



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. De grunnleggende kravene i § 4. Evalueringsmodell.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om totalentreprise for bygging av omsorgsboliger. Klager anførte at tildelingskriteriet «Fremdrift» var ulovlig, og at det var benyttet en ulovlig evalueringsmetode ved evalueringen av tildelingskriteriet. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 4. november 2021 i sak 2021/648

Klager: Smøla Trelastlager AS

Innklaget: Smøla Kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

(1) Smøla kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. oktober 2020 en åpen tilbudskonkurranse om totalentreprise for bygging av omsorgsboliger. Kontraktens varighet var angitt til 12 måneder. Anskaffelsens verdi hadde en kostnadsramme på inntil 43 653 000 kroner. Tilbudsfrist var 13. november 2020.

(2) I kunngjøringen ble det gitt følgende beskrivelse av anskaffelsen:

«Hopen Omsorgsboliger skal bygges på eiendom gnr. 55 bnr. 23 i kommunesenteret på Hopen i Smøla Kommune. Boligene er beregnet for en brukergruppe med yngre brukere med ulike funksjonshemninger. Bygget skal inneholde 8 omsorgsboliger, fellesarealer med kjøkken og stue samt fasiliteter for heldøgns bemanning i bygget.»

(3) I konkurransegrunnlaget var det angitt en tidsramme for anskaffelsesprosessen. Det fremkom her at tidspunktene etter tilbudsfrist var foreløpige og kunne bli gjenstand for justeringer. Videre var det angitt at totalentreprenøren skulle levere fremdriftsplan med hovedaktiviteter i sitt tilbud, basert på kontraktinngåelse 14. desember 2020.

(4) Av konkurransegrunnlaget fremkom følgende under «Fremdrift»:

«Det forventes at arbeidene med nybygg vil komme i gang i februar/mars 2021. Nybygget skal være komplett ferdigstilt, klar for overtakelse ved årsskiftet [2021/22].

Totalentreprenøren skal sammen med byggherren lage en fremdriftsplan ved byggestart som ivaretar alle arbeidene og avslutningsprosedyre. Totalentreprenøren har ansvaret for etablering av slik fremdriftsplan.

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

Foreløpig hovedfremdriftsplan ser slik ut:

Medio februar 2021 - Oppstart arbeider

Årsskiftet [21/22] - Overtakelse bygg

Overtakelsesdatoen blir dagmulktbelagt.»

- (5) Kontrakt skulle tildeles leverandøren som etter en samlet vurdering hadde inngitt det beste tilbudet ut fra tildelingskriteriene, som var «Pris» (vektet 80 prosent) og «Fremdrift» (vektet 20 prosent).
- (6) Under tildelingskriteriet «Pris» ville laveste pris gis 10 poeng, mens laveste pris + 100 prosent ville gi 0 poeng. Det var angitt at det ville benyttes én desimal ved beregningen av poenguttellingen på pris.
- (7) Det var angitt at tildelingskriteriet «Fremdrift» ville evalueres på følgende måte:

20%	<i>Fremdrift</i> <i>5 – 10 poeng</i>	<i>Tilbudene blir vurdert som følger:</i> <i>Tidligste ferdigstillingsdato + 14 dager gir 10 poeng, Deretter 14 dager gir 8 poeng, ytterligere 14 dager deretter gir 6 poeng, Ferdigstillelse etter dette gir 5 poeng.</i> <i>Det er komplett ferdigstillelse, klar for overtakelse som blir evaluert, jmf. Tilbudsinnbydelsen.</i>
-----	---	---

- (8) I tilbudsskjema ble leverandørene bedt om å oppgi byggetid fra «byggherren gir klarsignal om bygging og frem til ferdigstillelse/ overtakelse kanskje. Oppgis i antall måneder». Leverandørene skulle fylle inn antall måneder i følgende linje:
- «Byggetid som definert over måneder.»*
- (9) I forbindelse med anbudsbeferingen og etter ønske fra leverandørene, ble tilbudsfristen utsatt til 27. november 2020.
- (10) Innklagede mottok fem tilbud innen utløpet av den nye tilbudsfristen, herunder fra Smøla Trelastlager AS (heretter *klager*) og Torobygg AS.
- (11) Valg av leverandør ble ikke foretatt i henhold til opprinnelig frist som var 4. desember 2020.
- (12) Det ble avholdt et digitalt avklaringsmøte mellom innklagede og tre leverandører den 16. desember 2020, hvor tema for møtet var avklaring av regnefeil i tilbudene.
- (13) I brev datert 21. desember 2020 informerte innklagede om at de hadde mottatt avslag på dispensasjonssøknad for bygging av boligene på den planlagte tomten. Innklagede ønsket

derfor ikke å tildele kontrakten før de hadde gjennomgått plansaken med alle involverte parter. Det ble videre opplyst om at de ville komme tilbake med mer informasjon til leverandørene i starten av januar.

- (14) Av tildelingsbrev datert 5. januar 2021 fremgikk det at kontrakt var tildelt ToroBygg AS (heretter *valgte leverandør*). Videre fremgikk det av brevet at «*Smøla kommune vil behandle finansiering av prosjektet 04.03.2021. Det tas forbehold om politisk/økonomisk godkjenning av prosjektet før kontraktinngåelse*».
- (15) Samtlige leverandører ble oversendt sladdet versjon av inngitte tilbud den 7. januar 2021.
- (16) Klager ba om innsyn i valgte leverandørs reviderte tilbud, forhandlingsmøtereferat fra forhandlinger med leverandørene, oppdragsgivers evaluerings skjema, samt anskaffelsesprotokoll i e-post datert 13. januar 2021. Det ble også bedt om at karensperioden ble forlenget til 20. januar 2021.
- (17) Innklagede ga innsyn i de etterspurte dokumentene i e-post datert 14. januar 2021. Det ble opplyst om at det ikke var gjennomført noen form for forhandlinger med leverandørene. Innklagede viste til at det var gjennomført tre avklaringsmøter med leverandørene angående tilbudsskjema. Det ble ikke innvilget utvidet karensperiode.
- (18) Klager klaget på tildelingen i brev datert 15. januar 2021, hvor en rekke klagegrunner ble fremmet. Det ble vist til at avslaget på dispensasjonssøknad medførte at forutsetningene som var satt for konkurransen ikke kunne ivaretas. Det ble også vist til at kommunen ikke skulle behandle finansieringen av prosjektet før 4. mars 2021.
- (19) I brev datert 28. januar 2021 avviste innklagede klagen. Innklagede anmodet klager om å gi tilbakemelding på om det var forhold som ikke var blitt besvart eller avklart i svar på klagen. I tillegg ble klager gjort oppmerksom på at kommunestyre skulle behandle tildeling av budsjett til «*Omsorgsboliger Hopen*» i møte den 9. februar 2021.
- (20) Klager påklaget tildelingen i brev datert 5. februar 2021. Denne klagen ble heller ikke tatt til følge av innklagede.
- (21) Kommunestyret fattet den 9. februar 2021 vedtak vedrørende «*Nye omsorgsboliger Hopen – gjennomføring av byggeprosjekt og finansiering*». Av vedtaket fremgikk det at byggingen av omsorgsboligene skulle gjennomføres i henhold til plan og innenfor en totalkostnadsramme på inntil 43 653 000 kroner.
- (22) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør rundt 18. februar 2021.
- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i klage datert 7. mai 2021.
- (24) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. november 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (25) Klager anfører at tildelingskriteriet «*Fremdrift*» er ulovlig. Det er på det rene at flere leverandører har lagt til grunn ulike oppstartstidspunkter for byggetid. Det er videre

nærliggende at konkurransen, dersom tildelingskriteriet var tilstrekkelig klart utformet, kunne fått et annet utfall. Innklagede har som følge av dette plikt til å avlyse konkurransen.

- (26) Innklagede har benyttet en evalueringsmetode som ikke er i tråd med konkurransegrunnlaget, og som ikke reflekterer relevante forskjeller mellom tilbudene. Dette er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. I tillegg anfører klager at evalueringsmodellen har forskjøvet den oppgitte vektningen av tildelingskriteriene, slik at tildelingskriteriet «*Pris*» har fått større betydning enn 80 prosent.
- (27) Enten alene, eller samlet, medfører disse feilene at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (28) Innklagede bestrider at det forelå avlysningsplikt.
- (29) Tildelingskriteriet «*Fremdrift*» er tilstrekkelig klart utformet slik at alle rimelig aktsomme leverandører vil forstå kriteriet på samme måte. Det er ikke riktig at leverandørene har tolket tildelingskriteriet på forskjellig måte, da fem leverandører la til grunn at tildelingskriteriet etterspør antall måneder byggetid.
- (30) Eventuelle feil ved tildelingskriteriet har uansett ikke virket inn på konkurransen. Innklagede viser til at valgte leverandør ble evaluert ut fra 12 måneder byggetid, og fikk dermed ett vektet poeng på tildelingskriteriet «*Fremdrift*», som er lavest mulige score ut fra evalueringsmetoden.
- (31) Innklagede bestrider at evalueringsmetoden ikke har reflektert relevante forskjeller mellom tilbudene. Valg av evalueringsmetode ligger under det innkjøpsfaglige skjønnet, og kan i utgangspunktet ikke prøves av klagenemnda.
- (32) Eventuelle feil ved evalueringsmetoden har uansett ikke innvirket på konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av kontrakt for totalentreprise av omsorgsboliger som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi har en kostnadsramme på inntil 43 653 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (34) Klagenemnda tar i det følgende stilling til om konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av brudd på regelverket.

Tildelingskriteriet «Fremdrift»

- (35) For det første anfører klager at tildelingskriteriet «*Fremdrift*» er ulovlig.
- (36) Et tildelingskriterium skal utformes tilstrekkelig klart til at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår hva som skal vurderes, jf. EU-domstolens sak C-19/00 SIAC. Dette er senere blitt gjentatt i sak C-42/13 premiss 44.

(37) I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriet beskrevet på følgende måte:

«Tidligste ferdigstillingsdato + 14 dager gir 10 poeng, Deretter 14 dager gir 8 poeng, ytterligere 14 dager deretter gir 6 poeng, Ferdigstillelse etter dette gir 5 poeng.»

Det er komplett ferdigstillelse, klar for overtakelse som blir evaluert, jmf. Tilbudsinnbydelsen.»

(38) Klager anfører at oppstartstidspunktet for beregningen av «[t]idligste ferdigstillingsdato» kunne forstås på ulike måter, og at denne uklarheten har påvirket utformingen av tilbudene.

(39) Klagenemnda er enig i at tildelingskriteriet i seg selv ikke angir utgangspunktet for beregningen av byggetiden. Det fremgikk imidlertid av tilbudsskjemaet at leverandørene skulle oppgi «byggetid fra byggherren gir klarsignal om bygging og frem til ferdigstillelse». Det var videre angitt at byggetid skulle oppgis i antall måneder. En gjennomgang av innkomne tilbud viser at samtlige av leverandørene har oppgitt byggetid i antall måneder. Klagenemnda kan dermed ikke se at det har vært uklart for leverandørene hvilket oppstartstidspunkt for kontraktarbeidet som skulle legges til grunn.

(40) På bakgrunn av det ovennevnte, er klagenemnda kommet til at tildelingskriteriet «Fremdrift» var lovlig. Klagers anførsel fører ikke frem.

Evalueringemetode

(41) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling om innklagede har benyttet en ulovlig evalueringemetode for evalueringen under tildelingskriteriet «Fremdrift».

(42) Klagenemnda bemerker innledningsvis at temaet for en rettslig kontroll ikke er om evalueringemetoden er optimal, men om den er lovlig. I tilfeller hvor oppdragsgiver har gjort fremgangsmåten for evalueringen kjent i anskaffelsesdokumentene er terskelen for å tilsidesette en evalueringmodell høy, jf. forutsetningsvis EU-domstolens avgjørelse i C-6/15 Dimarso.

(43) Ved evalueringen av tildelingskriteriet «Fremdrift» var det angitt at tilbudet med «tidligste ferdigstillingsdato + 14 dager» ble tildelt 10 poeng. Videre fremkom det at «[d]eretter 14 dager gir 8 poeng, ytterligere 14 dager deretter gir 6 poeng, Ferdigstillelse etter dette gir 5 poeng».

(44) Den benyttede evalueringemetoden innebar at en byggetid på 1,5 måneder mer enn beste tilbud uansett ville gis 5 poeng i evalueringen. Leverandørene ville altså oppnå ett vektet poeng i den totale evalueringen, uavhengig av lengden på byggetiden. Dette medfører at det var ett vektet poeng i spill ved å levere tilbudet med kortest byggetid. Selv om leverandørene startet med ett poeng, kan ikke klagenemnda se at tildelingskriterienes vekt er forskjøvet. Tildelingskriteriet bevarer sin vekt på 20 prosent i den totale evalueringen av kriteriene. Klagenemnda kan heller ikke se at evalueringemetoden ikke reflekterer relevante forskjeller mellom tilbudene i denne konkurransen. Evalueringemetoden medfører at det er mest å vinne på og levere tilbudet med lavest pris. Klagenemnda kan ikke se at det er ulovlig å anvende en slik metode, når dette var klart angitt i konkurransegrunnlaget.

(45) Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Smøla kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk