



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De grunnleggende prinsippene i § 4.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler for håndverkertjenester. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å forbeholde seg retten til å inngå kontrakt med seks til ti leverandører basert på ett eller flere tildelingskriterier, at innklagede hadde vektlagt tildelingskriteriet pris i større grad for klagers tilbud enn for øvrige tilbud, og at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å gi innsyn i tilbud og dokumentasjon i henhold til offentleglova og forvaltningsloven. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 8. november 2022 i sak 2022/1067

Klager: Moderne Byggfornyelse AS

Innklaget: Boligbygg Oslo KF

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Sverre Nyhus.

Bakgrunn:

- (1) Boligbygg Oslo KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 5. mai 2022 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler for håndverkertjenester innen flere fag til ubebodde boliger. Rammeavtalens varighet var angitt til to år, med opsjon for forlengelse for to år, totalt fire år. Anskaffelsens verdi var estimert til 200 millioner per år, totalt 800 millioner kroner. Tilbudsfrist var angitt til 12. juni 2022.
- (2) Av kunngjøringen fremgikk det at maksimalt antall planlagte leverandører i rammeavtalen var 10.
- (3) Om omfang av oppdrag var det i konkurransegrunnlaget angitt følgende:
«Boligbygg Oslo KF anslår at omfanget av oppdrag på denne anskaffelsen er på ca. 200 millioner kroner pr. år fordelt på antall leverandører (6-10 leverandører).»
- (4) De parallelle rammeavtalene skulle tildeles basert på tildelingskriteriene «Pris», vektet 40 prosent, «Kvalitet» vektet 30 prosent, «Kompetanse» vektet 15 prosent og «Miljø», vektet 15 prosent.
- (5) Før tilbudsfristen mottok innklagede flere spørsmål vedrørende antall leverandører som skulle velges, med henvisning til at opplysningen «6-10 leverandører» ikke gav tilstrekkelig opplysninger til at tilbyderne hadde forsvarlig grunnlag til å inngi tilbud. Til dette svarte innklagede:

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

«Vi ønsker å kunne inngå kontrakt med 10 leverandører dersom vi får gode og mange nok tilbud.»

- (6) Videre fikk innklagede spørsmål om hva som var tildelingskriterier for utvelgelse av antall leverandører. Det var her vist til at det ved to anledninger var etterspurt et fastsatt antall leverandører det var tiltenkt å inngå avtale med, og om det ville bli tildelt til ti leverandører dersom innklagede mottok ti eller flere tilbud. Til dette svarte innklagede:

«Boligbygg har i konkurransegrunnlagets pkt. 1.2 opplyst at vi har til hensikt å inngå parallelle rammeavtaler med mellom seks til ti leverandører. Det følger videre av pkt. 2.16.1 at oppdrag vil tildeles etter geografisk fordeling.

Det medfører at vår eiendomsportefølje vil inndeles i samme antall geografiske soner som det antall leverandører det tildeles kontrakt til. Boligbygg vil evaluere og rangere de mottatte tilbudene i henhold til de tildelingskriteriene som er angitt i konkurransegrunnlaget, jf. pkt. 4.1. Dersom vi innen tilbudsfristen mottar tilbud fra 6 kvalifiserte leverandører, vil vi i henhold til denne angivelsen være forpliktet til å tildele kontrakt til samtlige leverandører. Mottar vi flere enn 6 tilbud vil vi ta stilling til om vi ønsker å inngå kontrakt med ytterligere leverandører basert på rangeringen som er foretatt iht. tildelingskriteriene. F.eks. kan det være naturlig å ikke inngå kontrakt med ti leverandører dersom enkelte av leverandørene som er rangert mellom syv og ti scorer svært dårlig på ett eller flere av tildelingskriteriene.

Boligbygg mener at det ikke kan utledes en plikt for oppdragsgiver til nærmere å angi kriterier for hvordan denne utvelgelsen skal foretas og at beslutningen om tildeling av kontrakt til flere enn seks (og opptil ti) ligger innenfor vårt innkjøpsfaglige skjønn.

Som nevnt i konkurransegrunnlaget er imidlertid dette en svært viktig rammeavtale for Boligbygg og vi er avhengig av å inngå kontrakter med leverandører som håndterer svingninger i oppdragsmengde og har tilstrekkelig kapasitet gjennom hele rammeavtaleperioden. Vi har derfor en målsetning om å tildele kontrakt til flere leverandører enn vi har på inneværende avtale (seks), og helst ti gode.»

- (7) Innklagede mottok 16 tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Moderne Byggfornyelse AS (heretter klager).
- (8) Den 21. juni 2022 ble leverandørene informert om at innklagede ville inngå kontrakt med ni leverandører, basert på poengsummen for tildelingskriteriene i konkurransen.
- (9) I tildelingsbrevet var det oppstilt en tabell som viste hvordan de forskjellige leverandørene hadde scoret i evalueringen. For tilbudene rangert fra syv til ti var poengscoren følgende:

| Firmanavn | Pris | | Kompetanse | | Kvalitet | | Miljø | | Sum | |
|--------------------------------|-------|------|------------|------|----------|------|-------|------|-------------|----------|
| | Score | Vekt | Score | Vekt | Score | Vekt | Score | Vekt | Poeng | Rang |
| Malercompagniet Oslo AS | 8,16 | 40% | 9,25 | 15% | 7 | 30% | 9,30 | 15% | 8,15 | 7 |

| | | | | | | | | | | |
|-------------------------------------|------|-----|------|-----|------|-----|------|-----|-------------|-----------|
| Askim Entreprenør AS | 7,80 | 40% | 7,25 | 15% | 8,00 | 30% | 10 | 15% | 8,11 | 8 |
| Bjerklind Bygg AS | 7,82 | 40% | 9,25 | 15% | 8,30 | 30% | 7,30 | 15% | 8,10 | 9 |
| Moderne Byggfornyelse AS | 5,78 | 40% | 7,00 | 15% | 9,30 | 30% | 10 | 15% | 7,65 | 10 |

- (10) I tildelingsbrevet var det angitt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med leverandørene som var rangert som nummer en til ni. Det var også inntatt en begrunnelse for hvorfor det ble valgt å ikke inngå kontrakt med klager, som var rangert som nummer ti:

«Leverandøren har levert tilbud som ut i fra vektingen i konkurransegrunnlaget gir 5,78 poeng og rangering som nr. 15 på kriteriet «pris». Leverandøren har levert priser godt over gjennomsnittet til de 9 øverste på listen. Dette medfører at det vil bli uforholdsmessig kostbart å inngå kontrakt med Moderne Byggfornyelse.»

- (11) Kontrakt med de ni valgte leverandørene ble inngått i perioden 8. august til 16. august 2022. Oppstartsdato for samtlige kontrakter var 1. september 2022.
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 30. august 2022.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. november 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å vekte tildelingskriteriet «Pris» høyere for klagers tilbud enn for de øvrige tilbudene. Nærmere bestemt har innklagede vektlagt pris også i vurderingen av hvor mange kontrakter som skulle inngås. Dette er i strid med likebehandlingsprinsippet.
- (15) Videre har innklagede brutt regelverket ved å forbeholde seg retten til å inngå kontrakt med mellom seks og ti leverandører, og å fritt kunne velge tilbud rangert mellom syv og ti basert på tildelingskriteriene. Dermed har innklagede beholdt en så stor handlefrihet ved valg av tilbud at det medfører en reell risiko for favorisering av leverandører basert på innholdet i tilbudet. Innklagede har da i praksis forbeholdt seg retten til å endre på tildelingskriteriene etter at innholdet i tilbudene er blitt kjent. Dersom innklagede var av den oppfatning at ett eller flere tildelingskriterier skulle talt mer enn det som er oppgitt i vektingen, ville oppdragsgiver vært pliktig til å avlyse konkurransen og utlyse den på nytt.
- (16) Innklagede har også brutt regelverket ved å gi mangelfullt innsyn i tilbud og dokumenter i tråd med offentlighetsloven og forvaltningsloven. Dette bryter med de grunnleggende

prinsippene om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet, og har påvirket klagers mulighet til å vurdere sin klageadgang og etterprøve resultatet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Det bestrides at regelverket er brutt. Evalueringen av klagers tilbud er gjennomført på samme måte som de øvrige tilbudene for samtlige tildelingskriterier, og er gjort i samsvar med likebehandlingsprinsippet.
- (18) Det var angitt i konkurransegrunnlaget og etterfølgende spørsmål og svar hvordan utvelgelsen av leverandører ville skje, på en klar og utvetydig måte. Konkurransen er derfor gjennomført på en forutberegnelig måte for leverandørene.
- (19) Klager har fått innsyn i de dokumenter det er begjært innsyn i, med unntak av taushetsbelagt informasjon. På grunn av ferieavvikling tok behandlingen av innsynsbegjæringen lengre tid enn normalt, og gjaldt et stort antall dokumenter. Det bestrides at innsyn på et tidligere tidspunkt ville ha gitt nye opplysninger som var avgjørende for de anførsler klager har fremsatt.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtaler for håndverkertjenester innen flere fag som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 800 millioner 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (21) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket i forbindelse med evaluering av tilbudene og tildeling av kontrakter.
- (22) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at innklagede ville inngå rammeavtale med seks til ti leverandører. I kunngjøringen var det også angitt at maksimalt antall leverandører det ville inngås kontrakt med var ti.
- (23) I forkant av tilbudsfristen ble det stilt flere spørsmål til konkurransegrunnlaget vedrørende hvordan innklagede ville velge antall tilbud som ville antas, som innklagede besvarte. Spørsmålene, og svarene på dem, er gjengitt i avsnitt 5 og 6 ovenfor. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at slike svar må likestilles med opplysninger i selve konkurransegrunnlaget, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2018/390, avsnitt 37 med videre henvisninger.
- (24) Innklagede svarte blant annet at det var ønskelig å inngå kontrakt med ti leverandører dersom innklagede mottok gode og mange nok tilbud. Det var videre oppgitt at innklagede, etter å ha rangert tilbudene etter uttelling på tildelingskriteriene, ville gjøre en vurdering av om det var ønskelig å inngå kontrakt med flere leverandører enn seks. Som eksempel var det vist til at det ikke ville være naturlig å *«inngå kontrakt med ti leverandører dersom enkelte av leverandørene som er rangert mellom syv og ti scorer svært dårlig på ett eller flere av tildelingskriteriene»*.
- (25) I tildelingsbrevet var det oppgitt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med leverandørene som hadde levert tilbud rangert fra en til ni. Det var også inntatt hvilke

poengsummer de forskjellige tilbudene hadde fått på tildelingskriteriene, og en rangering etter totalscore. Klagers tilbud var rangert som nummer ti.

- (26) Begrunnelsen for at innklagede ikke hadde til hensikt å inngå kontrakt med klager, var at prisene i klagers tilbud lå godt over gjennomsnittet for leverandørene rangert som nummer en til ni. Etter innklagedes vurdering var det derfor uforholdsmessig kostbart å inngå kontrakt med klager.
- (27) Klager har for det første anført at innklagede har brutt regelverket ved å angi at det ville inngås kontrakt med seks til ti leverandører, og ved å forbeholde seg retten til å velge leverandør nummer syv til ti ut fra ett eller flere tildelingskriterier. Ifølge klager medfører dette at innklagede beholder en så stor handlefrihet ved valg av leverandør at det medfører en reell risiko for favorisering av leverandører basert på innholdet i tilbudene.
- (28) EU-domstolen har i flere saker fastslått at prinsippet om forutberegnelighet skal sikre at prosedyren for tildeling av kontrakt er upartisk og ikke vilkårlig, se sakene *C-278/14 EFS*, *C-599/10 Slovensko*, avsnitt 25 og *C-561/12 Nordecon*, avsnitt 36.
- (29) Gjennom konkurransegrunnlaget og svar på spørsmål innkommet før tilbudsfristen, har innklagede tydeliggjort hvordan kontraktene ville tildeles. Dersom leverandørens tilbud var rangert som ett av de seks beste, fikk man tildelt kontrakt. Dersom leverandørens tilbud var rangert fra syv til ti, hadde leverandøren mulighet for å få tildelt kontrakt, men var ikke garantert å få tildelt kontrakt. I vurderingen av hvor mange kontrakter mellom seks og ti det var ønskelig å inngå, ble det gjort en konkret vurdering av det dårligst rangerte tilbudet i forhold til de øvrige tilbudene. Det ble ikke gjort en tilfeldig utvelgelse av tilbudene rangert mellom syv og ti. Selv om det var prisen som var avgjørende for innklagede i denne vurderingen, har innklagede forholdt seg innenfor de rammer som var oppstilt i konkurransegrunnlaget. Det er heller ingen regler i anskaffelsesregelverket som stenger for at innklagede kan angi et spenn for hvor mange kontrakter som tildeles. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (30) For det andre har klager anført at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet ved avgjørelsen av om ikke å inngå kontrakt med klager.
- (31) Det følger av anskaffelsesloven § 4 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper, herunder likebehandling. Likebehandlingsprinsippet har til formål å sørge for en sunn og effektiv konkurranse mellom leverandørene, og dermed gi samtlige leverandører like sjanser i konkurransen, se EU-domstolens avgjørelse i sak *C-538/13 eVigilo*, avsnitt 33. Like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller skal behandles ulikt, med mindre det foreligger en objektiv begrunnelse for å fravike dette, jf. *C-336/12 Manova*, avsnitt 30.
- (32) Ifølge klager er tildelingskriteriet pris vektlagt i større grad for klagers tilbud enn for de øvrige tilbudene. Klagenemnda er ikke enig i dette. Tildelingsevalueringen er gjennomført på samme måte for samtlige tilbud. Det fremgikk videre tydelig av konkurransegrunnlaget at innklagede ville inngå kontrakt med mellom seks til ti leverandører. Leverandørene rangert som syv til ti hadde derfor ingen garanti for å få tildelt kontrakt. Hvor mange kontrakter som til slutt ble tildelt, var derfor opp til innklagedes skjønn.

- (33) Innklagedes skjønn kan i begrenset grad overprøves. Det kan imidlertid prøves om skjønnet er usaklig, uforsvarlig, basert på feil faktum, eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4.
- (34) Som nevnt vurderte innklagede det som uforholdsmessig kostbart å inngå kontrakt med klager, da prisene i klagers tilbud lå godt over gjennomsnittet for leverandørene rangert som nummer en til ni. Det er det dårligst rangerte aktuelle tilbudet som er sammenlignet opp mot de øvrige tilbudene, og ikke en tilfeldig utvelgelse. Etter nemndas syn må innklagede ha valgfrihet til å kunne avgjøre om det er ønskelig å inngå en dyr kontrakt eller ikke når det foreligger bedre tilbud, og det er opplyst om fremgangsmåten i konkurransedokumentene. Klagenemnda finner derfor at innklagede ikke har gått ut over de skjønsmessige rammene oppstilt i konkurransegrunnlaget.
- (35) Klager har til slutt anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi innsyn i innkomne tilbud og dokumenter i tråd med offentlighetsloven og forvaltningsloven. Ifølge klager bryter dette de grunnleggende prinsippene om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet og dermed har påvirket klagers mulighet til å vurdere sin klageadgang og etterprøve resultatet.
- (36) Prinsippene om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet har gitt utslag i anskaffelsesregelverket gjennom reglene om blant annet begrunnelse, anskaffelsesprotokoll og dokumentasjonsplikt underveis i anskaffelsen, se blant annet §§ 7-1, 25-1 og 25-5. Klager har ikke påpekt svakheter ved begrunnelsen for at innklagede valgte ikke å tildele kontrakt til klager som kan begrunne brudd på prinsippene om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet.. En klage til klagenemnda må gjelde brudd på anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne, jf. klagenemndsforordningen §§ 1 og 6 første ledd. Følgelig avvises klagers anførsel, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Boligbygg Oslo KF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk