et klart brudd på kravet til likebehandling.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det er ikke begått feil ved tildelingen som medfører at tildelingsbeslutningen må omgjøres. Evalueringen bygger på et korrekt faktisk grunnlag og relevante forskjeller er vektlagt. Det er tilbudets helhet som er avgjørende og de ulike dokumentene må ses i sammenheng. At det er oppgitt en ukorrekt poengscore ett sted i evalueringsrapporten endrer ikke på dette. Det er anledning til å vurdere flere tilbud til maks score, dersom disse oppfyller behovet til oppdragsgiver fullt ut. Det understrekes at det var oppgaveforståelsen som skulle vurderes, og ikke utelukkende trafikkavviklings- og fremdriftsplan.
- (19) Forhandlingene er gjennomført i tråd med regelverket. Både valgte leverandør og klager ble invitert til forhandlinger fordi det var behov for å forstå sammensetningen av tilbudene. Formålet var ikke å forhandle om priser.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder diverse arbeider på en fylkesvei, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 22 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 del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Gjennomføringen av dialogen

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved gjennomføringen av dialogen med leverandørene. Det er vist til at dialogen ikke er gjennomført i tråd med lovens grunnleggende prinsipper og at innklagede ikke har overholdt sin veiledningsplikt.
- (22) Det følger av forskriften § 9-3 (4) at oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i dialogen.
- (23) Leverandørene fikk de samme spørsmålene, hvor det ble bedt om en nærmere redegjørelse for sammensetningen av prisen i tilknytning til 23 ulike prisposter. Det er ikke holdepunkter for at leverandørene har blitt behandlet ulikt under dialogen.
- (24) Dialogen kan gjelde *«alle sider ved tilbudene og andre mottatte dokumenter eller opplysninger og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger»*, jf. forskriften § 9-3 (1). Det kan ikke utledes av forskriften at oppdragsgiver har noen alminnelig veiledningsplikt overfor leverandørene, se klagenemndas avgjørelse i sak 2017/157, premiss 37 til 38. Oppdragsgiver kan heller ikke pålegges en plikt til å påpeke alle sider av leverandørens tilbud som kan forbedres, se til sammenligning nemndas avgjørelse i sak 2017/78, premiss 56. Klagenemnda kan ikke se at det medfører riktighet at innklagede hadde plikt til å påpeke at klager burde tilby en lavere pris for å vinne konkurransen eller at leverandørene var ansett som like gode hva gjaldt *«Oppgaveforståelse»*.
- (25) Anførselen om at innklagede har brutt regelverket ved gjennomføringen av dialogen, har ikke ført frem.

Tildelingsevaluering

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen. Dette er begrunnet med at innklagede har gitt valgte leverandør trekk i poeng og kritiske kommentarer i evalueringsrapporten, som imidlertid ikke har fått betydning ved den endelige poenggivningen. Ifølge klager viser dette at relevante forskjeller ved tilbudene ikke har blitt vektlagt.
- (27) Den rettslige kontrollen med evalueringen av tilbudene er begrenset. Klagenemnda kan prøve om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om skjønnsutøvelsen er vilkårlig, sterkt urimelig eller for øvrig i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, jf. eksempelvis Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 side 1783, premiss 44. Den nærmere poenggivningen tilligger oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.
- (28) Klager har korrekt påpekt at valgte leverandør i evalueringsrapporten er oppført med poengtrekk på *«Oppgaveforståelse»*. I tabellen, hvor leverandørene var tildelt poeng på kriteriet, står det at valgte leverandør har fått en vektet score på 2,7 og 1,8 poeng på henholdsvis *«T2»* og *«T3»*. Dette tilsvarer ni av totalt ti poeng på både *«T2»* og *«T3»*. I evalueringsrapporten står det videre at trafikkavviklingsplanen i valgte leverandørs tilbud *«viser kun prinsipper for trafikkavvikling for hver operasjon»* og at den ikke viser *«hvordan alle adkomster skal ivaretas eller hvor myke trafikanter kan ledes bort fra anlegget»*. Til sammenligning er det utelukkende positive kommentarer til klagers oppgaveforståelse, som i den samme tabellen var oppført med full score på *«T2»* og *«T3»*. Dersom man legger til grunn poengene som fremgår av tabellene i evalueringsrapporten for uttelling på pris og oppgaveforståelse (*«T2»* og *«T3»*), hvor valgte leverandør har fått

et poengtrekk på sistnevnte kriterium, vil både klager og valgte leverandør ende på totalt 9,5 vektete poeng.

