



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium og tildelingsevaluering

Tromsø kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av entreprenørtjenester for rehabilitering og oppgradering av Storgata nord i Tromsø sentrum. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å svare ut et spørsmål i konkurransen direkte til klager. Klagers anførsler om ulovlig utforming og ulovlig vekting av underkriterier under tildelingskriteriet «Kvalitet miljø» førte ikke frem. Klager fikk heller ikke medhold i sine anførsler om at de ikke hadde fått tilstrekkelig uttelling i evalueringen under tildelingskriteriet miljø, og at de var urettmessig trukket i evalueringen av organisasjonsplan som følge av en uklarhet i tilbudet.

Klagenemndas avgjørelse 19. desember 2023 i sak 2023/729

Klager: Braathen Landskapsentreprenør

Innklaget: Tromsø kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Tarjei Bekkedal og Hanne Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Tromsø kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. juni 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av entreprenørtjenester for rehabilitering og oppgradering av Storgata nord i Tromsø sentrum. Kunngjøringen ble trukket tilbake 7. september 2022 med den begrunnelse at fristen skulle forlenges. Konkurransen ble kunngjort på nytt 9. september 2022 med tilbudsfrist 14. oktober 2022.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 6 fremkommer det at kontrakt ville bli tildelt tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende tildelingskriterier:

Tildelingskriterier	Vekt	Dokumentasjonskrav
Pris • Under dette kriteriet vurderes: - Tilbudt pris	40 %	Ferdig utfylt prisskjema fra mengdebeskrivelsen
Kvalitet • Miljø - Redegjørelse for miljø - Utslippsreduksjon fra anleggsmaskiner, transport og teletining	30 %	• Leverandøren skal levere en forpliktende redegjørelse for hvordan de faktisk skal redusere utslipp i prosjektet. Redegjørelsen bør også si noe om LCC (livsløpskostnader), materialbruk og bruken av maskiner f.eks. hvor stor andel som er utslippsfritt. Maks 3 sider inkludert eventuelle figurer og tabeller. Ferdig utfylt miljøtabell kommer i tillegg til disse sidene. Skriftstørrelse skal være minst 12 med 1,5 i linjeavstand. • Leverandøren skal sette kryss i miljøtabellen under for det som nærmest beskriver hvordan leverandøren skal drifte anlegget mtp utslipp. Se nærmere beskrivelse nedenfor. Ferdig utfylt miljøtabell legges ved tilbudet.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Kvalitet • Kompetanse - Oppgaveforståelse - Fremdriftsplan - Organisasjonsplan - Kompetanse på nøkkelpersonell	30 %	• Leverandøren skal levere en oppgaveforståelse av prosjektet. Maks 3 sider inkludert eventuelle figurer og tabeller. Skriftstørrelse skal være minst 12 med 1,5 i linjeavstand.. • Leverandøren skal levere en fremdriftsplan som viser i detalj hvordan og hvilken rekkefølge prosjektet skal utføres. Fremdriftsplanen må inneholde oppstartsdato og sluttdato. • Leverandøren skal levere en organisasjonsplan som inneholder navn og roller på tilbudt personell. Eventuelle underleverandører må også inngå i planen. Denne organisasjonen er bindende og skal brukes i gjennomføringen. • Leverandøren skal levere CV på nøkkelpersonell. Med nøkkelpersonell menes minimum leverandørens prosjektleder, leverandørens anleggsleder(e), 4 steinleggere med fagbrev og en miljøkoordinator. Tilbudt personell er bindende og skal brukes i gjennomføringen.
---	------	--

- (3) Leverandørene var bedt om å fylle ut følgende tabell for å dokumentere oppfyllelse av kravet til «Kvalitet miljø»:

Aktivitet	Beskrivelse	Type energi	Sett kryss
A Anleggs-maskiner	100 % dieseldrevne anleggsmaskiner	Alle diesel (Alternativ 1 A)	
	1 stor elektrisk gravemaskin, 1 liten elektrisk hjullaster tilgjengelig lokalt, og andre dieseldrevne anleggsmaskiner.	1 e-gravemaskin, 1 e-hjullaster, annen diesel (Alternativ 2A)	
	100 % biodieseldrevet anleggsmaskiner	Alle biodiesel (Alternativ 3A)	
	1 stor elektrisk gravemaskin, 1 liten elektrisk hjullaster tilgjengelig lokalt, og andre biodieseldrevne anleggsmaskiner	1 e-gravemaskin, 1 e-hjullaster, annen biodiesel (Alternativ 4 A)	
B Transport av masser	Transport av alle masser og produkter tatt ut fra prosjektet til deponi som ligger innenfor 90km. Transport av nye masser og produkter fra ulike lokasjoner til prosjektstedet.	Alle masser til deponi innen 90km (Alternativ 1B)	
	Transport av 60 % gjenbrukbare masser fra prosjektsted til mellomlager og transport av de resterende 40 % av massene og produktene til deponi som ligger innenfor 90km. Transport av 5 % gjenbrukbare masser og resterende nye produkter og masser til prosjektstedet.	Gjenbruk av 60% av masser og deponi av de resterende innen 90km (Alternativ 2B)	
	Transport av 60 % gjenbrukbare masser til mellomlager og transport av de resterende 40 % av massene og produktene til deponi som ligger innenfor 25km. Transport av 5 % gjenbrukbare masser og resterende nye produkter og masser til prosjektstedet.	Gjenbruk av 60% av masser og deponi av de resterende innen 25km (Alternativ 3B)	
	Transport av alle masser og produkter tatt ut fra prosjektet til deponi som ligger innenfor 25km.	Alle masser til deponi innen	

	<i>Transport av nye masser og produkter fra ulike lokasjoner til prosjektstedet.</i>	<i>25km (Alternativ 4B)</i>	
<i>C Teletining</i>	<i>100 % dieseldrevet maskiner til teletining</i>	<i>Alle diesel (Alternativ 1C)</i>	
	<i>100 % biodieseldrevet maskiner til teletining</i>	<i>Alle biodiesel (Alternativ 2C)</i>	
	<i>100 % elektriskdrevet maskiner til teletining</i>	<i>Alle elektrisk (Alternativ 3C)</i>	

- (4) Det var videre presisert følgende om evalueringen av tildelingskriteriet «Kvalitet miljø»:

«Miljø

Miljø gir opp til 100 poeng. (30 poeng etter vektning). Evalueringen vil skje i kombinasjon mellom leverandørens redegjørelse og utfylling av tabell under. Det skal settes totalt 3 kryss. Ett for anleggsmaskiner (A), ett for transport av masser (B) og ett for teletining (C). Sett kryss i den beskrivelsen som er nærmest det dere kan tilby av maskiner. Kommenter valget i redegjørelsen for miljø.»

- (5) I forbindelse med den første utlysningen stilte klager spørsmål 8. juli 2022 om fortolkningen av miljøkriteriet og forholdet mellom dokumentasjonskravene (redegjørelse og miljøtabell). Innklagede svarte klager direkte på e-post:

«Tildelingen sier i punkt 1 for miljø at entreprenør må vise til en forpliktende redegjørelse – vi blir altså å kreve at det som skisseres opp blir benyttet/etterlevd i hele anleggsperioden. Det er i redegjørelsen at dere må gå «all in» i å vise hvordan dere ser for dere å redusere utslippet til prosjektet.

Punkt 2 sier at dere skal sette kryss på det alternativet som er nærmest det anlegget dere vil levere. Om dere planlegger et bedre anlegg enn miljøtabellen viser krysser dere fortsatt av det som er nærmest – og så viser dere i redegjørelsen at det er mulig å gjøre det enda bedre enn tabellen skisserer opp. Miljøtabellen er et tillegg (eget vedlegg) til redegjørelsen. På spørsmålet om det er mulig å tilby andre maskiner eller gjøre ytterligere grep (f.eks. Mtp støy og utslipp) enn det som står i tabellen er svaret; ja.

Oppsummert: Det er redegjørelsen som blir vektlagt og i tabellen skal en krysse av det som er nærmest sin egen redegjørelse – og den legges ved om et vedlegg.»

- (6) To leverandører innga tilbud i konkurransen, A. Markussen AS (heretter *valgte leverandør*) og Braathen Landskapsentreprenør AS (heretter *klager*).
- (7) Melding om tildeling ble sendt 12. desember 2022. Dagen etter tildelingsvedtaket ba klager innklagede om innsyn. Blant dokumentene som ble oversendt var et notat som viste innklagedes oppstilling av positive og negative sider ved hver av leverandørenes tilbud.
- (8) Klager var uenig i innklagedes evaluering, og påklaget denne 30. desember 2022. I klagen ble det pekt på marginale forskjeller mellom leverandørenes score på miljø, hvilket klager mente ikke ga uttrykk for den reelle kvalitetsforskjellen. Klager anførte også at «konkurransegrunnlagets miljøtabell er et svært upassende/ufullstendig dokument».

Klager hadde også innsigelser mot evalueringen av tildelingskriteriene «*Pris*» og «*Kvalitet kompetanse*».

- (9) Klagen ble supplert med ytterligere innvendinger 6. januar 2023. Her ble det rettet innsigelser mot innklagedes evaluering av underkriteriene «*Organisasjonsplan*», «*Kompetanse på nøkkelpersonell*» og «*Redegjørelse oppgaveforståelse*» og «*Fremdrift*».
- (10) Klager ble gitt delvis medhold i svar på klage 13. januar. Innklagede konkluderte der med at vekten av miljøtabellen ikke var påregnelig, og at det skulle foretas en ny evaluering der miljøtabellen ikke skulle vurderes separat, men ses i sammenheng med den overordnede miljøredegjørelsen.
- (11) Innklagede foretok etter dette en ny evaluering av tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*» som ble oversendt til klager 17. februar. Resultatet av den nye evalueringen var opprettholdelse av forrige vinner, og større forskjell i favør av valgte leverandør. Innklagede mente de ikke hadde hjemmel til å evaluere tildelingskriteriet «*Kvalitet kompetanse*» på nytt.
- (12) Klager var uenig også i den nye evalueringen, og sendte ny klage over tildelingen 19. februar 2023. Klagen var begrunnet med at innklagede ved reevalueringen endret evalueringsmetode i strid med regelverket.
- (13) Innklagede sendte 8. mars 2023 svar på klagen av 19. februar 2023, og konkluderte i dette svaret med at tildelingsbeslutningen av 17. februar var ulovlig som følge av ulovlig endring av evalueringsmodell, og opprettholdt den opprinnelige tildelingsbeslutningen av 12. desember 2022.
- (14) Klager påklaget også denne avgjørelsen 15. mars 2023. Innklagede avslo denne klagen og fastholdt vedtaket sitt.
- (15) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 24. mars 2023.
- (16) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. april 2020.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. desember 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelverket både ved vurderingen av tildelingskriteriet «*Kvalitet kompetanse*» samt utforming og vurdering av tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*».
- (19) Dokumentasjonskravet tilhørende underkriteriet «*Utslippsreduksjon fra anleggsmaskiner, transport og teletining*», med en miljøtabell, under tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*» er ikke egnet til å evaluere underkriteriene. Leverandørene skulle i miljøtabellen sette kryss under det som «*nærmest*» beskriver det som skal leveres. Miljøtabellen som dokumentasjonskrav gir ikke grunnlag for å evaluere underkriteriet «*Utslippsreduksjon fra anleggsmaskiner, transport og teletining*», da det ikke beskriver realiteten i det som skal tilbys. Skjønnsutøvelsen er med dette vilkårlig.

- (20) Videre er tildelingskriteriet i strid med forskriften § 18-1. Miljøtabellen som er inntatt som et dokumentasjonskrav er uegnet til å evaluere underkriteriet, da den ikke gir uttrykk for relevante forskjeller i tilbudene. Når det bare settes kryss for det som er nærmest det som tilbys, gir det ikke et korrekt bilde av hva som faktisk tilbys.
- (21) Innklagedes vekting av miljøtabellen er i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 og EU-domstolens praksis knyttet til etterfølgende vekting av underkriterier. Innklagede vektet miljøtabellen 45 %, og redegjørelsen 55 %, til tross for at de hadde oppfordret klager til å gå «all in» på redegjørelsen og opplyst om at det var redegjørelsen som ville bli vektlagt i evalueringen. Uttalelsen indikerte at miljøtabellen ikke skulle gis individuell vekt. Det er nærliggende at den etterfølgende vektingen av underkriteriene kunne ha påvirket leverandørenes utforming av tilbudene, og vektingen er dermed i strid med regelverket.
- (22) Det er marginale forskjeller mellom klager og valgte leverandørs score på miljø. Denne gjenspeiler ikke relevante forskjeller mellom tilbudene.
- (23) Innklagede har brutt prinsippet om likebehandling i anskaffelsesloven § 4 ved å gi informasjon i e-post 8. juni 2022 kun til klager, og ikke de øvrige leverandørene i konkurransen.
- (24) Tildelingskriteriet «Kvalitet kompetanse» er uriktig evaluert da det er lagt feil faktum til grunn. Klager er trukket for en uklarhet knyttet til om alle underleverandørene var synliggjort i organisasjonsplanen. Det forelå ikke noen uklarhet i tilbudet, klager hadde opplyst om alle underentreprenører som skulle brukes i oppdraget. Innklagede har innfortolket en uklarhet i tilbudet, i strid med både prinsippet om forutberegnelighet og etterprøvbarehet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (26) Tildelingskriteriet «Kvalitet miljø» og de tilhørende dokumentasjonskravene er samlet sett egnet til å premiere relevante forskjeller mellom tilbudet. Kriteriet er dermed lovlig. Svakheter ved utformingen av et av dokumentasjonskravene, innebærer ikke uten videre at tildelingskriteriet som sådan er lovlig. Meningen var å se redegjørelsen og tabellen i sammenheng. Av formaningen om å gå «all in» i redegjørelsen, fikk leverandørene en oppfordring om å bruke redegjørelsen til å synliggjøre merkvatiteter vedrørende utslippsreduksjon, som ikke var mulig å synliggjøre i tabellen.
- (27) Evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «Kvalitet miljø» er lovlig. Da leverandøren ble bedt om å gå «all in» på redegjørelsen, fikk de et signal om at dette underkriteriet ville bli tillagt størst vekt. Innklagede kan ikke se at en vekting av underkriteriene på henholdsvis 55 og 45 prosent er i strid med kravet til forutberegnelighet. Det er ingen holdepunkter for at vektingen av underkriteriene ville ha påvirket tilbudsutformingen. At miljøtabellen skulle sees i sammenheng med redegjørelsen stenger ikke for en innbyrdes vekting av underkriteriene.
- (28) Innklagede har heller ikke brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «Kvalitet kompetanse». Klager ble i tilbudsevalueringen trukket fordi det var uklart om alle klagers underentreprenører var synliggjort i organisasjonsplanen. Det var nærmere bestemt uklart om det som ble benevnt som «samarbeidspartnere»

andre steder i tilbudet, var inkludert som underleverandører i organisasjonsplanen. Det forelå en åpenbar uklarhet i tilbudet, som klager må bære risikoen for.

- (29) Innklagede har gitt tilbudene en score som gjenspeiler relevante forskjeller i tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av entreprenørtjenester for rehabilitering og oppgradering av Storgata nord i Tromsø sentrum, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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.

Om tildelingskriteriet «Kvalitet miljø» var lovlig utformet

- (31) Klagenemnda skal først ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig tildelingskriterium.
- (32) Klager anfører at ett av dokumentasjonskravene som var angitt under tildelingskriteriet «Kvalitet miljø» ikke var egnet til å gi den informasjonen som var nødvendig for å evaluere underkriteriet, og dermed ikke var egnet til å identifisere det beste tilbudet. Dokumentasjonskravet innebar utfylling av en tabell som skulle vise utslipp fra maskiner, transport og teletining, der leverandørene skulle krysse av det alternativet som var nærmest for deres tilbud. Klager anfører også tildelingskriteriet «Kvalitet miljø» var i strid med forskriften § 18-1, da tabellen som skulle fylles ut ikke ga grunnlag for å vurdere relevante forskjeller mellom tilbudene. Innklagede anfører på sin side at tildelingskriteriet «Kvalitet miljø» var egnet til å premiere relevante forskjeller mellom tilbudene, og at tildelingskriteriet dermed var lovlig.
- (33) Det følger av forskriften § 18-1 (4) at tildelingskriteriet skal ha «*tilknytning til leveransen*». Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at et tildelingskriterium har tilknytning til leveransen «*når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys*», jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2022/1921 avsnitt 37 med videre henvisninger.
- (34) Utgangspunktet er at oppdragsgiveren har et vidt skjønn med hensyn til hvilke tildelingskriterier som skal benyttes for den konkrete anskaffelsen, jf. klagenemndas sak 2015/125 avsnitt 32 og sak 2012/63 avsnitt 26. Tildelingskriteriene må imidlertid være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC) premiss 35 flg. og klagenemndas avgjørelser i sakene 2021/60 avsnitt 29 og 2022/1021 avsnitt 37. Oppfyllelse av absolutte krav, som enten er oppfylt eller ikke, er ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. blant annet sak 2012/2 premiss 35 flg. Dokumentasjonskravene skal gjøre at tildelingskriteriene er mulig å etterprøve på en objektiv måte for oppdragsgiver, jf. direktiv 2014/24 artikkel 67 (4).
- (35) Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er om tildelingskriteriet «Kvalitet miljø» med tilhørende underkriterier og dokumentasjonskrav var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, herunder om det la opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene, og dermed er lovlig utformet.

- (36) Selv om det ikke fremgår eksplisitt at tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*» hadde underkriterier, forstår klagenemnda det slik at punktene 1) «*Redegjørelse for miljø*» og 2) «*Utslippsreduksjon fra anleggsmaskiner, transport og teletining*» var underkriterier. Dette fremstår naturlig ut fra at det er angitt et dokumentasjonskrav for hver av punktene, og tilsvarende er gjort med underpunktene for det andre kriteriet «*Kvalitet kompetanse*». Både innklagede og klager har forstått underpunktene som underkriterier. For å dokumentere oppfyllelse av disse kriteriene var leverandørene bedt om å levere en «*forpliktende redegjørelse*» og en utfylt miljøtabell, se avsnitt 3 over.
- (37) Leverandørene ble i miljøtabellen bedt om å krysse av for den beskrivelsen som var «nærmest» det som kunne tilbys. Slik tabellen var lagt opp, ville ikke leverandører som kunne levere utover det øverste nivået, bli premiært for dette. Det var altså kun forskjeller opp til en viss terskel som ville premieres i tabellen. Etter klagers oppfatning, innebærer dette at kriteriet ikke er egnet til å identifisere det beste tilbudet.
- (38) Klagenemnda er enig i at tabellen isolert sett ikke er egnet til å få frem alle relevante forskjeller mellom tilbudene. Etter nemndas vurdering må imidlertid kriteriet forstås slik at relevante forskjeller kan gi uttelling på det andre underkriteriet. Miljøtabellen knytter seg til underkriteriet «*Utslippsreduksjon fra anleggsmaskiner, transport og teletining*». Klagenemnda forstår det slik at det andre underkriteriet, «*[r]edegjørelse for miljø*» også er ment å fange opp noen av de samme elementene, da det følger av dokumentasjonskravet at «*Redegjørelsen bør også si noe om ... bruken av maskiner f.eks. hvor stor andel som er utslippsfritt*». Sett i sammenheng med dette underkriteriet, som er et betydelig videre kriterium enn underkriteriet knyttet til «*Utslippsreduksjon*», vil også meroppfyllelse utover de øverste nivåene i tabellen kunne premieres. Slik vil tildelingskriteriet totalt sett være egnet til å få frem relevante forskjeller i tilbudet.
- (39) Dette følger også eksplisitt av konkurransegrunnlaget, hvor det er fremhevet at evalueringen av tildelingskriteriet «*Miljø*» ville skje «*i kombinasjon mellom leverandørens redegjørelse og utfylling av tabell*».
- (40) På denne bakgrunn er det klagenemndas vurdering at utformingen av tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*» var lovlig.

Vektingen av underkriteriene under «Kvalitet miljø»

- (41) Klager har anført at vektingen av underkriteriene under tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*» var i strid med prinsippet om forutberegnelighet, jf. anskaffelsesloven § 4. Innklagede mener vektingen var forutberegnelig, og innenfor det som tilfaller oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.
- (42) Klager stiller videre spørsmål ved om vektingen av underkriteriene var fastsatt i forkant av tilbudsåpningen. Slik saken er opplyst, har imidlertid klagenemnda ingen holdepunkter for å si at vektingen ikke var fastsatt før tilbudsåpning.
- (43) I utgangspunktet vil det å vekte selve tildelingskriteriene anses som tilstrekkelig for å ivareta leverandørenes behov for forutberegnelighet. Oppdragsgiver har dermed mulighet til å vekte underkriteriene i etterkant av kunngjøringen. EU-domstolens sak i C-331/04 (*ATI EAC*) premiss 32 og C-532/06 (*Lianakis*) premiss 19 flg. legger imidlertid visse begrensninger i oppdragsgivers mulighet til å foreta vekting av underkriterier etter at konkurransen er kunngjort, men før tilbudsåpning. For det første må vektingen ikke

«ændre[...] kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen». For det andre kan den ikke *«indeholde[...] forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflytelse på denne forberedelse».* For det tredje kan ikke vektingen skje *«under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende».*

- (44) I foreliggende sak har oppdragsgiver etter gjennomføring av konkurransen informert om at tabellen er vektet 45 prosent og redegjørelsen vektet 55 prosent.
- (45) Det er ikke holdepunkter for at vektingen har virket diskriminerende, blant annet fordi den slik nemnda forstår det ble fastsatt før åpningen av tilbudene. Klagenemnda kan heller ikke se at vektingen av underkriteriene, dersom den hadde vært kjent for leverandørene, ville ha virket inn på forberedelsen av tilbudene, slik klager anfører. Tabellen er kun for avkryssing, og kunne ikke ha blitt besvart annerledes selv om det hadde blitt kommunisert ut til leverandørene at denne skulle tillegges høyere vekt. Det er heller ikke holdepunkter for at leverandørene ville ha besvart redegjørelsen på en annen måte, hadde de hatt kjennskap til den etterfølgende vektingen.
- (46) Spørsmålet blir da om vektingen *«ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen».*
- (47) Som redegjort for under vurderingen over, tolker klagenemnda tildelingskriteriet *«Kvalitet miljø»* slik at det er oppstilt to underkriterier, med et tilhørende dokumentasjonskrav til hvert av disse. Det må i utgangspunktet vurderes som påregnelig at to underkriterier vektes tilnærmet likt, når det ikke er gitt andre opplysninger om hvordan underkriteriene skal vektes.
- (48) I konkurransegrunnlaget er det opplyst at evalueringen skal skje *«i kombinasjon mellom leverandørens redegjørelse og utfylling av tabell».* Klagenemnda kan ikke se at det at miljøtabellen vektes isolert inn under tildelingskriteriet har medført at evalueringen har fått et materielt annet innhold enn det tildelingskriteriet legger opp til, så lenge begge underkriteriene er hensyntatt i den totale evalueringen av tildelingskriteriet.
- (49) Innklagede fremhevet i e-post direkte til klager at *«det er redegjørelsen som blir vektlagt».* Klager har anført at det på bakgrunn av denne presiseringen ikke var forutberegnelig at miljøtabellen ble vektet 45 prosent. Presiseringen i e-posten ble gjort i forbindelse med den første kunngjorte konkurransen. Ettersom tildelingskriteriets ordlyd er nøyaktig den samme i den andre utlysningen, vurderer klagenemnda det slik at svar på spørsmål i den første konkurransen også være av betydning også for den etterfølgende konkurransen.
- (50) Klagenemnda er enig i at e-posten gir inntrykk av at innklagede ikke kom til å vekte underkriteriene tilnærmet likt i totalvurderingen, men at redegjørelsen skulle bli tillagt vesentlig høyere vekt enn underkriteriet som knyttet seg til miljøtabellen. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at e-posten kan vektlegges i tolkningen av tildelingskriteriet, da denne ikke ble kommunisert ut til samtlige leverandører i konkurransen, men kun ble sendt direkte til klager.
- (51) Etter klagenemndas vurdering innebærer dermed ikke den etterfølgende vektingen en endring av tildelingskriteriene, slik disse er fastlagt i konkurransegrunnlaget.

Tildelingsevaluering «Kvalitet miljø»

- (52) Klager er av den oppfatning at leverandørene ikke har fått en poengmessig uttelling som gjenspeiler relevante forskjeller mellom leverandørene.
- (53) Selve poenggivningen er i kjernen av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Klagenemnda kan bare prøve om innklagedes skjønn, i tilknytning til evalueringen av hvor mange poeng det enkelte tilbud skal gis under de ulike kriteriene, er forsvarlig, basert på feil faktum, eller i strid med kravene i lovens § 4. Klagenemnda har uttalt at bruken av karakterskala må harmonere med relevante forskjeller i tilbudene, jf. sak 2013/60 avsnitt 87 med videre henvisninger.
- (54) Klager fikk 100 poeng mot valgte leverandørs 90 under tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*», altså henholdsvis 30 og 27 vektete poeng. Klager kunne levere prosjektet utslippsfritt, hvilket valgte leverandør ikke kunne, og klager mener derfor det skulle vært en større poengmessig forskjell i evalueringen.
- (55) Tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*» var sammensatt av flere forskjellige vurderingstema. For eksempel skulle det på underkriteriet «*redegjørelse miljø*» redegjøres for LCC (livsløpskostnader), materialbruk og bruken av maskiner. Det fremkommer av innklagedes evalueringsnotater, at klager har fått uttelling for sine sterke sider, og disse har gitt utslag i en, om enn forholdsvis liten, forskjell i poeng.
- (56) Klagenemnda har ikke holdepunkter for å si at forskjellene ikke i tilstrekkelig grad kommer til uttrykk i poenggivningen.

Tildelingsevaluering «Kvalitet kompetanse» - organisasjonsplan

- (57) Klager har anført at innklagedes evaluering av tildelingskriteriet «*Kvalitet kompetanse*» ikke er korrekt da klager er trukket for en uklarhet knyttet til hvorvidt alle underentreprenører er synliggjort i organisasjonskartet i tilbudet. Klager anfører å ha oppgitt riktig antall underleverandører i organisasjonskartet og at det ikke var uklarheter rundt dette i tilbudet. Innklagede anfører at det var uklart om alle klagers underleverandører var inntatt i organisasjonskartet i tilbudet.
- (58) Forskriftens utgangspunkt er at en oppdragsgiver har rett, men ikke plikt til å avklare uklarheter ved tilbudet, se eksempelvis klagenemndas sak 2019/645 avsnitt 51 og 2017/64 avsnitt 34 med videre henvisninger. Bakgrunnen for dette er at det er leverandøren selv som har risikoen for tilbudets innhold, jf. forskriften § 23-3 (2).
- (59) Oppdragsgiver kan, i stedet for å avklare eventuelle uklarheter i tilbudet, behandle uklarhetene som svakheter ved tilbudet i evalueringen, jf. blant annet lagmannsrettens avgjørelse i LG-2021-21890 *Consto Bergen*. I praksis er det likevel lagt til grunn at det etter omstendighetene kan foreligge en avklaringsplikt, se for eksempel lagmannsrettens kjennelse i LB-2018-147988. Det fremgår av kjennelsen at en slik plikt kan foreligge dersom «[...] det i lys av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene kan fremstå som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet at ikke oppdragsgiver foretar avklaring. Dette kan for eksempel gjelde der uklarhet i tilbudet skyldes uklarhet i konkurransegrunnlaget».

- (60) Spørsmålet klagenemnda må ta stilling til, blir da om det foreligger en uklarhet i klagers tilbud, og eventuelt om oppdragsgiver hadde plikt til å avklare denne.
- (61) Innklagede hadde under kravet til attest for skatt og merverdiavgift i pkt. 5 i konkurransegrunnlaget presisert at *«Kravet gjelder også for alle underleverandører»*. Klager hadde levert attest for to underleverandører.
- (62) Videre hadde klager presisert følgende i løsningsbeskrivelsen:
- «I denne typen prosjekter benytter vi hovedsakelig egne ansatte, da vi har all den kompetanse som skal til i egne rekker. ... For VVS (VA-utføres med eget mannskap) og Elektro vil vi inngå avtaler med kjente lokale firmaer fra Tromsø som vi også har benyttet i vår forrige kontrakt med Tromsø ...»*
- (63) Klager hadde også i sitt tilbud levert et organisasjonskart hvor det var ført opp to underleverandører, knyttet til elektro- og rørleggerarbeid. I tilbudsbrevet var det imidlertid nevnt en leverandør knyttet til fjernvarme, uten at det var presisert om dette var en underleverandør eller ikke. Videre var det i miljøredegjørelsen henvist til et par andre *«samarbeidspartnere»* knyttet til elektriske biler og sortering og gjenbruk av masser. Heller ikke her var det presisert om disse ble regnet som underleverandører eller ikke.
- (64) Dette tilsier etter klagenemndas vurdering at det forelå en uklarhet i tilbudet knyttet til om klager hadde oppgitt alle underleverandører i organisasjonskartet. Spørsmålet er da om det fremstod *«som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet»* at innklagede ikke foretok en avklaring av denne uklarheten.
- (65) Klager har anført at innklagede må bære risikoen for uklarheten som er oppstått som følge av at det ikke var regulert i konkurransegrunnlaget at leverandørene eksplisitt skulle skrive om man benyttet underleverandør eller ikke.
- (66) Dette er ikke klagenemnda enig i. Innklagede hadde under dokumentasjonskravet til tildelingskriteriet *«Kvalitet kompetanse»* skrevet eksplisitt at *«Leverandører skal levere en organisasjonsplan som inneholder navn og roller på tilbudt personell. Eventuelle underleverandører må også inngå i denne planen.»*
- (67) Etter klagenemndas vurdering hadde da leverandørene en klar oppfordring til å synliggjøre underleverandører i organisasjonsplanen. At klager i sitt tilbud i tillegg har henvist til flere samarbeidspartnere, uten å plassere dem inn i organisasjonskartet, har ført til en uklarhet som ikke kan bebreides innklagede. Det fremstår derfor ikke som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet at innklagede ikke foretok en avklaring.
- (68) Klagers anførsel fører ikke frem.

Om e-posten av 8. juli innebærer brudd på likebehandlingsprinsippet

- (69) Klager anfører også at e-posten som ble sendt 8. juli til klager alene innebærer brudd på likebehandlingsprinsippet.

- (70) Klager stilte spørsmål direkte i samtale med oppdragsgiver vedrørende tolkningen av tildelingskriteriet «*Kvalitet miljø*». Innklagede svarte ut spørsmålet i e-post direkte til klager, i stedet for å kunngjøre spørsmål og svar i konkurransegjennomføringsverktøyet slik at alle leverandører i konkurransen fikk tilgang til den samme informasjonen.
- (71) Klagenemnda er enig i klagers anførsel om at det å svare ut spørsmål om forståelsen av tildelingskriteriene i konkurransen på e-post direkte til én er et brudd på kravet til likebehandling i lovens § 4. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette har fått noen innvirkning på utfallet av konkurransen.
- (72) Ettersom bruddet ikke har påvirket utfallet av konkurransen for klager, er det heller ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforakriften § 13.

Konklusjon:

Tromsø kommune har brutt regelverket ved å svare ut spørsmål i konkurransen direkte til én leverandør i strid med likebehandlingsprinsippet i loven § 4.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur