



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4, Tilbudsevaluering, Habilitet.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse på totalentreprise for riving, masseutskiftning og bygging av Høgmo barnehage. Klagenemnda konkluderte med at innklagede ikke hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å omgjøre den opprinnelige tildelingen grunnet inhabilitet. Videre konkluderte nemnda med at innklagede ikke hadde brutt anskaffelsesregelverket under evalueringen av tilbudene.

Klagenemndas avgjørelse 21. februar 2024 i sak 2023/1141

Klager: Siero AS

Innklaget: Oppdal kommune

Klagenemndas medlemmer: Wenche Sædal, Hanne Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Oppdal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 11. august 2023 en åpen tilbudskonkurranse på totalentreprise for riving, masseutskiftning og bygging av Høgmo barnehage. Anskaffelsens verdi ble ikke oppgitt, men konkurransen er kunngjort etter anskaffelsesforskriftens del I og II. Tilbudsfrist var 18. september 2023.
- (2) Tildelingskriteriene var «*Pris*» som skulle vektes med 70 prosent, «*Fremdrift*» som skulle vektes med 10 prosent og «*Miljøkrav*» som skulle vektes med 20 prosent.
- (3) Tildelingskriteriet «*Miljøkrav*» var stilt opp på følgende måte:

20 %	Miljøkrav 5-10 poeng	Kravet blir vurdert ut fra skriftlig dokument (maks 2 A4 sider) som skal vedlegges tilbudet. Innholdet skal dokumentere/beskrive hvordan TE vil gjennomføre byggeprosessen på mest miljøvennlig måte, og vurderes etter kulepunktene under: • Miljøsertifisert/type maskinpark som er tenkt brukt. • Avfallshåndtering, sortering med antall fraksjoner og bedriftens krav til sorteringsgrad; minimum 70 %. • Sertifisert Miljøfyrtårn • Logistikkplan; bruk av lager/mellom lager, transport av personell og utstyr,
------	-------------------------	--

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

		transportavstand og type transport av materialer, masser etc. • Andre miljøhensyn som bedriften anser som vesentlig; form av oppvarming under utførelsen, benytte sertifiserte produkter etc. Mangelfull dokumentasjon/beskrivelse gir 1 poeng trekk for hvert av kulepunktene.
--	--	---

- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fem leverandører, herunder Siero AS og Olav Solberg AS.
- (5) Under besvarelse av underpunktet om logistikkplan for tildelingskriteriet «Miljøkrav» fremgikk følgende av Siero AS sitt tilbud:
- «Vi vil utarbeide en grundig logistikkplan som fokuserer på effektivitet og reduksjon av miljøpåvirkning. Dette inkluderer bruk av lager- og mellomlagringsfasiliteter for å minimere unødvendig transport, valg av transportmetoder med lavere utslipp, og optimalisering av transportruter for materialer og personell. Vår målsetning er å redusere karbonavtrykket forbundet med logistikken i prosjektet. Vi prioriterer også å handle lokalt der det er mulig for å støtte lokale økonomier og redusere transportavstander.».*
- (6) Videre fremgikk det av Siero AS sin organisasjonsplan som var vedlagt tilbudet at On Arkitekter og Ingeniører AS (heretter *On Arkitekter*) var «Mest sannsynlig aktør i anbuds-fase» som ansvarlig søker og prosjekterende, med «Forbehold om endring».
- (7) Det fremgikk av Olav Solberg AS sin besvarelse av underpunktet om logistikkplan at:
- «Våre ansatte er bosatt på oppdal og har dermed kort vei til jobb om vi skal jobbe på Høgmo barnehage. Vi har lagt vekt på å bruke lokale UE i våre prosjekt som også har kort reisevei. Vi har mulighet for mellomlagring på eget lager i industriområdet. Varer vi kjøper gjennom Byggern kan stå på deres lager inntil vi ønsker dem kjørt ut til byggeplass. Vi tilstreber å bruke lastebil for transport av materialer og å sende ut store lass, så vi minimerer antall turer, og holder god framdrift på byggeplass. Alt av rigg, brakker, belysning, byggekraner har vi i eget hus, slik at transportkostnader for dette blir minimalt.».*
- (8) Evalueringen av tilbudene ble gjennomført av On Arkitekter, som også hadde utarbeidet konkurransegrunnlaget.
- (9) Ved tildelingsbeslutning 20. september 2023 ble Siero AS tildelt kontrakten.
- (10) Alle leverandørene fikk full poengscore på tildelingskriteriene «Fremdrift» og «Miljøkrav». Siero AS hadde lavest tilbudspris på 42 698 325 kroner, og fikk dermed full poengscore på alle tildelingskriteriene.
- (11) Olav Solberg AS påklaget tildelingen i e-post datert 4. oktober 2023.

- (12) Klagen ble kommentert av On Arkitekter 9. oktober 2023, som vurderte at tildelingen var skjedd i henhold til anskaffelsesregelverket.
- (13) Olav Solberg AS fremsatte en supplerende klage i brev datert 12. oktober 2023. Det ble anført at det var begått feil ved evalueringen ved de relative fordelene ved tilbudene i konkurransen ikke ble premiært.
- (14) Innklagede informerte i brev datert 31. oktober 2023 om at innklagde besluttet å annullere den opprinnelige tildelingsevalueringen, på grunnlag av at *«firmaet som gjorde denne evalueringen også kunne gi tilbud på videre prosjektering i prosjektet og at det kunne stilles spørsmål vedrørende habilitet»*. På bakgrunn av dette valgte innklagede å engasjere en tredjepart, Siv. Ing. Tore Johan Smith AS, til å gjøre en ny evaluering av tilbudene i konkurransen.
- (15) Tildelingen ble som følge av den nye evalueringen omgjort i samme brev datert 31. oktober 2023. Kontrakt ble tildelt Olav Solberg AS (heretter *valgte leverandør*).
- (16) I den nye evalueringen fikk valgte leverandør en score på 9,9 vektete poeng og Siero AS (heretter *klager*) fikk 9,8 vektete poeng.
- (17) Klager fikk full score på tildelingskriteriene *«Pris»* og *«Fremdrift»*, men ble trukket ett poeng under tildelingskriteriet *«Miljøkrav»* på underpunktet *«Logistikkplan (...)»*. Trekket ble begrunnet med at *«Det er ikke levert en logistikkplan. Beskrivelsen av innholdet i logistikkplanen som skal utarbeides er god, men generell og ikke spesielt rettet mot dette prosjektet»*.
- (18) I evalueringsnotatet fremgikk at underpunktene til tildelingskriteriet *«Miljøkrav»* ble vurdert som godkjent dersom innklagedes standard var oppfylt. Dersom tilbudet ble vurdert som godkjent ble det gitt 10 poeng. Som eksempel oppnådde alle leverandører full score på underpunktet avfallshåndtering selv om sorteringsgraden varierte i leverandørenes tilbud.
- (19) Valgte leverandør fikk 9,9 vektete poeng på priskriteriet, og full score på tildelingskriteriene *«Fremdrift»* og *«Miljøkrav»*.
- (20) Klager klaget på den nye tildelingen i brev datert 7. november 2023. Klagen ble ikke tatt til følge av kommunen i klagesvar datert 16. november 2023.
- (21) Klager ba om at klagen skulle realitetsbehandles og at det ble gitt en nærmere redegjørelse for hvorfor tildelingen fastholdes i e-post datert 17. november 2023. Innklagede svarte i brev datert 24. november 2023, og opprettholdt den nye tildelingen.
- (22) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 6. desember 2023. Innklagede har informert om at de avventer kontraktsinngåelse til saken er behandlet av klagenemnda.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. februar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å omgjøre en lovlig tildelingsbeslutning. On Arkitekter var ikke inhabil, og kommunen hadde ikke anledning til å omgjøre opprinnelig tildelingsbeslutning jf. forskriften § 10-1 tredje ledd.
- (25) Innklagede sin nye evaluering er ikke gjort i henhold til tildelingskriteriet «Miljøkrav». Videre er evalueringen vilkårlig, inkonsekvent og i strid med prinsippet om forutberegnelighet.
- (26) Innklagede har brutt med likebehandlingsprinsippet ved å diskriminere på grunn av tilhørighet og forskjellsbehandlet tilbyderne i ny evaluering.
- (27) Det er lagt til grunn feil faktum i den nye evalueringen, ved at det blant annet er lagt vekt på opplysninger fra valgte leverandør som ikke forplikter.
- (28) Innklagedes saksbehandling har vært i strid med god anbudsskikk og prinsippet om etterprøvnbarhet, ved at innklagede ikke har realitetsbehandlet klagen og heller ikke har besvart klagers henvendelser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (29) Omgjøringen av tildelingsbeslutningen innebærer ikke et brudd på anskaffelsesregelverket. Den opprinnelige evalueringen måtte annulleres på grunnlag av inhabilitet hos firmaet som gjennomførte evalueringen.
- (30) Evalueringen som er gjort er i tråd med konkurransegrunnlaget, innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet, og strider ikke med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket. Leverandørene fikk full score dersom beskrivelsen/dokumentasjonen på de enkelte punktene ikke var mangelfull, som oppgitt i konkurransegrunnlaget.
- (31) Innklagede har ikke brutt med god anbudsskikk eller kravet om etterprøvnbarhet i prosessen. Henvendelser og klager er svart opp, og innklagede har vært svært imøtekommende ved oversending av dokumentasjon.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for utførelse av Høgmo barnehage som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke oppgitt. 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Habilitet

- (33) Klagenemnda vil først vurdere om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å omgjøre en lovlig tildelingsbeslutning.

- (34) Det følger av anskaffelsesforskriften § 10-1 (3) at «*Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om valget av leverandør er i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått*».
- (35) I ny tildelingsbeslutning av 31. oktober 2023 ble det informert om at innklagede på selvstendig grunnlag valgte å annullere den opprinnelige tildelingsbeslutningen på bakgrunn av habiliteten til firmaet som hadde gjennomført den opprinnelige evalueringen.
- (36) Ved gjennomføringen av anskaffelser som omfattes av forskriften, gjelder forvaltningslovens regler om habilitet i §§ 6 til 10, jf. forskriften § 7-5 (1). Reglene gjelder også for konsulenter som bistår en offentlig oppdragsgiver jf. forvaltningsloven § 10.
- (37) On Arkitekter utarbeidet konkurransedokumentene og foretok den opprinnelige evalueringen av tilbudene. Det er dermed klart at On Arkitekter har vært med på å tilrettelegge grunnlaget og truffet avgjørelse for valg av leverandør jf. forvaltningsloven § 6 (1).
- (38) Det er ingen holdepunkter for at On Arkitekters tilknytning til klager omfattes av situasjonene oppregnet i forvaltningsloven § 6 (1). Spørsmålet er dermed om det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten*» til On Arkitekters «*upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 (2).
- (39) Klagenemnda forstår ordlyden «*særegne forhold*» slik at situasjoner som mange befinner seg i, ikke medfører inhabilitet. Forholdet må skille seg fra det som er normalt, men behøver ikke å være unikt. Videre viser ordlyden «*egnet til å svekke tilliten*» til at det er sentralt hvordan allmennheten oppfatter forholdet.
- (40) Det avgjørende er om de særlige forholdene i saken, etter en objektiv målestokk, gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på konsulentenes upartiskhet, se for eksempel HR-2016-2311-P avsnitt 15. Høyesterett har uttalt at det skal mindre til for å konkludere med inhabilitet i en konkurransesituasjon enn i et tilfelle der det ikke er andre parter, se blant annet Rt. 1998 s. 1398 og Rt. 2007 s. 983 avsnitt 82.
- (41) On Arkitekter har gitt pristilbud for sine tjenester i forbindelse med den aktuelle anskaffelsen til samtlige av leverandørene. Videre fremgikk det av klagers organisasjonsplan at On Arkitekter var «*mest sannsynlig aktør*» som ansvarlig søker og prosjekterende, med «*forbehold om endring*». Valgte leverandørs tilbud inneholdt på sin side ikke informasjon om hvilket arkitektfirma de ville støtte seg på.
- (42) Etter klagenemndas syn utgjør dette et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til On Arkitekters upartiskhet, og til om evalueringen og tildelingen er gjort på et riktig og objektivt grunnlag. Sett utenfra virker On Arkitekter å ha en interesse i utfallet av konkurransen, særlig når klager har oppgitt at de mest sannsynlig vil bruke dem i utførelsen. Slik denne saken er opplyst kan det heller ikke utelukkes at On Arkitekter har inngitt ulike tilbudspriser til leverandørene. Nemnda vil i denne forbindelse bemerke at det ikke er avgjørende hvorvidt de/den ansatte i On Arkitekter faktisk har latt seg påvirke, eller om tilbudsprisene er lik eller ulik. Det avgjørende er om omverden har rimelig og saklig grunn til å tvile på konsulentenes upartiskhet.

- (43) Klagenemnda har etter dette kommet til at det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten*» til On Arkitekters «*upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 (2). Som en følge av dette er den opprinnelige evalueringen ugyldig, og innklagede kan omgjøre tildelingen jf. forskriften § 10-1 (3).
- (44) Klager har også påpekt at de inhabile ansatte i On Arkitekter var med å utforme konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at klager har dokumentert at konkurransegrunnlaget er utformet på en måte som kan være fordelaktig for noen av leverandørene. Innklagede kunne dermed foreta en ny evaluering.

Tilbudsevaluering

- (45) Klager har anført at den nye evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «*Miljøkrav*» er ulovlig.
- (46) Klagenemnda skal ikke foreta en ny evaluering av tilbudene. Det som skal prøves, er om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller for øvrig i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, jf. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 side 1783 avsnitt 42-44.
- (47) Klagenemnda bemerker at det ikke er anført at evalueringsmodellen tildelingskriteriet «*Miljøkrav*» legger opp til er uegnet til å hensynta relative forskjeller, og nemnda tar dermed ikke stilling til dette.
- (48) Klager viser for det første til at den nye evalueringen synes å være basert på valgte leverandørs klage på den første tildelingen. Innklagede har forklart at konsulenten som ble engasjert for å foreta evalueringen ikke har hatt tilgang til den tidligere evalueringen eller informasjon om hvem som hadde klaget og klagens innhold. Klagenemnda legger til grunn innklagedes forklaring på dette punktet.
- (49) Videre viser klager til at evalueringen fremstår inkonsekvent og vilkårlig da det dels er vurdert om tilbyderne har gitt dekkende beskrivelser, og dels vurdert om det er kvalitetsmessige forskjeller mellom tilbyderne.
- (50) Selve poenggivningen under de ulike tildelingskriteriene er i kjernen av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 44. Det som kan prøves er om skjønnsutøvelsen er i tråd med de rettslige utgangspunktene presentert i avsnitt 46. Nemnda bemerker at oppdragsgivere i utgangspunktet står fritt til å vurdere hvilken merverdi som skal gis uttelling i evalueringen av tilbudene, og at leverandørene ikke kan forvente at enhver tilbudt merverdi skal gis uttelling hvis den ikke har betydning for oppdragsgiver i den aktuelle anskaffelsen. Det sentrale er at leverandørene får uttelling for relevante kvalitative forskjeller.
- (51) Det følger av konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet «*Miljøkrav*» ville bli vurdert ut fra et skriftlig dokument på maks to A4 sider. Dokumentet skulle dokumentere/beskrive hvordan leverandøren ville gjennomføre byggeprosessen på mest miljøvennlig måte, og evalueres etter følgende punkter: «*Miljøsertifisert/type maskinpark som er tenkt brukt.*», «*Avfallshåndtering, sortering med antall fraksjoner og bedriftens krav til sorteringsgrad; minimum 70 %.*», «*Sertifisert Miljøfyrtårn*», «*Logistikkplan; bruk av lager/mellomlager, transport av personell og utstyr, transportavstand og type transport av materialer,*

masser etc.» og «Andre miljøhensyn som bedriften anser som vesentlig; form av oppvarming under utførelsen, benytte sertifiserte produkter etc.».

- (52) Videre fulgte det at mangelfull dokumentasjon eller beskrivelse ville gi 1 poeng trekk på hvert av underpunktene.
- (53) På underpunktet «*Miljøsertifisert/type maskinpark (...)»* fikk samtlige leverandører 10 poeng med den begrunnelse at alle har redegjort for type maskinpark og miljøtiltak. På samme måte har alle leverandørene fått 10 poeng på underpunktet om avfallshåndtering, ettersom alle tilbydere har oppgitt sorteringsgrad på minst 70 prosent og de fleste har beskrevet antall fraksjoner. Klager har ikke vist til forhold som tilsier at evalueringen på dette punktet er ulovlig.
- (54) På underpunktet «*Logistikkplan (...)»* ble klager trukket 1 poeng på grunnlag av at beskrivelsen av innholdet var god, men generell og ikke spesielt rettet mot prosjektet. Klager har anført at momentene innklagede har vektlagt ikke er relevant.
- (55) Det følger av tildelingskriteriet at det skulle vurderes «*hvordan leverandørene ville gjennomføre byggeprosessen på mest miljøvennlig måte»*. En vektlegging av at redegjørelsen ikke er rettet mot prosjektet og den konkrete byggeprosessen, er relevant og innenfor de føringer som fremgår av tildelingskriteriet. Nemnda vil også bemerke at evalueringen må skje i tilknytning til den konkrete anskaffelsen, og det vil også av den grunn være adgang til å vektlegge manglende tilknytning til det konkrete prosjektet. Det fremgår også av tildelingskriteriet at mangelfull dokumentasjon under hvert underpunkt medfører 1 poeng trekk. Innklagedes poengtrekk er dermed i tråd med de føringer som fremgår av konkurransegrunnlaget.
- (56) Klager har også anført at det er vilkårlig at valgte leverandør, som i likhet med klager ikke leverte en logistikkplan, fikk full uttelling på underkriteriet. Innklagede har redegjort for at det ikke er trukket poeng for manglende logistikkplan dersom dette ble avhjulpet gjennom en god og konkret beskrivelse av forholdet. Klagenemnda legger innklagedes forklaring til grunn, og har ikke rettslige innvendinger til dette.
- (57) Videre har klager vist til at innklagede ulovlig har vektlagt at valgte leverandør har lokal tilhørighet under evalueringspunktet om logistikkplan. Innklagede har forklart at lokal tilhørighet ikke er vektlagt, og klagenemnda legger dette til grunn.
- (58) På underkriteriet «*Andre miljøhensyn (...)»* fikk både klager og valgte leverandør 10 poeng. Klager anfører at de har en langt bedre besvarelse enn valgte leverandør, uten at de fikk uttelling for dette, og at valgte leverandør har fått uttelling for oppfyllelse av bransjestandarder og lovpålagte krav.
- (59) Innklagedes evaluering er begrunnet med at begge leverandørene har beskrevet særskilte miljøhensyn som de vil fokusere på ved gjennomføring av kontrakten. Valgte leverandør har særlig fokusert på gjenbruk av materialer, forklart at det vil benyttes strøm til oppvarming i byggefasen og at det vil henges opp en QR-kode på byggeplass for et elektronisk stoffkartotek. Klager har beskrevet energivennlige oppvarmingsløsninger på byggeplassen, samt vist til firmaets miljøhensyn og miljøtiltak på byggeplassen. Innklagede har senere forklart at oppfyllelse av minstekrav ikke har vært avgjørende for poenggivningen. Klagenemnda har ikke rettslige innvendinger til innklagedes evaluering på dette underkriteriet.

- (60) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagedes evaluering og skjønnsutøvelse ved evalueringen under tildelingskriteriet «*Miljøkrav*» er vilkårlig, sterkt urimelig eller på annen måte i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (61) Avslutningsvis kan ikke klagenemnda se at klagers anførsler om brudd på god anskaffelsesskikk og kravet om etterprøvbarehet fører fram. Innklagede har dokumentert evalueringen og de vurderinger som er gjort. Innklagede har også besvart klagers henvendelser, og gitt klager og klagenemnda tilgang på alle relevante dokumenter i saken.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å omgjøre den opprinnelige tildelingen grunnet inhabilitet.

Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket under evalueringen av tilbudene.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne Torkelsen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur