



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Uklart konkurransegrunnlag. Tildelingsevaluering.

*Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise til renovering av Bardu svømmehall. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å utforme et ulovlig tildelingskriterium. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.*

### **Klagenemndas avgjørelse 9. mars 2021 i sak 2020/854**

**Klager:** Sør Mur & Bygg AS

**Innklaget:** Bardu kommune

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Kjersti Holum Karlstrøm, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

#### **Bakgrunn:**

- (1) Bardu kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. juni 2020 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise til renovering av Bardu svømmehall. Anskaffelsens verdi ble estimert til 39 millioner kroner. Tilbudsfrist var 31. august 2020.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det følgende kvalifikasjonskrav knyttet til «*Tilbyders organisatoriske og juridiske stilling*»:

#### **«Betaling av offentlige avgifter**

*Norske tilbydere skal fremlegge attest for betalt Skatt og MVA, og som ikke skal være eldre enn 6 måneder regnet fra tilbudsfristens utløp. Tilbyder skal ikke ha vesentlige restanser. Eventuelle restanser må grunngis særskilt.*

#### **Lovlig etablert foretak**

- *Norske selskaper: Firmaattest*
- *Utenlandske selskaper: Godtgjørelse på at selskapet er registrert i bransjeregister, eller foretaksregister som foreskrevet i lovgivningen i det land hvor leverandøren er etablert.»*

- (3) Videre var det stilt følgende kvalifikasjonskrav til «*Tilbyders økonomiske og finansielle soliditet*»:

*«Det kreves at tilbyderen har tilstrekkelig økonomisk evne til å gjennomføre avtalen. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å innhente ytterligere informasjon som anses nødvendig for å vurdere tilbyders økonomiske og finansielle stilling.*

*Dokumentasjon for at de stilte krav er oppfylt:*

**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)

*Fremleggelse av foretakets årsregnskap (siste årsberetning til Brønnøysund registeret, inkl. revisors vurdering).*

*Oppdragsgiver forbeholder seg retten til også å etterspørre foreløpige tall etter siste årsberetning, samt årsregnskap for de to foregående årene dersom det vurderes at det er behov for det.*

*For nyetablerte firmaer må det leveres en nyere regnskapsutskrift signert av revisor.»*

- (4) Det siste kvalifikasjonskravet var knyttet til «*Tilbyders tekniske og faglige kapasitet*»:

**«Tilbyderen skal ha erfaring fra tilsvarende avtaler/oppdrag**

*Tilbyderen skal vedlegge en liste over de viktigste relevante leveransene de siste 5 år, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt og byggherre (navn telefon og e-post). Oppgitte referanser vil kunne bli kontaktet ved behov.*

*Tilbyder skal også legge ved CV for nøkkelpersonell.*

*Tilbyder forplikter seg til å følge bestemmelsene i forskrift av 2008–02–08 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ved utlysning av tjenestekontrakter og bygg – og anleggskontrakter.»*

- (5) Om tildelingskriteriene stod det i konkurransegrunnlaget at «*Tildeling av kontrakt vil skje på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige ut fra kvalitet, fremdrift og pris.*» Beskrivelsen var etterfulgt av følgende tabell:

| <i>Vedlegg</i> | <i>Innhold</i>  | <i>Vekting<br/>Evaluering</i> |
|----------------|---|-------------------------------|
| <i>1</i>       | <i>Datert tilbudsbrev med tilbudssum (inkl mva), signert av bemyndiget person. Tilbudsbrev skal inneholde en oppstilling av tilbudsvedleggene.</i>  |                               |
| <i>2</i>       | <i>Grunnlag for evaluering av tilbyders kvalifikasjoner:<br/><br/>Følgende dokumenter:<br/>1. Foretaksinformasjon<br/>2. Firmaattest<br/>3. Attest for skatt og MVA<br/>4. Finansiell og økonomisk stilling (årsregnskap)<br/>5. Erfaring med tilsvarende arbeider (referanser)</i> | <i>40 %</i>                   |

|   |   |      |
|---|---|------|
|   | 6. Erfaring anleggsleder og nøkkelpersonell (CV)<br>7. Beskrivelse av kvalitetssikringssystem                                   |      |
| 3 | Utførelse av prosjektet:<br>Følgende dokumenter:<br>1. Fremdriftsplan med milepeler.<br>2. Kvalitetsplan                        | 10 % |
| 4 | Pris:<br>Følgende dokumenter:<br>1. Prisstammenstilling jfr: IIF.Vederlaget<br>2. Beskrivelsestekster NS3420 utfylt med priser. | 50 % |

- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud, fra Sør Mur & Bygg AS (heretter *klager*), fra Losvik Bygg AS og fra Viking Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*).
- (7) Resultatet av konkurransen ble tilsendt leverandørene per e-post med vedlagt anskaffelsesprotokoll. Klager hadde lavest pris, men ble ikke tildelt kontrakt. I anskaffelsesprotokollen ble det gitt følgende begrunnelse for valg av tilbud:
- «Viking Entreprenør AS er valgt til kontraktspartner ved utførelse av rehabilitering av Bardu Svømmehall. De leverte et tilbud på 36`783`986 kr eks mva.*
- Pris talte 50% i evalueringen. Resterende ble vurdert på kvalitet, kompetanse og tilbudte løsninger.*
- Viking Entreprenør leverte et tilbud hvor de hadde detektert områder som kunne løses på bedre og mer kostnadseffektive måter, de hadde kommentert områder hvor anbudsbeskrivelsen ikke var dekkende og tatt dette med i tilbudet, og de hadde planlagt med en rigg som på best mulig måte vil ta høyde for vinterarbeider og kan sørge for fremdrift til tross for mye snø.*
- Viking Entreprenør leverte det tilbudet som hadde best helhetlig uttelling på kvalitet, kompetanse og pris.»*
- (8) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 25. september 2020.
- (9) Klage ble sendt til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. oktober 2020.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. mars 2021.

## **Anførsler:**

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

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved at tildelingskriteriene var uklare. Konkurranses grunnlaget indikerer klart at pris vil være avgjørende i kombinasjon med de øvrige kriteriene.
- (12) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å bruke et poengsystem ved evalueringen. Det gjør vektingen tilfeldig, og innebærer at det ikke er grunnlag for å kontrollere at det er gjort objektive vurderinger.
- (13) Klager skal tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse og sakskostnader for klagenemndsbehandlingen.

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

- (14) Innklagede bestrider at tildelingskriteriene var uklare. Vurderingstemaet i dokumentene som etterspørres under «*tilbyders kvalifikasjoner*» har absolutt tilknytning til leveransen da det er vurdert erfaring fra lignende oppdrag, erfaring til nøkkelpersoner som er tilbudt, at leverandøren er økonomisk rustet for oppdraget med det utstyr som oppdraget krever og ved kvalitetssikringssystem at de har gode rutiner som sikrer god prosess og gjennomføring.
- (15) Det er ikke et krav til å bruke poengsetting i en del II-anskaffelse. Vurderinger er dokumentert med begrunnelse og det er ikke gjort vurderinger utover de dokumenter som var etterspurt under kvalitet.

## **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 anskaffelse av totalentreprise til renovering av Bardu svømmehall, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 39 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (17) Klager anfører blant annet at innklagede har brutt regelverket ved at tildelingskriteriene viser at priskriteriet i realiteten ville få avgjørende betydning, og at tildelingskriteriene for øvrig var uklare.
- (18) Det fulgte av konkurranses grunnlaget at «*[t]ildeling av kontrakt vil skje på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, ut fra kvalitet, fremdrift og pris*». Det fremgikk videre at priskriteriet var vektet 50 prosent. Ettersom de to andre kriteriene til sammen hadde 50 prosent vekt, er det ikke holdepunkter for at uttellingen på priskriteriet uten videre ville være avgjørende.
- (19) I konkurranses grunnlaget var det ikke angitt hvilken dokumentasjon leverandørene skulle levere som besvarelse for hvert av tildelingskriteriene. Klagenemnda forstår det slik at kvalitetskriteriet ble bedømt på bakgrunn av dokumentasjonen som var etterspurt under «*[g]runnlag for evaluering av tilbyders kvalifikasjoner*», med angitt vekt 40 prosent. Punktene 1 til og med 6 her hadde tilnærmet likt innhold som kvalifikasjonskrav i konkurransen.

- (20) Konkurransen ble gjennomført etter reglene i forskriften del II. Det foreligger omfattende praksis både fra EU-domstolen og fra norske domstoler om adgangen til å legge vekt på leverandørens egenskaper ved valg av tilbud i konkurranser over EØS-terskelverdi. Denne praksisen er imidlertid ikke uten videre relevant for forståelsen av reglene i del II.
- (21) I del II er det stilt krav til grunnlaget for valg av tilbud i § 8-11. Det følger av § 8-11 (3) at oppdragsgiver kan bruke «*det samme vurderingstemaet både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium*», forutsatt at vurderingstemaet har «*tilknytning til leveransen*». Reguleringen i del II er følgelig annerledes enn den tilsvarende reguleringen i del III, hvor blant annet § 18-1 (3) bokstav b) oppstiller ytterligere vilkår for premiering av leverandørens egenskaper gjennom tildelingskriteriene.
- (22) Klagenemnda legger til grunn at denne forskjellen er tilsiktet. Det er en uttrykt målsetning at oppdragsgiver skal ha noe større fleksibilitet ved gjennomføringen av konkurranser etter forskriften del II. Det har blant annet kommet til uttrykk i Forenklingsutvalgets utredning, se NOU 2014:4 side 61:

*«Oppdragsgiver må stå friere ved anvendelsen av forskriftens del I enn del II, og friere i del II enn i del III. Utgangspunktet bør derfor være at eksplisitte prosedyrekrav som følger av forskriftens del III, ikke skal innfortolkes i forskriftens del I og II, og tilsvarende at eksplisitte prosedyrekrav som følger av forskriftens del II, ikke skal innfortolkes i forskriftens del I. Dette følger også av det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet. Selv om det kan utledes plikter fra de grunnleggende prinsippene, skal det stilles ulike krav til pliktens innhold og omfang i de ulike delene i regelverket.*

*Dette er en helt sentral forutsetning for å foreta forenklinger i forskriftens del I og II. Utvalget understreker derfor at forslagene til forenklinger av anskaffelsesregelverket vil undergraves fullstendig hvis KOFA og domstolene på grunnlag av de generelle prinsippene likevel innfortolker detaljerte prosedyrekrav som ikke ellers følger av regelverket.»*

- (23) Det er imidlertid ikke helt klart for nemnda hvilken fleksibilitet oppdragsgiver er gitt, og hvilke begrensninger som oppstilles av vilkåret om tilknytning til leveransen. Av forskriften § 8-7 (2) fremgår det at alle kvalifikasjonskrav skal ha tilknytning til leveransen. Alle egenskapene ved leverandørene som kan vurderes ved kvalifikasjonskrav, vil dermed også kunne premieres gjennom tildelingskriteriene uten hinder av tilknytningskravet. Klagenemnda er derfor enig med innklagede i at tilknytningsvilkåret er oppfylt i denne saken.
- (24) Etter klagenemndas syn skal tildelingskriteriene i konkurranser etter del II være egnet til å identifisere det beste tilbudet, ved å legge opp til en vurdering av sterke og svake sider ved de konkurrerende tilbudene.
- (25) Tildelingskriteriet «*Kvalitet*» skal bedømmes på grunnlag av den dokumentasjonen som er etterspurt i konkurransegrunnlaget. Det følger av det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet at samtlige av de etterspurte dokumentene skal inngå i bedømmelsen av tildelingskriteriet. Etter klagenemndas vurdering belyste flere av dokumentene som ble etterspurt under «*[g]runnlag for evaluering av tilbyders kvalifikasjoner*», forhold som ikke var egnet til å synliggjøre sterke og svake sider ved de tilbudte ytelsene, ut over det

som var bedømt i kvalifikasjonsfasen. Dette gjelder særlig leverandørens «Foretaksinformasjon», «Firmaattest» og «Attest for skatt og MVA».

- (26) En betydelig del av tildelingskriteriet la derfor ikke opp til å bedømme relevant merverdi ved de tilbudte ytelsene. Etter klagenemndas syn var tildelingskriteriet dermed uegnet til å identifisere det beste tilbudet. Klagenemnda finner for øvrig grunn til å bemerke at innklagedes begrunnelse for kontraktstildelingen, inntatt i avsnitt 10, etterlater et inntrykk av at svært få – om noen – av dokumentene som var etterspurt under «[g]runnlag for evaluering av tilbyders kvalifikasjoner» inngikk i bedømmelsen av tilbudene.
- (27) På bakgrunn av dette resultatet, finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket.
- (28) Manglene ved tildelingskriteriet knytter seg til grunnleggende forutsetninger for konkurransen og leverandørens utforming av tilbudene. Etter klagenemndas vurdering kan feilene imidlertid ikke gi klager et krav på erstatning av den positive kontraktsinteressen. Klagenemnda begrenser seg til å påpeke at det ikke er påvist klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville ha fått kontrakten. Slik saken er opplyst, er det nærliggende at feilene bare kunne ha vært reparert ved å avlyse konkurransen.
- (29) Bruddene på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13. Klager gis derimot ikke medhold i sitt krav om å få dekket sakskostnader. Det følger av klagenemndsforordningen § 13 at partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen.

**Konklusjon:**

Bardu kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å oppstille et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

*Dokumentet er godkjent elektronisk*