



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Tildelingsevaluering.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av et nytt havnebygg. Klager anførte blant annet at innklagede hadde gjennomført en ulovlig tildelingsevaluering, ved å gi pristillegg på prisposter som ikke utgjorde avvik og ved å prissette avvik i valgte leverandørs tilbud for lavt. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å prissette avvik til under gjennomsnittsprisen, da det ikke var foretatt en saklig og forsvarlig vurdering av de enkelte avvik. På bakgrunn av resultatet i saken, fant nemnda ikke grunn til å vurdere hvorvidt klagers tilbud inneholdt avvik.*

### Klagenemndas avgjørelse 21. juni 2021 i sak 2020/989

**Klager:** Entreprenør Harald Nilsen AS

**Innklaget:** Brønnøy Havn KF

**Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

### Bakgrunn:

- (1) Brønnøy Havn KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. august 2020 en åpen anbudskonkurranse etter anskaffelsesforskriften for anskaffelse av et nytt havnebygg. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i konkurransedokumentene. Tilbudsfrist var i kunngjøringen angitt til 25. september 2020.
- (2) Det var opplyst at bygget skulle ha tre etasjer. Første etasje skulle, i tillegg til adkomst, inneholde lagerarealer. Andre og tredje etasje skulle være henholdsvis uinnredet og innredet.
- (3) I konkurransegrunnlaget stod det innledningsvis følgende: «*I beskrivelsen av arbeidene er det flere steder tatt med to ulike løsninger for utførelsen, en i samsvar med avtalen mellom partene, og en alternativ løsning. Alle postene skal fylles ut for å komme i betraktning i anbudsevalueringen. Ved avvik fra dette, vil alternative poster bli utfylt med 70% av gjennomsnittpris fra de øvrige tilbudene for prissammenligning som grunnlag for kontraktsforhandlinger.*»
- (4) Under punktet om krav til tilbudet, stod det at «*tilbudet skal prises i henhold til den postinndelingen som foreligger i tilbudsgrunnlaget*» og at det ikke var tillatt med «*prising av flere poster samlet*».

**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)

- (5) Under punktet «*Valg av tilbud, avlysning av konkurranse og totalforkastelse*», stod det at innklagede forbeholdt seg retten til «*å vurdere hver og en av postene ut ifra pris og kvalitet, for selv å sette sammen en komplett leveranse ut ifra det tilbyder har priset*».
- (6) Tildelingskriteriene var «*Pris*» og «*Fremdrift*», som var vektet henholdsvis 70 og 30 prosent. Priskriteriet ville bli vurdert ut fra utfylt tilbudsskjema og tilbudsbrev, mens «*Fremdrift*» skulle dokumenteres gjennom en fremdriftsplan.
- (7) I prisskjemaet var det flere poster hvor vinduer skulle prises (post 12.234.6 til post 12.234.18). For hver hovedpost var det også angitt en alternativ post, hvor tilleggspris for den beskrevne alternative utførelsen skulle oppgis. Hovedpostene stilte krav til materialet («*Tre kledd med aluminium utvendig*»), luftlydsmotstand («*Dht lyd rapport*»), varmegjennomgang («*U- verdi = 0,8 W/(m<sup>2</sup>K)*») og solfaktor («*Solfaktor: Klart glass*»).
- (8) I tillegg skulle det oppgis pris for å tilfredsstille følgende egenskaper: «*Tillegg for brannkrav E30 alle vinduer*» (12.234.20), «*Tillegg for solfaktor 0,55 alle vinduer*» (12.234.21) og «*Tillegg for solskjerming alle vinduer*» (12.234.22).
- (9) Det var også poster knyttet til gulvoverfalte, herunder postene 21.255.1 («*MEKANISK FORBEHANDLING – AREAL*») og 21.255.3 («*MALEBEHANDLING PÅ INNVENDIGE GANGFLATER AV TRE*»). Førstnevnte gjaldt sliping av ubehandlet trevirke innenfor et areal på 465 kvadratmeter. Sistnevnte gjaldt oljing (tre strøk) av det nevnte gulvarealet på 465 kvadratmeter.
- (10) Vedrørende gulvsystemer skulle blant annet post 12.254.2 («*TREGULV*») prissettes. Posten omfattet et areal på 423,5 kvadratmeter.
- (11) Under punktet «*Fremdrift / Milepeler*» fremgikk følgende: «*Byggherren har utarbeidet totalplan for prosjektet som viser når prosjektet totalt skal ferdigstilles, den viser også når de ulike etasjene skal være klar for overlevering. Entreprenørene skal som underlag for sitt tilbud levere egen plan som verifiserer den framdrift som vises i byggherrens planer. Framdrift vil være en viktig faktor ved valg av entreprenør/leverandør og telle 30% i evalueringen av de ulike tilbudene [...] Merk særskilt at tilbyder under vilkåret «fremdrift» vil oppnå bedre score jo raskere ferdigstillelse.*»
- (12) Innen tilbudsfristen innga fire leverandører tilbud, deriblant Birger Pedersen AS og Entreprenør Harald Nilsen AS (heretter *klager*). Innledningsvis i klagers tilbud var det blant annet gjort følgende presiseringer:
- «*1) Post 12.234.21 [(«Tillegg for solfaktor 0,55 alle vinduer»)]. Tilbudte vinduer har solfaktor 0,55 eller bedre.*
- [...]*
- 5) Post 21.255.2 [(«MEKANISK FORBEHANDLING – AREAL»)] og 21.255.3 [(«MALEBEHANDLING PÅ INNVENDIGE GANGFLATER AV TRE»)] er inkludert i enhetspris i post 12.254.2 [(«TREGULV»)].»*
- (13) I prisskjemaet vedlagt klagers tilbud, var postene 12.234.21 («*Tillegg for solfaktor 0,55 alle vinduer*»), 21.255.2 («*MEKANISK FORBEHANDLING – AREAL*») og 21.255.3 («*MALEBEHANDLING PÅ INNVENDIGE GANGFLATER AV TRE*») prissatt til null kroner.

- (14) Kontrakten ble tildelt Birger Pedersen AS (heretter *valgte leverandør*) 16. oktober 2020. Av tildelingsbrevet fremgikk det at «*Fremdrift*» var evaluert på grunnlag av «*%-vis avvik fra beste/korteste fremdrift med utgangspunkt i fremdriftsplan i tilbudsokumentene*», hvor både «*ferdigstillelse av 1. etasje og ferdigstillelse hele bygget er lagt til grunn for rangeringen*». Tilsvarende fikk laveste pris full score, mens de øvrige tilbudene fikk en poengsum basert på prosentvis avvik i forhold til denne.
- (15) Klager ble rangert som nummer to, og fikk full score og best uttelling (3 poeng) på tildelingskriteriet «*Fremdrift*». Valgte leverandør fikk til sammenligning 2,82 poeng på tildelingskriteriet. Klager fikk nest best uttelling på priskriteriet med 6,77 poeng, mot valgte leverandørs 7 poeng (full uttelling). Valgte leverandør fikk en total vektet score på 9,82 poeng, mens klager fikk 9,77 poeng.
- (16) Innklagede hadde gitt klager pristillegg på postene 12.234.21 («*Tillegg for solfaktor 0,55 alle vinduer*») og 21.255.3 («*MALEBEHANDLING PÅ INNVENDIGE GANGFLATER AV TRE*»). Pristillegget utgjorde 70 prosent av gjennomsnittsprisen på de respektive prispostene i de øvrige tilbudene. Tilsvarende ble post 12.234.21 i valgte leverandørs tilbud også fylt ut av innklagede på denne måten. Slike pristillegg for manglende utfylling fikk valgte leverandør også for postene 12.234.20 («*Tillegg for brannkrav E30 alle vinduer*») og 20.233.8 («*Tillegg for brannkrav E30 for fasader*»).
- (17) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 27. oktober 2020.
- (18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. desember 2020.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. juni 2021.

#### **Anførsler:**

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

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved å fylle inn 70 prosent av gjennomsnittsprisen fra de øvrige tilbudene på de prispostene som er priset til null kroner. Prispostene er rent faktisk fylt ut, og prisene er reelle. Dette er følgelig noe annet enn at prisen ikke er oppgitt, slik valgte leverandør har gjort. De aktuelle prispostene er heller ikke slått sammen med andre prisposter. Når det gjelder post 12.234.21, medfører det ingen ekstra kostnad, fordi egenskapene i glassene som er beskrevet i de øvrige vinduspostene innebærer at glassene allerede har solfaktor 0,55. Dette er en egenskap som uansett ikke koster ekstra, da glass med solfaktor 0,55 er standard. Prisposten vedrørende oljing og sliping av gulv er priset til null kroner, fordi dette tilbys uten ekstra kostand.
- (21) Det utgjør et brudd på regelverket at innklagede har priset avvik i valgte leverandørs tilbud til under gjennomsnittsprisen i konkurransen. Dette er særlig synlig for prisposten 20.238.8. Denne prisen er nemlig under markedspris gitt av øvrige leverandører.
- (22) Klagenemnda bes om å ta stilling til hvorvidt tilbud med manglende utfylte poster skulle vært avvist.
- (23) Konkurranses grunnlaget åpner ikke for å inndele evalueringen av «*Fremdrift*» i ferdigstillelse av henholdsvis byggets første etasje og hele bygget for øvrig.

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

- (24) Klager er gitt et pristillegg for de postene hvor det er avvik i prisingen. Når det gjelder post 12.234.21, må klagers tilbud forstås slik at denne egenskapen enten ikke tilbys eller at den priset inn under de øvrige prispostene vedrørende etterspurte vinduer. Sistnevnte er lagt til grunn. Vedrørende post 21.255.3, fremgår det direkte av ordlyden i klagers tilbud at denne posten er inkludert i post 12.254.2, noe som ikke er tillatt.
- (25) Forutsetningene i konkurransegrunnlaget om prising av tilbudet er klart formidlet. Avvik fra dette er håndtert i tråd med konkurransegrunnlaget og praktisert likt overfor samtlige leverandører. I denne konkurransen er det lovlig og saklig å prise manglende utfylte poster til 70 prosent av gjennomsnittsprisen av de øvrige tilbudene.
- (26) Evalueringen av «*Fremdrift*» er i tråd med prinsippet om forutberegnelighet.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av et nytt havnebygg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse.
- (28) Konkurransen er kunngjort som en «*åpen anbuds konkurranse*» etter anskaffelsesforskriften, men er gjennomført i henhold til forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 (forsyningsforskriften). Klagenemnda finner det riktig at anskaffelsen reguleres av forsyningsforskriften. Anskaffelsen verdi er under 51,5 millioner, og anskaffelsen følger derfor i utgangspunktet forsyningsforskriften del I, jf. §§ 5-1 og 5-2. Innklagede har ved sin kunngjøring forpliktet seg til å følge et strengere regelverk enn forsyningsforskriften del I, og anskaffelsen reguleres derfor av forsyningsforskriften del II.

### *De generelle kravene i § 4*

- (29) Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Fremdrift*».
- (30) Loven § 4 stiller krav om at anskaffelsesprosessen gjennomføres i tråd med de grunnleggende prinsippene, herunder at den blir gjennomført på en forutberegnelig måte. Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver må evaluere tilbudene i tråd med den informasjonen som er gitt. Det foreligger samtidig ingen plikt til å gi en detaljert beskrivelse av alle forhold som skal vurderes i tildelingsevaluering, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2016/54, premiss 26.
- (31) Under punktet om fremdrift og milepæler stod det at leverandørene ville oppnå flere poeng jo raskere ferdigstillelse. Det var oppstilt en totalplan for prosjektet, som blant annet viste når de ulike etasjene skulle være ferdigstilte. Her fremgikk det at innflytning i 1. etasje var angitt til 5. juli 2021, mens innflytning i bygget for øvrig var angitt til 22. november 2021. Klagenemnda bemerker for øvrig at tildelingskriteriet er *fremdrift*, i motsetning til ferdigstillelse, noe som taler for at oppdragsgiver ønsker å evaluere noe mer enn bare når hele bygget er ferdig.
- (32) Klagenemnda kan med dette ikke se at innklagedes evaluering av «*Fremdrift*» strider med de krav som stilles til forutberegnelighet. Klagers anførsel har på denne bakgrunn ikke ført frem.

### *Avvisning av tilbud*

- (33) Klager har stilt spørsmål ved hvorvidt innklagede hadde en plikt til å avvise tilbudet til valgte leverandør, som følge av at tre prisposter ikke var utfylt.
- (34) Det følger av forsyningsforskriften § 20-8 første ledd bokstav b at tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene» skal avvises.
- (35) Klager har ikke nærmere begrunnet hvorfor valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Klagenemnda kan ikke se at manglende utfylling av de tre aktuelle postene (12.234.20 («Tillegg for brannkrav E30 alle vinduer»), 12.234.21 («Tillegg for solfaktor 0,55 alle vinduer») og 20.233.8 («Tillegg for brannkrav E30 for fasader»)), er av et slikt omfang eller viktighet at tilbudet dermed skulle vært avvist. Disse postene var for øvrig «alternative». Etter nemndas syn lot avvikene seg prise, noe innklagede også har gjort i tråd med føringene i konkurransegrunnlaget.
- (36) Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, har ikke ført frem.

### *Tildelingsevaluering*

- (37) Klagenemnda bemerker at klager har gjort gjeldende en rekke forhold knyttet til tildelingsevalueringen, som man mener utgjør brudd på regelverket. Nemnda har funnet det hensiktsmessig først å ta stilling til hvorvidt innklagedes prissetting av avvik var i tråd med regelverket.
- (38) I konkurransegrunnlaget var det tydelig formidlet at samtlige prisposter måtte fylles ut. Ved avvik fra dette var det opplyst at innklagede ville fylle ut manglende utfylte poster med 70 prosent av gjennomsnittsprisen fra de øvrige tilbudene. Videre var det forutsatt at det ikke var adgang til å prise poster samlet.
- (39) Det er uomtvistet at valgte leverandør ikke oppga noen pris på de alternative, spesifiserte postene 12.234.20 («Tillegg for brannkrav E30 alle vinduer»), 12.234.21 («Tillegg for solfaktor 0,55 alle vinduer») og 20.233.8 («Tillegg for brannkrav E30 for fasader»). I tråd med opplysningen i konkurransegrunnlaget, fikk valgte leverandør et pristillegg på 70 prosent av gjennomsnittsprisen av de øvrige leverandørenes priser på de respektive postene.
- (40) En slik standardisering av hvordan avvik skal prissettes, er etter klagenemndas syn ikke i tråd med regelverket. Regelsettet for håndtering av avvik bygger på en forutsetning om at ethvert avvik skal vurderes konkret, hvor eksempelvis vesentlige avvik vil medføre en plikt til å avvise tilbudet. Innklagede kan ikke fraskrive seg plikten til å foreta en slik konkret vurdering av avvik.
- (41) I NOU 2014:4 på side 238, legger Forenklingsutvalget til grunn at oppdragsgiver har en plikt til å prissette avvik for å gjøre tilbudene sammenlignbare:

*«Utvalget mener at oppdragsgiver ved vurderingen må legge til grunn at avviket blir realisert, men samtidig innenfor det saklige og forsvarlige. Avviket må altså prissettes ut i fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver, basert på en saklig og forsvarlig vurdering. Dette er begrunnet i hensynet til de øvrige leverandørene; ved avvik overfører leverandøren i strid med konkurransegrunnlaget en risiko til oppdragsgiver – noe øvrige leverandører ikke har gjort.*

*Leverandørensom har et avvik i sitt tilbud skal ikke få noen fordel av dette. Da er det ikke tilstrekkelig å legge til grunn hva som i konkurransefasen fremstår som det mest sannsynlige. En slik regel synes også å ha støtte i nyere KOFA-praksis og en sak fra den danske Højesteret.*

*Dersom et avvik har en økonomisk verdi, og det er ikke er mulig å prissette dette, mener utvalget at avviket alltid må anses som vesentlig, slik at tilbudet skal avises. Et avvik kan for øvrig naturligvis være vesentlig, selv om det kan prissettes.»*

- (42) Klagenemnda er enig i disse betraktningene. I denne saken har innklagede rent faktisk prissatt avvikene, men prissettingen er ikke basert på en konkret, saklig og forsvarlig vurdering. Det er på det rene at innklagede ikke har lagt til grunn hva avvikene «maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver». I mangelen av nærmere holdepunkter i denne saken, er det nemndas syn at det er dette utgangspunktet som må legges til grunn. I denne saken har innklagede snarere lagt til grunn det motsatte, ved uten videre å prissette avvik til 70 prosent av gjennomsnittsprisen i denne konkurransen. Pristilleggene synes følgelig å være betydelig under den prisen som maksimalt måtte legges til grunn, basert på de øvrige leverandørenes tilbud. Innklagedes prissetting fremstår videre å føre til en konkurransefordel for leverandørene som har hatt avvik i tilbudene sine. At denne standardiserte metoden var tydelig formidlet og anvendt konsekvent, kan etter nemndas syn ikke tillegges vekt.
- (43) Denne saken kan vanskelig sammenlignes med eksempelvis nemndas avgjørelse i sak 2019/388, hvor nemnda ikke hadde noen innvendinger mot at prissetting av avvik var gjort på grunnlag av erfaringstall og prisbok. I sak 2019/388 fremstod oppdragsgivers vurdering av avvikenes økonomiske konsekvens som forsvarlig og saklig, da den var basert på tilgjengelig materiale. Slik denne saken er opplyst, har klagenemnda vanskelig for å se at det ville være saklig og forsvarlig å legge til grunn en lavere pris enn den høyeste prisen som var tilbudt i konkurransen ved prissettingen av avvik. Hensett til at det var svært lite som skilte leverandørene totalt – 9,82 poeng mot 9,77 poeng – og at uttellingen på priskriteriet justeres i forhold til prosentmessig avstand til det beste tilbudet, er det kun en mindre økning i valgte leverandørs evalueringspris som skal til før rangeringen endres. Dette gjelder uavhengig av om det var riktig å gi klager et pristillegg for postene 12.234.21 og 21.255.3.
- (44) Klager har særlig vist til at deres pris på post 20.233.8 var 1 357 000 kroner, mens valgte leverandør kun fikk et pristillegg på 639 252 kroner for manglende utfylling av denne posten. Hadde valgte leverandør fått samme pristillegg som klager på denne posten, er det åpenbart at klager samlet sett ville blitt rangert som nummer én i konkurransen.
- (45) I mangelen av andre holdepunkter knyttet til vurderingen av priskonsekvensen av avvikene i valgte leverandørs tilbud, må det legges til grunn at kontrakten ble tildelt feil leverandør, og at kontrakten følgelig skulle ha vært tildelt klager. Bruddet som klagenemnda har konstatert, har påvirket resultatet av konkurransen. Dette gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (46) På bakgrunn av resultatet i saken, har klagenemnda ikke funnet grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

***Konklusjon:***

Brønnøy Havn KF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ha gjennomført en ulovlig tildelingsevaluering.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

*Dokumentet er godkjent elektronisk*