



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag, avvisning av tilbud, tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om totalentreprise for Landåssvingen 15. Kontrakt skulle tildeles leverandøren som tilbød det beste forholdet mellom pris og kvalitet, hvor kvalitet skulle evalueres ut fra leverandørens oppgaveforståelse og gjennomføringsplan. Leverandørene ble bedt om å levere en «kort» redegjørelse og fremdriftsplan som anga hvordan Landåssvingen 15 var tenkt gjennomført. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å utforme et uklart krav om at redegjørelsene skulle være korte. Klager anførte også at tilbudene fra valgte leverandør og Constructa Entreprenør AS skulle ha vært avvist fra konkurransen, eller at disse skulle ha fått trekk under evalueringen, fordi de ikke leverte tilstrekkelig korte redegjørelser. Videre ble det anført at innklagede la til grunn feil faktum og gikk utenfor sin skjønnsfrihet ved evalueringen av klagers tilbud. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 27. mai 2021 i sak 2021/146

Klager: Brødrene Ulveseth AS

Innklaget: Bergen kommune v/ Etat for utbygging

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune v/ Etat for utbygging (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. mai 2020 en begrenset anbudskonkurranse, for inngåelse av kontrakt om totalentreprise for Landåssvingen 15.
- (2) Oppdraget ble beskrevet på følgende måte i konkurransedokumentene:

«Prosjektet Landåssvingen 15 – Rehabilitering og ombygging, består i hovedsak av en ombygging og full rehabilitering av eksisterende bygningsmasse. Prosjektet skal utføres som passivhus og tilfredsstillende krav til tilnærmet nullutslippsnivå mht. teknisk standard. Bygningen skal huse Byråd for kultur, mangfold og likestilling v/Etat for inkludering sin virksomhet som består av Etatskontoret, Introduksjonssenteret og undervisningsformål med voksenopplæring. (nåværende Nygård skole). Det er videre avtalt sambruk med Etat for idrett i forbindelse med byggets idrettsarealer.»
- (3) I kvalifikasjonsgrunnlaget («Trinn 1») var det opplyst at man planla å invitere fem leverandører til å gi tilbud. Dersom flere enn fem kvalifiserte leverandører leverte forespørsel om deltakelse til konkurransen, ville oppdragsgiver «*velge ut blant disse leverandørene på grunnlag av utvelgelseskriteriene i pkt. 5*». Fristen for å søke kvalifisering var 12. juni 2020.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (4) Følgende seks leverandører søkte om kvalifisering innen fristen, og ble funnet kvalifisert: Brødrene Ulveseth AS (heretter *klager*), LAB Entreprenør AS, Constructa Entreprenør AS, Consto Bergen AS, HENT AS og Veidekke Entreprenør AS. I tilbudsinvitasjonen 30. juni 2020 opplyste innklagede at alle leverandørene var invitert til å gi tilbud som følge av feil ved utvelgelseskriteriene. Tilbudsfrist var 30. oktober 2020.
- (5) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at kontrakt ville bli tildelt leverandøren som tilbød det beste forholdet mellom pris (70 prosent) og kvalitet (30 prosent). Kvalitet skulle bedømmes ut fra leverandørens «Oppgaveforståelse og gjennomføringsplan». Tildelingskriteriet, og det tilhørende dokumentasjonskravet, var nærmere beskrevet slik:

«Kort redegjørelse for hvordan tilbyder planlegger å gjennomføre oppdraget. Tilbyder skal vise at de har forstått oppgaven og kan løse de forskjellige prosjektrelaterte utfordringene ved gjennomføringen av prosjektet. Det skal redegjøres for hvordan tilbyder planlegger og organiserer prosjektet for å nå viktige milepæler.

Dokumentasjonskrav:

Det skal leveres en kort redegjørelse + fremdriftsplan som angir hvordan Landåssvingen 15 er tenkt gjennomført.

Oppgaven bør minimum inneholde følgende:

- *Systematisk ferdigstillelse*
 - *Beskrivelse av nøkkelpersonell;*
 - *prosjektleder*
 - *anleggsleder*
 - *RITB og systemintegrator ihht. vedlagt Plan for systematisk ferdigstillelse*
 - *BIM-koordinator*
 - *FDV-ansvarlig ihht. FDV-manual*
 - *DAK-koordinator ihht. vedlagte DAK-manual*
 - *Risiko og usikkerhet*
 - *Fremdriftsplan og gjennomføringstid (tilbyder skal forholde seg til spesifikke tider, og ta utgangspunkt i overordnet fremdriftsplan, som er vedlagt konkurransen)*
 - *Rivefase parallelt med detaljfase prosjektering*
 - *Rigg og logistikk*
 - *HMS- og SHA-utfordringer».*
- (6) Om metode for evaluering av tilbudene, ble det sagt at innklagede ville bruke «den absolutte evalueringsmodellen», der «avvik fra beste teoretiske kvalitet blir regnet om til et prispåslag og lagt på totalsum for evaluering», og «[t]ilbyder med laveste sammenligningspris vinner konkurransen». Det var presisert at:

«Evaluering av kriteriet medfører at ethvert avvik fra 10 poeng (beste score) vil gi et påslag på totalsum for evaluering for å utlede en sammenligningspris. Dersom en tilbyder har en totalsum for evaluering fra prisskjema på NOK 500.000.000, vil hvert poeng avvik

fra 10, medføre et påslag på NOK 21.428.571,- på totalsum for evaluering. Andre tilbudspriser kan simuleres i «simuleringsfil» tilgjengelig for nedlasting i Merccell».

- (7) Innklagede mottok følgende spørsmål om tildelingskriteriet:

«Står tilbyderne fritt til selv å vurdere hvor lang en «kort redegjørelse» ved oppgaveforståelse skal være, eller ønsker BH å definere hvilke nivå (antall sider etc) en her snakker om?»

- (8) Spørsmålet ble besvart av innklagede 20. august 2020 på følgende måte:

«I denne konkurransen er det ikke definert nivå på besvarelsen av oppgaveforståelsen utover at den skal være kort.»

- (9) I oppdragsbeskrivelsen (Konkurransesgrunnlaget del II) punkt A.1.5 fremgikk en beskrivelse av byggherrens prosjektstyringsverktøy:

«I dette prosjektet skal det digitale verktøyet PIMS365 benyttes av både oppdragsgiver, totalentreprenør og rådgivere. Oppdragsgiver har eierskap til systemet.

Nødvendig opplæring vil bli gitt av oppdragsgiver via systemleverandør Omega.

PIMS365 skal brukes til å utføre følgende oppgaver og prosesser i prosjektet:

- *Avvikshåndtering*
- *Oppfølging av mangler*
- *RUH rapportering*
- *Innsamling av FDV ved bruk av modulen «Dokumentstyring»*
- *BIM ved bruk av modulen «Tekniske registre»*
- *Systematisk ferdigstillelse ved bruk av modulene «Ferdigstillelse» og «Tekniske registre»».*

- (10) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra alle de seks kvalifiserte leverandørene.

- (11) Kontrakten ble den 26. november 2020 tildelt LAB Entreprenør (heretter *valgte leverandør*). Av tildelingsbrevet gikk det frem at klager var rangert som nummer tre, der leverandørene hadde følgende sammenligningspris:

- Valgte leverandør - 425 509 439,00 kroner.
- Constructa Entreprenør AS (heretter *Constructa*) - 443 500 952,00 kroner.
- Klager - 447 541 856,07 kroner.
- Consto Bergen AS – 451 134 542,97 kroner.
- Veidekke Entreprenør AS – 454 483 430,00 kroner.
- HENT AS – 476 813 874,74 kroner

- (12) Kontrakt ble inngått 18. desember 2020.

- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. februar 2021.

(14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. mai 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Kravet til at redegjørelsene under tildelingskriteriet «*oppgaveforståelse og gjennomføringsplan*» skulle være korte, er tolket ulikt av leverandørene. Omfanget av de ulike besvarelsene, varierer mye.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør og Constructa sine tilbud fra konkurransen. Dersom kriteriet ikke er uklart, må det forstås slik at det er lagt en begrensning på hvor lange redegjørelser som kunne leveres. Valgte leverandør og Constructa sine redegjørelser går utover denne begrensningen. Et slikt avvik medfører at tilbudene ikke blir sammenlignbare med øvrige tilbud, og innklagede har dermed plikt til å avvise tilbudene fra konkurransen.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene. Dersom innklagede ikke pliktet å avvise tilbud med lange redegjørelser, så skulle innklagede ha forholdt seg til sin egen føring om at redegjørelsene skulle være korte ved evalueringen.
- (18) Videre har innklagede ved evalueringen av klagers besvarelse under punktet om «*Systematisk ferdigstilling*» til dels lagt til grunn feil faktum, og til dels gått utover det skjønnsmessige rammene som kriteriet oppstiller.
- (19) Feilene medfører at tildelingen skulle ha vært omgjort slik at klager ble tildelt kontrakten, alternativt at konkurransen skulle ha vært avlyst.
- (20) Klagenemnda bes ta stilling til om vilkårene for erstatning av både den positive og negative kontraktsinteressen foreligger.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det bestrides at regelverket er brutt. Tildelingskriteriet er utformet slik at det var mulig for alle leverandørene å forstå det på samme måte.
- (22) Det var ikke satt noen grense for hvor lange redegjørelser som kunne leveres under tildelingskriteriet om oppdragsforståelse og gjennomføringsplan.
- (23) Redegjørelsens lengde var ikke et relevant moment ved tildelingsevalueringen. Man etterspurte korte redegjørelser for å unngå vidløftige besvarelser fra leverandørene.
- (24) Det foreligger ingen feil ved tildelingsevalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kontrakt om totalentreprise for Landåssvingen 15 og er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke angitt i anskaffelsesdokumentene. De innkomne tilbudene hadde imidlertid en pris på mellom 396 556 075 og 457 218 784 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen derfor

forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Ulovlig tildelingskriterium

- (26) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å utforme et ulovlig uklart tildelingskriterium. Anførselen gjelder tildelingskriteriet «*oppdragsforståelse og gjennomføringsplan*».
- (27) Konkurransesgrunnlaget, herunder tildelingskriteriene, skal utformes slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å forstå dem på samme måte, jf. HR-2019-830-A (Magne Sveen) avsnitt 36, med videre henvisning til Rt. 2007 s. 1489 (Byggholt). Kravet til klarhet i utformingen av konkurransesgrunnlaget, kan imidlertid ikke strekkes så langt at leverandørene ved enhver mulig klarhet uten videre kan legge til grunn den forståelsen som er i vedkommendes interesse, når det framstår som klart hva oppdragsgiveren har ment, jf. Rt. 2012 s. 1729 (MIKA) avsnitt 102.
- (28) Dokumentasjonskravet til tildelingskriteriet i denne saken la opp til at leverandørene skulle gi en «*kort redegjørelse + fremdriftsplan som angir hvordan Landåssvingen 15 er tenkt gjennomført*». Dette konkretiseres i neste avsnitt, hvor det ramses opp en rekke opplysninger som besvarelsen «*minimum*» bør inneholde.
- (29) I motsetning til det som var tilfellet i sak 2019/30, som klager har vist til, er det imidlertid ikke oppstilt noen konkret sidetallsbegrensning. Av innklagedes svar i spørsmålsrunden, går det klart frem at man ikke har ment å trekke noen øvre grense. Kriteriet – som er det eneste utenom pris – etterspør en plan for gjennomføringen av et omfattende oppdrag, og hva som kan betegnes som kort må ses i lys av oppdragets størrelse og art, samt dokumentasjonen som er etterspurt. Klagers anførsel om at redegjørelsene måtte være under en viss lengde, kan ikke føre frem. Konkurransesgrunnlaget er etter klagenemndas oppfatning ikke uklart på dette punktet. Anførselen om at innklagede har anvendt et ulovlig uklart tildelingskriterium, kan dermed heller ikke føre frem.

Avvisning av tilbud / ulovlig evaluering

- (30) Klagenemnda tar i fortsettelsen stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudene fra valgte leverandør og Constructa, alternativt ved ikke å gi disse tilbudene trekk under tildelingskriteriet «*oppdragsforståelse og gjennomføringsplan*».
- (31) Klagers anførsel om at dette er tilfellet, bygger på at konkurransesgrunnlaget, i klagers øyne, oppstilte begrensninger for hvor lange redegjørelser leverandørene kunne levere; begrensninger som valgte leverandør og Constructa overskred.
- (32) Klagenemnda har ovenfor konstatert at konkurransesgrunnlaget ikke kan forstås på den måten som klager her hevder. Nemnda kan derfor ikke se at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudene fra valgte leverandør og Constructa på det grunnlaget at tilbudene inneholdt for lange redegjørelser under tildelingskriteriet «*oppdragsforståelse og gjennomføringsplan*». Nemnda kan ikke se at tilbudene av denne grunn var usammenlignbare. Leverandørene har alle hatt den samme muligheten til å vise sine styrker i besvarelsen. Det var besvarelsenes styrker og svakheter som skulle evalueres under tildelingskriteriet. Leverandørene hadde dermed heller ingen grunn til å

tro at man ville bli trukket i poeng for å levere en redegjørelse som oversteg et visst antall sider.

- (33) Klagers anførsler om at valgte leverandør og Constructa sine tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen, eller at de skulle ha fått betydelige trekk ved evalueringen for å ha levert for lange redegjørelser, fører derfor ikke frem.

Tildelingsevalueringen

- (34) Klagenemnda tar til slutt stilling til om innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av klagers tilbud under tildelingskriteriet «*oppdragsforståelse og gjennomføringsplan*».
- (35) Den rettslige kontrollen med evalueringen av tilbudene er begrenset. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, basert på feilaktig faktum eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4, jf. eksempelvis Rt. 2007 side 1783 (NIDA), avsnitt 44 og klagenemndas avgjørelse i sak 2018/246, avsnitt 37. 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, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2018/232, avsnitt 26.
- (36) Klager har anført at innklagedes evaluering av klagers tilbud til dels bygger på feil faktum, og til dels strider mot de skjønnsmessige rammene som kriteriet oppstiller. Klager har for det første vist til underpunktet «*Systematisk ferdigstillelse*», og at innklagede feilaktig har lagt til grunn at klager ikke tilbød systemet PIMS365 som prosjektstyringsverktøy.
- (37) Innklagede har på sin side forklart at de vurderte klagers besvarelse under punktet om systematisk ferdigstillelse slik at klager ikke hadde hensyntatt dette kravet. Det er vist til at klager kun har beskrevet bruk av Smartsheet i sin besvarelse under prosjekteringsfasen for systematisk ferdigstillelse, og at PIMS365 ikke er nevnt.
- (38) Det var forutsatt i konkurransegrunnlaget at PIMS365 skulle benyttes som prosjekteringsverktøy til systematisk ferdigstillelse ved bruk av modulene «*Ferdigstillelse*» og «*Tekniske registre*». Den omstendighet at klager, ved bedømmelsen av tilbudet under punktet «*Systematisk ferdigstillelse*», har blitt trukket for å beskrive et annet prosjekteringsverktøy, fremstår derfor som innenfor de rammene for evalueringen som ble trukket opp i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har bygget evalueringen på feil faktum. Poengtrekket gir etter klagenemndas syn ikke uttrykk for hvilket faktum innklagede bygger på, men hvordan innklagede vurderer at klager besvarer det aktuelle momentet under tildelingskriteriet «*oppdragsforståelse og gjennomføringsplan*», se til sammenligning Gulating lagmannsretts kjennelse i sak LG-2021-21890.
- (39) Klager har videre vist til at man fikk trekk for å være for lite prosjektspesifikke i sin beskrivelse av systematisk ferdigstillelse, og at man ellers har fått trekk for å ha korte redegjørelser. Det fremholdes at disse vurderingene strider med kriteriets forutsetning om at redegjørelsene skulle være korte.
- (40) Klagenemnda er ikke enig i klagers forståelse av kriteriet, og kan for øvrig ikke se at innklagede utelukkende har lagt vekt på at redegjørelsene var korte, eller for lite spesifikke. Begrunnelsen må leses som en helhetlig vurdering av klagers

oppdragsforståelse og gjennomføringsplan, og en enkelt setning vil ikke nødvendigvis gi et fullstendig bilde av hvilke forhold som er vektlagt. Klagenemnda viser eksempelvis til at klagers beskrivelse av rigg og logistikk ble beskrevet som overordnet god, «*men kanskje litt kort*». Like etter konkretiseres dette når innklagede forklarer at klager har hatt «*[h]ovedfokus på leveranser eksternt, men ikke utredet intern logistikk i like stor grad*».

- (41) Når det gjelder manglende prosjektspesifikk beskrivelse av systematisk ferdigstilling, har innklagede vist til at planen til klager var god, men at redegjørelsen for hvordan planen skal gjennomføres var mangelfull, blant annet med hensyn til beskrivelsen av prosjekteringsverktøy og beskrivelsen av ulike roller i gjennomføringsplanen.
- (42) Klagers anførsler gir derfor heller ikke på dette punktet grunnlag for å konstatere at innklagede har gått utenfor de rammene som ble trukket opp i konkurransegrunnlaget.

Konklusjon:

Bergen kommune v/ Etat for utbygging har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk