



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avlysning, tildelingsevaluering, ulovlig tildelingskriterium, endring av evalueringsmetode

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for en rammeavtale om fornying av vann- og avløpsnett i Bergen kommune. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å endre tildelingskriteriet «Miljø» og ved å fastsette evalueringsmetoden etter tilbudsåpning. Konkurransen måtte derfor avlyses. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.*

### Klagenemndas avgjørelse 7. september 2020 i sak 2020/607

**Klager:** VE Anlegg AS

**Innklaget:** Bergen kommune

#### Klagenemndas

**medlemmer:** Bjørn Berg, Karin Fløistad, Kristian Jåtog Trygstad

#### Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 6. april 2020 en konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften del II, for inngåelse av en rammeavtale om fornying av vann- og avløpsnett i kommunen. Rammeavtalens varighet var to år, med opsjon på forlengelse i 1+1 år. Anskaffelsens verdi ble estimert til 560 millioner kroner. Tilbudsfrist var 4. juni 2020.
- (2) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Miljø» (20 %), «Anleggsdrift» (20 %) og «Pris» (60 %). I den samlede vurderingen av tildelingskriteriene ble tilbudene vurdert på bakgrunn av en beregnet «sammenligningspris». Denne sammenligningsprisen var tilbudsprisen med beregnede pristillegg for avvik fra beste teoretiske kvalitet på tildelingskriteriene «Anleggsdrift» og «Miljø».
- (3) Om miljøkriteriet fremgikk følgende:

<i>Name</i>	<i>Weight</i>
<i>1.0 Miljø</i>	<i>20 %</i>
<i>Miljø er delt opp i 2 underkriterier som hver vektes like mye. Det er totalt mulig å få 80 poeng på hvert underkriterium, totalt 160 poeng på begge summert. Tilbyder som får høyeste oppnådd poeng på hver av underkriteriene</i>	

**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)

<p><i>gis 10 poeng. De øvrige tilbudene gis poeng relativt beregnet på bakgrunn av høyeste tilbyders poeng.</i></p>	
<p><b>1.1 Miljøkriterium 1: Maskiner</b></p> <p><i>Leverandøren får uttelling for å benytte utslippsfrie og/eller fossilfrie maskiner og anleggsmaskiner. Poeng for de ulike maskiner er beskrevet i vedlegget: Tilbudsskjema miljø.</i></p> <p><i>Totalt er det mulig å oppnå 80 poeng på dette kriterium som brukes til videre poeng beregning som beskrevet over. Det gis kun poeng for maskiner listet opp i tilbudsskjema miljø. Har ikke tilbyder maskiner som oppfyller kriterium, fylles ikke det aktuelle punktet i listen ut. Maskiner som tilbys i tilbudet behøver ikke å være i tilbyders maskin-park på tilbudstidspunktet, men må da anskaffes/leies inn før utførelse av kontrakt.</i></p> <p><i>Maskinene skal benyttes under utførelse av kontrakt. Maskinene kan byttes underveis under utførelsen til maskiner med tilsvarende eller bedre spesifisering etter godkjenning av oppdragsgiver.</i></p> <p><i>Sanksjoner for misligholdelse av dette kriterium under utførelse av kontrakt er beskrevet i Bilag 9 kontraktsgrunnlaget punkt C.1.1.4.</i></p> <p><i>Vi minner om minimumskrav til maskiner:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- I 2020 stilles det krav om at anleggsmaskinene skal være maks 4 år gamle.</li> <li>- Fra 2021 stilles det krav om Steg 5, evt omprogrammert Steg 4F (dokumentert med sertifikat)</li> </ul> <p><b>Dokumentasjon:</b></p> <p><i>Ferdig utfylt vedlegg: Bilag 12 Tilbudsskjema miljø. Gule felter i skjemaet skal fylles ut.</i></p>	<p>50 %</p>
<p><b>1.2 Miljøkriterium 2: Kjøretøy</b></p> <p><i>Leverandøren får uttelling for sin evne til å benytte utslippsfrie og/eller fossilfrie kjøretøy til transport av masser og avfall som hentes/leveres til anleggsplassen. Poeng for de ulike maskiner er beskrevet i vedlegget: Tilbudsskjema miljø. Totalt er det mulig å oppnå 80 poeng på dette kriterium som brukes til videre poeng beregning som beskrevet over. Det gis poeng for opptil 8 kjøretøy.<sup>1</sup> Har ikke tilbyder kjøretøy som oppfyller kriterium, fylles ikke listen ut.</i></p> <p><i>Kjøretøy som tilbys i tilbudet behøver ikke å være i tilbyders kjøretøy-park på tilbudstidspunktet, men må da anskaffes/leies inn før utførelse av kontrakt. Disse maskinene skal benyttes under utførelse av kontrakt. Kjøretøyene kan byttes underveis under utførelsen til maskiner med tilsvarende eller bedre spesifisering etter godkjenning av oppdragsgiver.</i></p> <p><i>Sanksjoner for misligholdelse av dette kriterium under utførelse av kontrakt er beskrevet i Bilag 9 kontraktsgrunnlaget punkt C.1.1.4.</i></p> <p><i>Vi minner om minimumskrav til kjøretøy:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Euroklasse 6</li> </ul>	<p>50 %</p>

<sup>1</sup> Opprinnelig feilskrift ble korrigeret etter kunngjøring: «Det gis kun poeng for 4 kjøretøy. [sic]»

<p><b>Dokumentasjon:</b>  Ferdig utfylt vedlegg: Bilag 12 Tilbudsskjema miljø. Gule felter i skjemaet skal fylles ut.</p>	
---	--

- (4) Av bilag 12 «Tilbudsskjema miljø» fremgikk tabeller over kjøretøyene og maskinene som ble tilbudt. Leverandørene ble bedt om å fylle ut hvilken drivstofftype som ble tilbudt for hver(t) kjøretøy/maskin. Type drivstoff var kategorisert og ga en forhåndsdefinert uttelling på miljøkriteriet:

**«Utslippsfritt**

- El/hydrogen: 10 poeng

**Fossilfritt**

- Biogass: 5 poeng
- Biodiesel (HVO100): 3 poeng

**Fossilt**

- Diesel: 0 poeng»

- (5) Vedlagt konkurransegrunnlaget var et Excel-skjema, der leverandørene kunne simulere hvilke utslag poengene på de to kvalitetskriteriene ville gi for sammenligningsprisen.
- (6) Seks leverandører leverte tilbud, inkludert VE Anlegg AS (heretter *klager*) og Fyllingen Maskin AS (heretter *valgte leverandør*).
- (7) Etter utløpet av tilbudsfristen holdt innklagede forhandlingsmøter med hver av leverandørene. I referatet fra forhandlingsmøtet med klager datert 9. juni 2020, fremgår følgende om evalueringen av tilbudene under miljøkriteriet:

*«Oppstart: Oppdragsgiver er kjent med at det kan ta tid å få kjøretøy og maskiner på plass innen anleggsstart, og det er ikke forventet at det skal bestilles før evt inngåelse av kontrakt. Beslutningen er derfor at oppdragsgiver vil evaluere på de maskinene/kjøretøyene tilbyder stiller til disposisjon per 1.1.2021. Dette er for at det skal være mulig å likebehandle. Det vil bli sendt ut egen melding i Mercell om dette til alle tilbydere. (OBS: Oppdragsgiver gjør oppmerksom på at en ny endring ang dato for maskiner/kjøretøy er bestemt etter forhandlingsrundene, egen info om dette kommer i Mercell om hva som er gjeldende).»*

- (8) I etterkant mottok leverandørene melding i Mercell om endring av miljøkriteriet:

*«For tildelingskriteriet miljø er det foretatt følgende endringer for neste runde:*

*Oppdragsgiver vil evaluere og poengsette kjøretøy og maskiner fra det tidspunktet det/den enkelte kjøretøy/maskin tas i bruk i kontraktperioden (01.09.2020-01.09.2022). Altså er det ikke 01.01.2021 som gjelder slik det ble informert om i forhandlingene.*

- *Vedlagt er et nytt tilbudsskjema for miljø som skal benyttes ved neste tilbud istedenfor det som ble brukt ved første tilbud.*

- Vedlagt er også oppdatert bilag 11 for priser, som inneholder en endring merket som overstreket rødt i teksten.
- Vedlagt er også oppdatert tekst for tildelingskriteriet miljø, justert slik at det bedre passer med endringen av evalueringstidspunktet og det nye skjemaet. Her er det «ny versjon – maskiner» og «ny versjon – kjøretøy» som er det gjeldende.

Det vil snart åpnes opp for å kunne levere nytt tilbud i Merzell.

Still gjerne spørsmål dersom noe er uklart.»

- (9) Av den oppdaterte teksten for maskiner under tildelingskriteriet «Miljø» fremgikk følgende:

«Leverandøren får uttelling for å benytte utslippsfrie og/eller fossilfrie maskiner og anleggsmaskiner. Poeng for de ulike maskiner er beskrevet i vedlegget: Tilbudsskjema miljø. Totalt er det mulig å oppnå 80 poeng på dette kriterium som brukes til videre poeng beregning som beskrevet over. Det gis kun poeng for maskiner listet opp i tilbudsskjema miljø.

Maskinene skal benyttes under utførelse av kontrakt. Maskinene kan byttes underveis under utførelsen til maskiner med tilsvarende eller bedre spesifisering etter godkjenning av oppdragsgiver. Sanksjoner for misligholdelse av dette kriterium under utførelse av kontrakt er beskrevet i Bilag 9 kontraktsgrunnlaget punkt C.1.1.4.»

- (10) Tilsvarende fremgikk i den oppdaterte teksten for kjøretøy.
- (11) I det nye tilbudsskjemaet ble leverandørene, i tillegg til å fylle inn hvilken drivstofftype som ble tilbudt for hver(t) kjøretøy/maskin, bedt om å angi dato for innfasing av de tilbudte kjøretøyene
- (12) I det nye «Tilbudsskjema miljø» hadde valgte leverandør tilbudt følgende type drivstoff og leveringstidspunkter for de ulike kjøretøyene/maskinene:

<i>Antall</i>	<i>Kjøretøy</i>	<i>Tilbudt type drivstoff fom. 1. september 2020 (velg fra liste)</i>	<i>Dato for innfasing av nytt kjøretøy. Må være mellom 01.09.2020 og 01.09.2022</i>	<i>Tilbudt type drivstoff for kjøretøy som innfases på oppgitt dato (velg fra liste)</i>	<i>Poeng</i>
1	Lastebil boggi	El	01.09.2020	El	10
1	Lastebil boggi	El	01.09.2020	El	10
1	Lastebil boggi	El	01.09.2020	El	10
1	Lastebil m/ kran inntil 20 tonn/m	El	01.09.2020	El	10
1	Lastebil m/ kran > 20 tonn/m	Biodiesel	01.03.2021	Biogass	4,5

1	Lastebil 4-akslet	Biodiesel	01.03.2021	Biogass	4,5
1	Lastebil 4-akslet	Biodiesel	01.03.2021	Biogass	4,5
1	Lastebil 4-akslet	Biodiesel	01.03.2021	Biogass	4,5
8	Sum poeng kjøretøy				58,00

Antall	Maskiner	Tilbudt type drivstoff (velg fra liste)	Dato for innføring av ny maskin. Dato må være mellom 01.09.2020 og 01.09.2022	Tilbudt type drivstoff for maskin som innføres på oppgitt dato (velg fra liste)	Poeng
1	Gravemaskin 8-10 tonn	El	01.09.2020	El	10
1	Gravemaskin 8-10 tonn	El	01.09.2020	El	10
1	Gravemaskin 8-10 tonn	El	01.09.2020	El	10
1	Gravemaskin 10-20 tonn	El	01.09.2020	El	10
1	Gravemaskin 10-20 tonn	El	01.09.2020	El	10
1	Gravemaskin >20 tonn	El	01.09.2020	El	10
1	Hjulmaskin 10-20 tonn	El	01.09.2020	El	10
1	Hjulmaskin 10-20 tonn	El	01.09.2020	El	10
8	Sum poeng maskiner				80,00

(13) Den 25. juni 2020 ble kontrakten tildelt valgte leverandør. Valgte leverandørs sammenligningspris var 276 156 986 kroner, mens klager var rangert som nummer to med sammenligningspris 287 583 683 kroner. Klager hadde levert tilbudet med lavest pris, med en totalsum på 251 420 966 kroner, mens valgte leverandør leverte tilbudet med nest høyeste pris, 271 362 907 kroner. Klagers tilbud var også bedre på «Anleggsdrift». Det var følgelig valgte leverandørs uttelling på «Miljø» som ble utslagsgivende for utfallet av konkurransen.

(14) Klager påklaget tildelingen 1. juli 2020 og stilte spørsmål om innklagede hadde kontrollert valgte leverandørs angitte leveringstidspunkter for maskiner og kjøretøy. Innklagede opprettholdt tildelingsbeslutningen 2. juli 2020.

- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. juli 2020. Innklagede har valgt å utsette kontraktsinngåelse til etter at saken er behandlet av klagenemnda. Saken har derfor vært prioritert.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. august 2020

#### **Anførsler:**

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

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig endring av evalueringsmodellen for miljøkriteriet etter at tilbudene var åpnet, ved at andre egenskaper ble premiert. Konkurransen skal derfor avlyses.
- (18) Tildelingskriteriet «Miljø» er ulovlig, fordi det ikke er stilt krav om dokumentasjon for at leverandørene kan overholde tilbudte tidspunkter for innfasing av tilbudte kjøretøy og maskiner. Konkurransen skal også av denne grunn avlyses.
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud. Innklagede hadde en klar oppfordring til å kontrollere troverdigheten av leveringstidspunktene for utslippsfrie maskiner og kjøretøy i valgte leverandørs tilbud, hvilket innklagede ikke har gjort. Korrekt evaluering ville sannsynligvis ha endret utfallet i konkurransen.

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

- (20) Det er ikke foretatt en ulovlig endring av evalueringsmodellen. Justeringen av evalueringsmodellen var et svar på leverandørenes utfordringer med å levere miljøvennlige drivstofftyper ved kontraktsoppstart, og skulle bidra til økt konkurranse. Endringen har vært kommunisert til alle deltakerne i konkurransen, og har ikke ekskludert leverandører som bare kan tilby fossilt drivstoff.
- (21) Det er ikke oppstilt et ulovlig tildelingskriterium. Dokumentasjonskravet tilknyttet leveringstidspunktene for miljøvennlige maskiner og kjøretøy gjorde oppdragsgiver i stand til å kontrollere om opplysningene i tilbudene tjener til å oppfylle krav i konkurransegrunnlaget. Utover dette skal en oppdragsgiver kunne stole på at opplysningene i et tilbud er korrekt.
- (22) Det foreligger heller ikke brudd på regelverket ved evalueringen av tilbudene. Det er kun i tvilstilfeller at det oppstilles en plikt til å kontrollere troverdigheten ved opplysninger i tilbudet. Innklagede er ikke enig i at det forelå slik tvil, eller at innklagede for øvrig hadde noen oppfordring til å kontrollere troverdigheten av valgte leverandørs tilbud utover å få bekreftelse fra leverandøren på at det var mulig å levere på de oppgitte tidspunktene.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale om fornying av vann- og avløpsnett, og reguleres derfor av forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 12. august 2016 nr. 975, jf. § 1-1 bokstav c. Konkurransen gjelder en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 560 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forsyningsforskriften del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

## *Endring av evalueringsmodell - Miljø*

- (24) Klagenemnda vurderer først om det er foretatt regelbrudd som medfører at konkurransen må avlyses.
- (25) Underveis i forhandlingene ble leverandørene orientert om at det ville bli gitt uttelling på miljøkriteriet ved innfasing av mer miljøvennlig teknologi i kontraktperioden, fremfor å låse bedømmelsen til de kjøretøy og maskiner som leverandørene ville benytte på dagen for kontraktens oppstart.
- (26) Klager anfører at innklagede med dette har brutt anskaffelsesregelverket ved å endre fremgangsmåten ved bedømmelse av tildelingskriteriet «*Miljø*» etter at tilbudene var åpnet. I klagen er dette omtalt som en endring av «*evalueringsmodell*».
- (27) I konkurransegrunnlaget valgte innklagede å presentere en relativt detaljert beskrivelse av miljøkriteriet og hvordan uttellingen på dette kriteriet ville bli beregnet. En slik detaljert beskrivelse kan legge til rette for bedre spissede tilbud. Samtidig følger det av det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet at leverandørene skal kunne innrette seg etter en slik beskrivelse. Den begrenser dermed innklagedes handlingsrom senere i konkurransen.
- (28) Klagenemnda bemerker i denne sammenheng at forsyningsforskriften § 10-2 kun åpner for endringer av konkurransegrunnlaget frem til tilbudsfristens utløp. Denne bestemmelsen åpner ikke for en endring av tildelingskriteriene underveis i forhandlingene.
- (29) Flere av kildene som gjengis nedenfor, knytter seg til klassisk sektor og ikke forsyningssektoren som denne konkurransen faller inn under. Klagenemnda finner det imidlertid ikke tvilsomt at disse kildene også er relevante for forsyningssektoren. Forsyningsforskriftens regulering av tildelingskriterier i § 14-1 er den samme som anskaffelsesforskriften § 18-1. I forarbeidene er det lagt til grunn at reglene i forsyningsforskriften skal ha samme materielle innhold som reglene i klassisk sektor når ordlyden er lik, se Prop.51 L (2015-2016) punkt 8.2.
- (30) EU-domstolen har i flere saker understreket begrensningene i adgangen til å justere og endre tildelingskriterier. I sak C-19/00 (SIAC) fremholdt EU-domstolen i avsnitt 43 at oppdragsgiver må «*fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet*». I sak C-448/01 (Wienstrom) uttalte EU-domstolen i avsnitt 92 at plikten til å fastholde den samme fortolkningen av tildelingskriteriene innebærer et absolutt forbud mot å endre tildelingskriteriene i løpet av konkurransen.
- (31) Det kan være at disse begrensningene ikke gjelder like kategorisk i en konkurranse med forhandling som i en anbudskonkurranse. I motsetning til anskaffelsesforskriften § 23-7 (2) inneholder ikke forsyningsforskriften § 19-7 (2) et forbud mot å forhandle om tildelingskriteriene. Det er også eksempler på at justeringer av tildelingskriterier underveis i forhandlingene har vært akseptert etter det tidligere anskaffelsesregelverket, se for eksempel lagmannsrettens avgjørelse i sak LB-2016-35199.
- (32) Innklagede har redegjort for at man i forbindelse med forhandlingene ble klar over at det særlig i markedet for elektriske maskiner og anleggskjøretøy, var utfordrende å anskaffe eller leie maskinene innen kontraktens oppstart uten at leverandørene måtte gjøre

investeringer før tildelingen av rammeavtalen. Kommunen ønsket derfor i utgangspunktet å forskyve tidspunktet for evalueringen av miljøkriteriet til 1. januar 2021, en løsning som også ble skissert for leverandørene i forhandlingene. I etterkant av forhandlingene konkluderte imidlertid innklagede med at en evaluering av tilbudene ut fra en annen dato enn oppstartdato, ville kunne gi enkelte leverandører et fortrinn, og at vekten av miljøkriteriet kunne bli endret, i strid med regelverket.

- (33) Den endringen innklagede isteden gjorde, medfører imidlertid også en fordel for de leverandørene som i tilbudet og forhandlingene ga uttrykk for at de i liten grad klarte å tilby miljøvennlige maskiner til kontraktsoppstart, men som ønsket å innfase slike kjøretøy og maskiner fra et senere tidspunkt. At disse leverandørene skulle få økt uttelling under miljøkriteriet, er slik nemnda forstår det også selve formålet med endringen. Riktignok reduseres denne fordelene noe, sammenlignet med den løsningen som ble skissert i forhandlingene, ved at poenguttellingen for å tilby miljøvennlige maskiner skulle reduseres forholdsmessig ut fra hvilket tidspunkt de aktuelle kjøretøyene kunne innfases på. Dette endrer imidlertid ikke at enkelte av de deltakende leverandørene gis en fordel.
- (34) Selv om det skulle være en viss mulighet for å justere tildelingskriterier underveis i en konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften, er denne endringen i strid med prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling. Endringen er også i strid med EU-domstolens vilkår for konkretisering av tildelingskriterier i sak C-331/04 (ATI), hvor det slås fast at slike konkretiseringer ikke kan virke diskriminerende overfor én eller flere leverandører.
- (35) For å komme frem til den relative forskjellen i poeng mellom leverandører som tilbød miljøvennlige maskiner ved oppstart, og leverandører som tilbød innfasing av maskiner, har innklagede også fastsatt en ny metode for poengberegning for miljøkriteriet. Tilbudenes styrker og svakheter får endrede poengutslag sammenlignet med den opprinnelig kommuniserte fremgangsmåten. Dette er i strid med plikten til å fastsette poengberegningemetoden før tilbudsåpning, som EU-domstolen konstaterte i sak C-6/15 (Dimarso). Også dette innebærer et brudd på regelverket.
- (36) Slik saken er opplyst, er det ikke mulig å rette de feilene som er gjort, og konkurransen må derfor avlyses. Klagenemnda finner dermed ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (37) Det bruddet som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

### ***Konklusjon:***

Bergen kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å fastsette evalueringsmetoden for tildelingskriteriet «Miljø» etter tilbudsåpning.



For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

*Dokumentet er godkjent elektronisk*