- (29) Innklagede har forklart at det er en feil at valgte leverandør var oppført med poengtrekk i evalueringsrapporten, og viser til at det avslutningsvis i rapporten står at valgte leverandør er oppført med en total vektet score på ti poeng (maks poeng). I tillegg fremgår det av den samme rapporten, under den konkrete vurderingen av oppgaveforståelse, at valgte leverandør har fått full score (ti poeng) på både «T2» og «T3».
- (30) I utgangspunktet kan tilbud med ulike kvaliteter og svakheter oppnå den samme poengscoren, så lenge tilbudene totalt sett vurderes som likeverdige, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/413, premiss 44. I et slikt tilfelle må imidlertid oppdragsgiver kunne vise hvordan de ulike styrkene og svakhetene ved tilbudene har blitt veid opp mot hverandre. I et tilfelle hvor det påpekes ikke ubetydelige svakheter i et tilbud fra én leverandør, som ikke gjenfinnes i tilbudet fra en annen leverandør, må det kunne påvises styrker i førstnevnte tilbud som ikke gjenfinnes i sistnevnte for å rettferdiggjøre samme poengscore for begge tilbudene.
- (31) Innklagede har forklart at tilbudene til sist ble vurdert som likeverdige hva gjaldt oppgaveforståelsen, og har vist til at de negative bemerkningene om valgte leverandørs trafikkavviklingsplan ikke endrer på dette. Klagenemnda forstår innklagede dit hen at innvendingene ble notert ved en foreløpig vurdering av valgte leverandørs tilbud, på et tidspunkt hvor man ikke hadde vurdert de øvrige tilbudene.
- (32) Klagenemnda er enig i at en opprinnelig vurdering av en leverandørs «*oppdragsforståelse*» kan måtte revurderes i lys av de øvrige tilbudene, eksempelvis fordi det viser seg at oppdragsgiver la listen for høyt i første omgang. For nemnda er det imidlertid ikke lett å se at denne saken er et eksempel på noe slikt. Tvert imot er det vel slik at den utelukkende positive vurderingen av klagers trafikkavviklingsplan tilsa at innvendingene mot valgte leverandørs plan måtte få et visst poengutslag. En oppjustering av valgte leverandørs tilbud forutsetter at innklagede enten kom til at det rent faktisk var feil at valgte leverandørs plan «*viser kun prinsipper for trafikkavvikling for hver operasjon*» og manglet en redegjørelse for «*hvordan alle adkomster skal ivaretas eller hvor myke trafikanter kan ledes bort fra anlegget*», eller at disse svakhetene ved nærmere ettertanke ikke var viktige for innklagede. Nemnda kan imidlertid ikke se at innklagede har sannsynliggjort noen av disse alternativene.
- (33) Også valgte leverandørs fremdriftsplan ble opprinnelig gitt en noe lavere poenguttelling enn klagers (2,7 poeng mot klagers 3,0). Heller ikke på dette punkt er det klart for nemnda hvorvidt innklagede mener at det faktiske grunnlaget for det opprinnelige poengtrekket fremdeles står seg, eller om, og i tilfelle hvorfor, svakhetene til sist ikke ble vurdert som relevante for poenggivningen.
- (34) Klagenemnda fremhever at det, basert på både motstriden i evalueringsrapporten og innklagedes etterfølgende forklaringer, er uklart hvorfor tilbudene ble vurdert til å være likeverdige på oppdragsforståelse. Ettersom det er konstatert negative bemerkninger til valgte leverandørs trafikkavviklingsplan og gitt noe trekk ved evalueringen av fremdriftsplanen, må innklagede begrunne hvorfor valgte leverandør likevel har fått full uttelling på dette tildelingskriteriet. At det ikke er gjort, utgjør et brudd på kravet til etterprøvnbarhet i loven § 4. Bemerkningene knyttet til klagers trafikkavviklingsplan var at den var detaljert for hver underfase, i motsetning til omtalen av valgte leverandørs

trafikkavviklingsplan som kun viste «*prinsipper for trafikkavvikling*». Det er derfor ikke tilstrekkelig å vise til at disse negative bemerkningene ble gjort før man hadde sett innholdet i de resterende tilbudene. Begrunnelsen for at valgte leverandør ble gitt full poenguttelling på oppgaveforståelse, må forklare hvorfor valgte leverandørs besvarelse etter innklagedes syn er like god som klagers.

- (35) På grunn av at innklagede har brutt det grunnleggende kravet til etterprøvbarhet ved tildelingsevalueringen, har ikke klagenemnda grunnlag for å konstatere at innklagede har gjennomført en ulovlig tildelingsevaluering ved å tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (36) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert over, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13 femte setning.

Konklusjon:

Sel kommune har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 4, ved ikke å begrunne hvorfor valgte leverandør hadde det beste tilbudet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk