



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tilbudsevaluering. Evalueringsmetode.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kommunalt vintervedlikehold. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at de fastsatte evalueringsmetode for kontrakten etter at tilbudenenes innhold var kjent.

Klagenemndas avgjørelse 25. september 2023 i sak 2023/0403

Klager: Myrvoll maskin

Innklaget: Kåfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Christina Paludan Melson og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Kåfjord kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. mars 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for vintervedlikehold av kommunale veier og plasser. Avtalens varighet var 4 år, med mulighet for forlengelse 1 + 1. Anskaffelsens estimerte verdi var 10 millioner kroner ekskl. mva. Anskaffelsen var oppdelt i fire roder. Klagen gjelder rode 3: Indre Kåfjord.
- (2) I punkt 7.1 i konkurransegrunnlaget fremgikk det at kontrakten omfattet både elementer som skulle prises til fastpris, men også elementer som skulle prises per enhet. Oppdraget ble nærmere beskrevet på følgende måte:

«Oppdraget skal løses ved at prioriterte områder skal holdes åpent og tilgjengelig i oppgitte tidsrom, og at andre områder skal brøytes på oppdrag. Kommunale veier skal være fremkommelig for utrykningskjøretøy og personbiler.

Brøytingen skal iverksettes ved snømengder over 5 cm, og utføres i henhold til punkt 7.4 (spesifiserte krav til ytelsen). Oversikt over estimert omfang vises i veilliste og kartskisser over 1-4 roder.

Restikking, kosting av skilt etter snøfall, fjerning av midlertidig deponi og utviding av veggbredder etter store snøfall skal inngå i fastpris. Det samme gjelder nødvendige befaringer og tilsyn av veiobjekter. Leverandør er ansvarlig for å utføre befaringer på sin rode, og melde fra til kommunen ved feil og mangler/skader, tette stikkrenner mv. Kommunen utfører selv steaming av stikkrenner, men kan ved manglende kapasitet bestille dette av leverandør. Dette skal da prises etter oppgitte enhetspriser i tilbudsskjemaet

Brøytesesongen følger tidsrommet fra 15. oktober til 15. mai, første brøytesesong gjelder fra 15.10.2023 til 15.05.2027.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Kartene beskriver avtalte ytelser i form av arealer (veier og plasser) som skal brøytes, strøs og feies. Kartene vil være en del av fremtidig kontrakt/ avtaledokument.»

- (3) I punkt 7.5 i konkurransegrunnlaget under overskriften «[a]nnet» fremgikk det blant annet:

«Før snøen legger seg på høsten skal det gjennomføres en befaring. Her fastsettes en eventuell endring på omfanget for kommende sesong. Befaringen skal belyse områder som kan være utsatt for skader og som må ivaretas spesielt.

Ved sesongslutt skal leverandør ta initiativ til felles befaring med oppdragsgiver for generell evaluering og gjennomgang av avtaleområdet med registrering av eventuelle skader som har oppstått på anlegg og faste installasjoner som følge av utførelse av kontrakts arbeidet. Skader skal leverandøren selv ha mulighet til å utbedre innen rimelig tid eller avregnes mot faktura.»

- (4) Tildelingen skulle baseres på følgende kriterier:

<i>Vurderingstema:</i>	<i>Dokumentasjon:</i>
<i>Pris: 70 %</i>	<i>Ferdig utfylt prisskjema og vedståelseserklæring</i>
<i>Maskinell kapasitet: 20 %</i>	<i>Liste over materiell, personell og plan for gjennomføring</i>
<i>Økonomisk kapasitet: 10 %</i>	<i>Regnskapstall siste 3 år</i>

- (5) I utkastet avtaletekst fremgikk det at leverandørene skulle fakturere for medgått tid, i tillegg til å motta en fast beredskapsgodtgjørelse:

«HONORAR OG FAKTURERING

Oppdraget skal honoreres etter en kombinasjon av fastpris (beredskapsgodtgjørelse) og en bevegelig del (kjørte km/timer)

Det er avtalt følgende fastpris (NOK): eks. mva.

Enhetspriser (bevegelige)

Tillegg og endringer honoreres etter følgende timepriser:

Maskiner/utstyr	Enhetspris pr time eks. mva.
<i>Hjullaster med utstyr</i>	
<i>Lastebil med utstyr</i>	
<i>Traktor med utstyr</i>	
<i>Gravemaskin med utstyr</i>	
<i>Steamer (for stikkrenner)</i>	

Det skal faktureres en gang pr måned. Avslutningsdag for fakturering skal være siste dag i måneden. Betalingsfrist skal være 30 dager fra mottak av korrekt merket faktura. Fakturagebyr skal ikke beregnes»

- (6) I prisskjemaet skulle «beredskapspris/fastpris» oppgis per sesong, i tillegg skulle det gis enhetspriser på øvrige poster. De fleste enhetsprisene gjaldt timepriser for maskiner, men en av postene utgjorde også fastpris for «kosting/feiing. 1 -en- gang pr sesong». I tillegg skulle strøingen oppgis per kilometer og strøsand skulle oppgis i kubikkmeter.
- (7) Enhetsprisene var ikke volumjustert eller på annet vis vektet i prisskjemaet. Konkurransgrunnlaget gav heller ingen uttrykkelig informasjon om et bestemt antall timer skulle gjelde for prisevalueringen, og i så fall, hvor mange timer dette ville være.
- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Manndalen maskin AS (heretter valgte leverandør), Total maskinservice AS og Myrvoll maskin AS (heretter klager) på vintervedlikehold av rode 3, Indre Kåfjord.
- (9) I klagers tilbud var prisskjemaet fylt ut som følger:

«Leverandør tilbyr følgende beredskapspris/ fastpris: kr. [redacted] Eks.mva.

For rode: Indre kåfjord (Birtavarre-Trollvik

For oppdraget tilbys det enhetspriser:

	<i>Enhetspris:</i>	<i>Maskiner/utstyr</i>
<i>Timepris eks mva:</i>	[redacted]	<i>Hjullaster med utstyr</i>
<i>Timepris eks mva:</i>		<i>Lastebil med utstyr</i>
<i>Timepris eks mva:</i>		<i>Traktor med utstyr</i>
<i>Fastpris eks mva:</i>		<i>Kosting/feiing, 1 -en- gang pr sesong</i>
<i>Steaming</i>		<i>Steamkjele</i>
<i>Strøing pr km</i>		<i>Strøsand pr m3:</i> [redacted]

Oppdragsgiver skal varsles når 70 % av kostnadsrammen er nådd. Enhetspriser pr time erstatter pris for kjørte km.

Honorar for endringer/ akutte hendelser (prisene skal kunne benyttes på andre hendelser)

Tillegg og endringer honoreres etter følgende timepriser:

<i>Maskiner/utstyr</i>	<i>Enhetspris pr time eks mva</i>
<i>Hjullaster med utstyr</i>	[redacted]

<i>Lastebil med utstyr</i>		
<i>Traktor med utstyr</i>		
<i>Gravemaskin med utstyr</i>		»

- (10) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør 17. april 2023. Av tildelingsbrevet fremgikk følgende om evalueringen av tilbudene:

«Evalueringen er gjort på bakgrunn av erfaringstall (antall timer) for en til tilfeldig valgt sesong (2019/2020). 700 t, pluss fastpris og kosting. Enhetsprisene behandles fortrolige. Ut fra dette er poengene vektet i henhold til konkurransegrunnlaget»

- (11) Vedlagt var det også gitt en protokoll som inneholdt innklagedes evalueringsmatrise. I evalueringsmatrisen fremgikk det at valgte leverandør fikk 100 av 100 mulige poeng for pris, mens klager fikk 31 poeng. Priskriteriet skulle vektes 70 %, slik at den vektete poengsummen for pris var valgte leverandør var 70 poeng, mens klagers var 22 poeng. Klager og valgte leverandør hadde lik poengsum på de øvrige tildelingskriteriene, maskinell kapasitet og økonomisk kapasitet. Til sammen fikk klager 23,9 poeng, og valgte leverandør fikk 72.

- (12) I evalueringsmatrisen hadde innklagede også tatt inn følgende merknad:

«På grunn av store forskjeller i tilbudte enhetspriser, har kommunen gjort totalvurdering av pris basert på antall timer = 700t, tilfeldig valgt 2019/2020, for alle maskiner + fastpriser, og deretter lagt til fastpris inkludert kosting.

Poeng gitt pr rode ved laveste pris x 100 / konkurrentens pris. Pris har tildelingskriteriet 70 %, som gir høyeste score for lavest vurderte pris: 70.»

- (13) Klager klaget på tildelingen 21. april 2023, og viste til at evalueringen var i strid med konkurransegrunnlaget ved at 700 timer ble lagt til grunn for evalueringen.
- (14) Innklagede avviste klagen 2. mai 2023, og ga en nærmere forklaring på hvordan de hadde evaluert klagers tilbud. Det ble vist til at:

«Når det gjelder vekting av pris (70 %), beregner kommunen både fast- og enhetspris for å kunne sammenligne tilbudene. Da den bevegelige delen (timebruken) utgjør så stor del av kontrakten, tok kommunen utgangspunkt i en tilfeldig valgt sesong (2019/2020), der antall timer ble rundt regnet 700 t. Dette for å kunne stipulere den hele kostnaden for sesongen, og dermed får et bedre grunnlag for vekting. Kommunen kan ikke legge 1 x enhetspris til vekting, da antall timer i sesongen jo er høyere. Kommunen avviser dermed at konkurransegrunnlaget er endret, da tildelingskriteriet for pris er oppfylt og alle entreprenørene ble vurdert ut ifra samme antall timer for bevegelig del. Det bør være kjent for entreprenører som utfører brøyting at medgåtte timer pr sesong overstiger 1 time, og at en enkelt time dermed ikke kan legges til grunn i vektingen. Deres firma var betydelig dyrere på enhetsprisene; Forskjellen mellom rimeligste enhetspris for Indre Kåffjord og dere, var på [redacted] / time. I vektingen ble (enhetsprisen x 700 timer) + fastpris benyttet. Rimeligste tilbyder fikk dermed vekting 70 (gitt ut fra en poenggivning på 100 poeng x 70/100).

Deres firma ble dermed beregnet slik: (rimeligste tilbud x 100/ konkurrentens tilbud – her dere): 1645 000,- x 100 / 5305 000,- = 31 poeng. Vektingen på 70 % gir en score på (31x70/100) = 21,7 (avrundet til 22 i regnearket. Dette gir lavest score for rode 3, og dermed ingen tildeling.»

- (15) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. juni 2023.
- (16) I forbindelse med saksopplysningen for klagenemnda ble innklagede 30. august 2023 bedt om å redegjøre nærmere for hvordan evalueringen ble foretatt, og særlig når det ble avgjort at 700 timer skulle legges til grunn som utgangspunktet i vurderingen av enhetsprisene.

- (17) Innklagede svarte den 1. september 2023. Innklagede viste blant annet til:

«I forrige kontrakt (2019-2023) ble fastsummen lagt til grunn i den endelige evalueringen. Enhetsprisen ble vurdert i saksbehandlingen da det ikke var store variasjoner mellom de to entreprenørene som ga tilbud for rode 3 (gjennomsnitt hhv [REDACTED]). Summen av fast- og enhetspris for alle entreprenørene er grunnlaget for kommunens budsjetttramme kommende sesong for vintervedlikehold.

Denne konkurransen (2023) ble evaluert på samme måte, da kommunen må ivareta den budsjettmessige konsekvensen av konkurransen, jfr kommunens forbehold om budsjettdekning (Kap. 3 Oppdragsgivers forbehold).

Da tilbudene ble åpnet ble differansen mellom enhetsprisene ble avdekket som unormalt store [...] og kommunen måtte da som konsekvens benytte dette i den endelige kostnaden i evalueringen. Kommunen har aldri tidligere registrert slike store differanser i enhetspriser for vintervedlikehold, og som tidligere nevnt utgjør enhetsprisene en stor del av den totale kostnaden. Som tidligere opplyst i avvisning av klage datert 02.05.2023, var differansen mellom entreprenør tildelte entreprenør og Myrvoll Maskin betydelig. Alle 9 tilbydere ble evaluert likt etter samme modell, og samme antall timer.

I tildelingskriteriene kap 5.2 er pris opplyst som 70 % av tildelingen. Dette gjelder den totale kostnaden for kontrakten, og følgelig både fast- og enhetspris.»

- (18) På forespørsel fra sekretariatet utdypet innklagede dette ytterligere i e-post 4. september 2023:

«Kommunen evaluerer etter tildelingskriteriene, og med pris forstås både fast- og enhetspris. Det vises til tidligere merknader om dette.

I henhold til konkurransegrunnlaget (kap. 3) tar kommunen hensyn til den budsjettmessige konsekvensen av tilbudet i sin helhet, og må tildele etter dette. Da Myrvoll maskin AS i denne konkurransen økte sin enhetspris å betydelig, fikk det større konsekvenser enn differansen enhetsprisene hadde i 2019.»

- (19) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 9. mai 2023.

- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. september 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Klager hadde det beste tilbudet utfra konkurransegrunnlaget. Det var i strid med regelverket at innklagede etter innleveringsfristen la til grunn 700 timer for utregning av prisen. Dette medførte en endring i konkurransegrunnlaget. Det er uten betydning om leverandørene burde ha forstått at oppdraget ville dreie seg om mer enn én time, det avgjørende er hva som fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- (22) Det var i strid med regelverket og likebehandlingsprinsippet at konkurransegrunnlaget ikke klargjorde hvilken måte tilbudene skulle kalkuleres på. Å legge til grunn 700 timer utgjorde en endring som fikk stor betydning, og medførte at leverandørene som hadde høye enhetspriser, men lav fastpris kom dårligere ut av evalueringen. Klager har anført at evalueringsmetoden som baserte seg på 700 timer for enhetsprisene ble tilpasset etter åpning av tilbudene, slik at klagers tilbud skulle komme dårligst ut.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede har ikke gjort endringer i konkurransegrunnlaget. Evalueringen er gjort i tråd med tildelingskriteriene. Tildelingskriteriet «*[p]ris*» skulle vektes 70 %, noe som innklagede har overholdt i sin evaluering.
- (24) Evalueringsmetoden som er benyttet evaluerer leverandørene direkte opp mot hverandre, der lavest totalpris vektes høyest. Alle leverandørene ble behandlet likt, og det ble brukt samme metode og timeantall. Timeantallet på 700 timer baserte seg på en tilfeldig valgt sesong, 2019/2020. Selv dersom man hadde lagt til grunn vesentlig færre timer, ville klager ikke vunnet konkurransen.

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 vintervedlikehold av kommunale veier og plasser som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 10 millioner. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (26) Klager har anført at innklagede har evaluert tilbudenes pris i strid med opplysningene i konkurransegrunnlaget. Det fulgte av prisskjemaet at leverandørene skulle gi en fast beredskapspris, samt timepriser for leie av maskiner. Fastprisen gjaldt per sesong, mens selve brøytingen skulle faktureres etter medgått tid.
- (27) Slik klagenemnda forstår klager, er det anført at konkurransedokumentene må forstås slik at priskriteriet skulle evalueres ved å summere timeprisene med beredskapsprisen. Dette medfører at prisen for brøytingen evalueres basert på prisen for én time brøyting, selv om oppdraget forutsetter flere hundre timer brøyting per sesong.
- (28) Klagenemnda bemerker at en slik måte å evaluere priskriteriet på, vil være ulovlig. Priskriterier skal premiere tilbudene ut fra prisen oppdragsgiver skal betale for ytelsen. Et priskriterium har bare har den nødvendige tilknytningen til ytelsen dersom det er egnet til å utpeke tilbudet med den laveste totalprisen, se klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2022/322 og 2022/326 avsnitt 68. Det må ha fremstått klart for enhver påpasselig

leverandør at å evaluere tilbudene basert på prisen for én time brøyting, ikke vil peke ut tilbudet med den laveste totalprisen for vintervedlikehold.

- (29) Slik klagenemnda forstår innklagedes redegjørelser for tidligere års konkurranser, har tilbudene i hovedsak tidligere vært evaluert basert på fastprisen, ikke timeprisene. Det er redegjort for at dette hang sammen med at de timeprisene man historisk har mottatt i hovedsak har vært like, slik at fastprisen har vært det avgjørende priselementet.
- (30) Hvorvidt evalueringen i de tidligere anskaffelsene har vært lovlig, ligger utenfor det klagenemnda skal ta stilling til. Av betydning for denne saken er at innklagede ikke for denne anskaffelsen hadde fastsatt en metode for bedømmelse av tilbudene som tok høyde for eventuelle forskjeller i timeprisene. Slik nemnda forstår det, baserte bedømmelsesmetoden seg på at beredskapsprisen også i år ville være avgjørende, og at det ikke var fastsatt noen innbyrdes vektning av de forskjellige priselementene.
- (31) Først da innklagede åpnet tilbudene, og så klagers enhetspriser, ble det fastsatt en bedømmelsesmetode som hensyntok at timeprisene er det største priselementet i avtalen.
- (32) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede lovlig kunne fastsette evalueringsmetoden etter at tilbudene var åpnet.
- (33) EU-domstolen har i sak C-6/15 (Dimarso) fastslått oppdragsgiver ikke trenger å opplyse om hvilken evalueringsmetode man skal benytte, men at denne må være fastsatt før tilbudene åpnes, med mindre dette av påviselige grunner ikke er mulig. Dette er for å unngå enhver risiko for favorisering. Å fastsette eller endre evalueringsmetoden etter åpning av tilbudene, vil derfor som den klare hovedregel være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (34) I den grad det på forhånd var fastsatt en bedømmelsesmetode, har innklagede erkjent at denne ikke var egnet. Den endelige bedømmelsesmetoden ble dermed fastsatt etter at tilbudene var åpnet. Innklagede har ikke vist til at det forelå grunner som gjorde at det ikke var mulig å fastsette bedømmelsesmetoden før åpning av tilbudene, og klagenemnda kan heller ikke se at det foreligger slike grunner i denne saken.
- (35) Priskriteriet ble etter dette evaluert ved at timeprisene ble vektet gjennom en volumjustering basert på erfaringstall. Slik klagenemnda forstår innklagede, anføres det at dette likevel var i overensstemmelse med regelverket fordi den nye bedømmelsesmetoden er lovlig og i tråd med opplysningens i konkurransedokumentene. Innklagede har også vist til at den samme poengberegningsmetoden, «*laveste pris x 100 / konkurrentens pris*», har blitt benyttet år etter år og var på forhånd satt som metoden for evaluering ved denne anbudskonkurransen.
- (36) Klagenemnda er ikke enig i dette. Slik nemnda forstår det, har poengberegningsmetoden tidligere år tatt utgangspunkt i at evalueringspris er fastpris, eventuelt fastpris pluss uvektede timepriser. Dette var også poengberegningsmetoden man så for seg å bruke i denne konkurransen. Formelen ble senere endret, slik at evalueringsprisene ble beregnet ved «*(enhetsprisen x 700 timer) + fastpris*».
- (37) Innklagede kan heller ikke høres med at det var lovlig å fastsette bedømmelsesmetoden etter at tilbudene var åpnet fordi selve metoden er lovlig, og ble gjort for å rette en ulovlig metode.

- (38) Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at det etter omstendighetene bør være en viss adgang til å gjøre endringer av både en på forhånd fastsatt metode, og å endre metode etter tildeling av kontrakten i forbindelse med retting etter forskriften § 22-3 (5), jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/21 avsnitt 47.
- (39) Dette er imidlertid ikke tilfellet i vår sak. Feilen ligger her i at det på forhånd var fastsatt en ulovlig evalueringsmetode, og at innklagede så fastsatte en helt annen måte å beregne evalueringsprisen på etter tilbudsåpning. Dette forutsatte at innklagede måtte treffe et valg med hensyn til hvordan tilbudene skulle evalueres, herunder med hensyn til hvilke elementer som skulle inngå i evalueringsprisen og med hvilken vekt, etter å ha fått kjennskap til innholdet i tilbudene.
- (40) At den valgte metoden ligger innenfor føringene i konkurransegrunnlaget, og lovlig kunne ha vært fastsatt på forhånd, endrer ikke at den etterfølgende fastsettelsen medfører en risiko for favorisering i strid med regelverket. Nemnda bemerker i den forbindelse at konkurransegrunnlaget i svært liten grad legger føringer for hvordan priskelementene skulle vektas, og at det dermed finnes flere lovlige måter å evaluere priskriteriet på som kan gi forskjellige poengutslag.
- (41) Innklagede har dermed brutt regelverket ved å fastsette evalueringsmetoden etter at tilbudene var åpnet.
- (42) Klager har anført at konsekvensen av dette bruddet er at klager skulle vært tildelt kontrakten. Klager har imidlertid inngitt et tilbud med så høye timepriser at enhver lovlig evalueringsmetode ville resultert i at klager ville hatt det dyreste pristilbudet og blitt rangert sist av leverandørene som ga tilbud for rode 3. Som følge av dette har ikke den etterfølgende fastsettelsen av metoden hatt innvirkning på klagers rangering i konkurransen.
- (43) Ettersom bruddet ikke har påvirket utfallet av konkurransen for klager, er det heller ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemnds forskriften § 13.

Konklusjon:

Kåfjord kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å fastsette evalueringsmetoden etter tilbudsåpning.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

