



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale om drift og vedlikehold av kommunal belysning ved veg og parkanlegg. Klager anførte at evalueringen av tildelingskriteriet «Kvalitet/gjennomføring» var ulovlig, subsidiært at tildelingskriteriet var ulovlig. Til sist ble det anført at innklagede hadde foretatt en ulovlig evaluering ved å forskyve tildelingskriterienes vekt. Klagenemnda konkluderte med at innklagede ikke hadde begrunnet tildelingen tilstrekkelig. På bakgrunn av nemndas resultat var det ikke grunnlag for å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 2. juli 2024 i sak 2024/0687

Klager: On Energi AS

Innklaget: Trondheim kommune

Klagenemndas medlemmer: Sverre Nyhus, Hanne Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Trondheim kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. desember 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for drift og vedlikehold av kommunal belysning ved veg og parkanlegg. Rammeavtalen hadde en varighet på to år, med opsjon på to ettårige forlengelser. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget angitt til 15-25 millioner kroner årlig, og estimert verdi for hele avtaleperioden inkludert opsjoner var 60 til 100 millioner kroner. Tilbudskonferanse ble avholdt 9. januar 2024. Tilbudsfrist var i utgangspunktet 23. januar 2024, men ble utsatt til 26. januar 2024.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 «Behov – kort beskrivelse» sto det at oppdraget omfattet blant annet «reparasjon av feil og skader, vedlikehold, utskifting av armaturer, utskifting komponenter i gatelysanlegg, periodiske kontroller, vedlikehold, flytting av master, kabler og gatelysfordelinger (tennskap), gatevarmeanlegg, utflytting av gatelysfordelinger fra Tensio Nett AS sine nettstasjoner, i tillegg mindre totalfornyelser av gatelysanlegg i boliggate.» I tillegg omfattet oppdraget andre tilhørende oppgaver, blant annet administrasjon, planlegging av arbeidsoppgaver, dokumentasjon og rapportering.
- (3) Tildeling ville skje til tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 40 prosent), «Kvalitet/gjennomføring» (vektet 30 prosent) og «Miljø» (vektet 30 prosent).

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (4) Tildelingskriteriet «*Kvalitet/gjennomføring*» var delt opp i underkriteriene «*Oppgaveforståelse*» (vektet 20 prosent) og «*Relevante referanseoppdrag*» (vektet 10 prosent).
- (5) Til dokumentasjon av underkriteriet «*Relevante referanseoppdrag*» skulle leverandørene oppgi de tre mest relevante referanseoppdrag de siste fem årene, herunder tid og sted for referanseoppdrag, omfang og referanseperson.
- (6) Ved besvarelsen av underkriteriet «*Oppgaveforståelse*» skulle leverandørene besvare to vedlagte caser. Casene var eksempler på avrop under rammeavtalen. Det fulgte av dokumentasjonskravet at besvarelsene av casene skulle «*vise hvordan oppgavene er tenkt løst i forhold til de enkelte oppdrag, saksgang, lagerhold, prising, logistikk, rigg og HMS.*»
- (7) I tilbudskonferansen 9. januar 2024 presiserte oppdragsgiver at leverandørene ved svar på casene måtte forklare arbeidet i sin helhet. Innklagede opplyste at man ved vurderingen ville se både på beskrivelsen av arbeidet og prisingen, «*således en total vurdering av oppgaveløsning.*»
- (8) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at det innenfor hvert tildelingskriterium ville bli gitt en poengscore på 0 til 10, der beste tilbud fikk 10 poeng. De øvrige tilbudene ville bli gitt en poengscore som gjenspeilte relevante forskjeller mellom tilbudene. Poengscoren ville deretter bli multiplisert med angitt vekt og summeres.
- (9) Kommunen mottok tre tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra NTE Elektro AS og klager.
- (10) Til oppfyllelse av underkriteriet «*Relevante referanseoppdrag*» leverte klager referanser fra tre rammeavtaler om vedlikehold og fornyelse av kommunale veglysanlegg. NTE Elektro AS leverte én referanse fra drift av gatelysnett i en kommune, én referanse som knyttet seg til drift og vedlikehold av bygningsmasse, restaurering og installering av nye tekniske innretninger, og én referanse som knyttet seg til drift, vedlikehold og installasjonsarbeider for et universitet.
- (11) Ved tildelingsbrev 11. mars 2024 opplyste innklagede om at NTE Elektro AS (heretter *valgte leverandør*) var tildelt rammeavtalen. Valgte leverandør oppnådde samlet 9,06 vektete poeng, og klager oppnådde 9 vektete poeng, se oppsummerende tabell for klager og valgte leverandør:

Leverandør	Total poengscore for pris 40 %	Total poengscore for miljø 30 %	Total poengscore for oppgaveforståelse og referanseprosjekter 30 %	Samlet poengscore totalt
NTE Elektro AS	3,26	2,80	3,00	9,06
ON Energi AS	4,00	3,00	2,00	9,00

- (12) Av tildelingsbrevet fulgte det at klager fikk full score på tildelingskriteriet «*Pris*», som ga 4 vektete poeng, og på tildelingskriteriet «*Miljø*» med 3 vektete poeng.

- (13) Under tildelingskriteriet «*Kvalitet/gjennomføring*» var scoren fordelt mellom to underkriterier. På underkriteriet «*Relevante referanseoppdrag*» oppnådde alle tre leverandørene toppscore på 10 poeng, som ga 1 vektet poeng. På underkriteriet «*Oppgaveforståelse*» oppnådde valgte leverandør toppscore på 10 poeng, mens klager oppnådde 5 poeng. Det ga 2 vektete poeng til valgte leverandør og 1 vektet poeng til klager.
- (14) Som begrunnelse for poengscore under «*Relevante referanseoppdrag*» skrev innklagede at «*Alle tre tilbyderne hadde relevante referanseprosjekter å vise til da alle tre leverandørene har hatt tilsvarende store gatelys prosjekt for offentlige oppdragsgivere, og alle tre tilbyderne gis dermed full score, altså 10 poeng.*»
- (15) Klager ba 13. mars 2024 om innsyn i evalueringsdokumentene og de øvrige tilbudene. Klager mottok innsyn i deler av evalueringsmatrisen og de øvrige tilbudene. Klager påklaget tildelingsbeslutningen 22. mars 2024. Klagen ble ikke tatt til følge. Klager supplerte klagen 17. april 2024, og i svar av 23. april 2024 stadfestet innklagede på nytt tildelingsbeslutningen.
- (16) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. april 2024. Innklagede har bekreftet at de avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken, og saken er derfor gitt prioritert behandling av nemnda.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. juni 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Klager anfører at evalueringen av tildelingskriteriet «*Kvalitet/gjennomføring*» var ulovlig. Ved evalueringen av underkriteriet «*Relevante referanseoppdrag*» er alle leverandørene gitt full score, selv om det kun er klager som har levert tre referanseoppdrag som omhandler kontraktsgjenstanden. Relevante forskjeller mellom tilbudene er ikke gjenspeilet i evalueringen og er i strid med konkurransegrunnlagets rammer for skjønnsutøvelse, jf. anskaffelsesloven § 4. Det følger av praksis at oppdragsgiver har rett og plikt til å rette slike feil, jf. forskriften § 25-1.
- (19) Subsidiært anføres det at tildelingskriteriet, dersom det skal forstås slik innklagede har lagt til grunn, var ulovlig. Dersom underkriteriet tolkes slik at det oppstiller en terskel for relevant erfaring uten en nærmere evaluering og differensiering mellom tilbudene, var det i realiteten et kvalifikasjonskrav. En slik feil gir avlysningsplikt.
- (20) Videre anføres det at evalueringen av underkriteriet «*Relevante referanseoppdrag*», der alle leverandørene har fått full score til tross for relevante forskjeller, innebærer at det andre underkriteriet «*Oppgaveforståelse*» gis større vekt enn det som følger av konkurransegrunnlaget. Ved evalueringen av underkriteriet «*Oppgaveforståelse*» blir evalueringsmodellen mer finmasket, slik at små forskjeller gir store poengutslag sammenlignet med under «*Relevante referanseoppdrag*». Dette er i strid med prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling. Innklagede pliktet å foreta en ny, riktig evaluering og omgjøre tildelingsbeslutningen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

- (22) Evalueringen av underkriteriet «*Relevante referanseoppdrag*» var lovlig. Konkurransgrunnlaget ga ikke grunnlag for å avgrense hva som var relevante referanseoppdrag, slik klager anfører. Innklagede anså de aktuelle leverandørene som jevn gode, og dette innkjøpsfaglige skjønnets kan ikke overprøves.
- (23) Tildelingskriteriet er ikke ulovlig. Evalueringen innebar ikke at kravet var å regne som et kvalifikasjonskrav. Den etterfølgende evalueringen har kun vist at tilbudene var jevn gode. Det forhold at et tildelingskriterium eller underkriterium blir utslagsgivende, innebærer ikke at den relative vekten mellom kriteriene er endret.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder drift og vedlikehold av gatelys, som er en tjenesteanskaffelse. 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.
- (25) Klagenemnda vil først ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «*Kvalitet/gjennomføring*». Det sentrale spørsmålet er om innklagede har brutt regelverket ved å gi alle leverandørene full score ved evalueringen av underkriteriet «*Relevante referanseoppdrag*».
- (26) Klagenemnda skal ikke foreta en ny evaluering av tilbudene. Det som kan 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 i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 42-44.
- (27) En viktig del av prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet er oppdragsgivers begrunnelsesplikt, da denne skal sikre at man kan prøve evalueringen som oppdragsgiver har gjort. Begrunnelsesplikten følger av anskaffelsesdirektivet art. 55 og er inntatt i forskriften § 25-1. Begrunnelsen for valg av leverandør skal inneholde «*en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene*», jf. § 25-1 (2). For å overholde begrunnelsesplikten må oppdragsgiver beskrive det valgte tilbudets egenskaper, hvordan egenskapene ble evaluert under det enkelte tildelingskriterium, og hvorfor disse egenskapene skilte valgte leverandørs tilbud fra de øvrige tilbudene, se Prop. 12 L (2011-2012) s. 60 og LG-2017-28938. Der tilbudene er vurdert likt under et tildelingskriterium, skal det også fremgå hvorfor tilbudene er vurdert til lik score. Det gjelder særlig der den samlede totale poengsummen mellom tilbudene er ganske lik.
- (28) Det var ikke spesifisert i underkriteriet eller dokumentasjonskravet hva som ble ansett som relevante oppdrag. Ordet «*relevant*» tilsier at referanseoppdragene må ha en tilknytning til og overføringsverdi til arbeidsoppgavene i den gjeldende anskaffelsen. Samtidig åpner ordbruken «*relevant*» for en bredere vurdering av hvilke referanseoppdrag som kan oppfylle kriteriet og gi merverdi for oppdragsgiver, enn for eksempel der man krever et «*tilsvarende*» referanseoppdrag. Hva som er relevant erfaring, må utover dette forstås på bakgrunn av hvordan kontraktens oppgaver er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Der relevante referanseoppdrag brukes som tildelingskriterium, må oppdragsgiver samtidig ikke bare vurdere om et oppdrag er

relevant, men også graden av relevans – i hvilken grad referanseoppdragene har overføringsverdi til den aktuelle anskaffelsen.

- (29) Rammeavtalen gjelder i sin kjerne drift og vedlikehold av belysning i gater og parker. Det er derfor klart at referanser fra slike oppdrag vil være relevante. Etter nemndas syn følger det imidlertid ikke av konkurransegrunnlaget at det kun er slike oppdrag som vil være relevante, eller at ethvert oppdrag om vei- og gatelys alltid vil ha større overføringsverdi enn andre referanseoppdrag. Dette gjelder særlig der referanser fra andre oppdrag er kombinert med erfaring fra drift og vedlikehold av gate- og veily. Vektlegging av andre type referanseoppdrag på lik linje med gate- og veilysooppdrag, der det ikke fremgår klart at oppdragene omfatter de ytelser som vil inngå i den aktuelle anskaffelsen, krever imidlertid en nærmere begrunnelse.
- (30) Alle tre leverandørene oppnådde full score på underkriteriet «*Relevante referanseoppdrag*». I tildelingsbrevet begrunner innklagede poenggivningen med at alle leverandørene hadde relevante referanseprosjekter å vise til, og at alle tre leverandørene hadde hatt tilsvarende store gatelysprosjekt for offentlige oppdragsgivere. Det er imidlertid ikke vist til hvilke forhold ved referanseprosjektene som gjør at innklagede vurderer at alle samlet sett har like stor overføringsverdi til den aktuelle anskaffelsen. Det gjelder særlig referanseprosjektene som delvis gjelder andre ytelser enn det som nå anskaffes.
- (31) Ut ifra begrunnelsene som er gitt, er det ikke mulig for klagenemnda å vurdere om evalueringen under tildelingskriteriet kvalitet er i tråd med anskaffelsesregelverket. Dette innebærer i seg selv et brudd på prinsippet om etterprøvbarehet jf. anskaffelsesloven § 4 og begrunnelsesplikten i anskaffelsesforskriften § 25-1 (2).
- (32) Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det ikke klart hvilke egenskaper ved referanseoppdragene som gjør at alle har oppnådd lik score. Referanseoppdragene er av ulik type og omfang, og fordrer en tydeligere begrunnelse for hvilken overføringsverdi innklagede mener referanseoppdragene har.
- (33) Dersom oppdragsgiver har gjort feil i anskaffelsesprosessen, foreligger det en plikt til å rette dette, se eksempelvis LB-2019-145192. Såfremt de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 overholdes, er det i utgangspunktet opp til oppdragsgiver hvordan feilen skal rettes, jf. LB-2019-145192. Det må skilles mellom feil som kan rettes uten at det endrer utfallet av konkurransen, og feil hvor bruddet kan ha hatt innvirkning på valget av leverandør. I sistnevnte tilfelle vil utgangspunktet være at det foreligger en omgjøringsplikt, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/73 avsnitt 21, med videre henvisninger. Feil i evalueringen er en type feil som ofte kan rettes.
- (34) Innklagede må i dette tilfellet rette feilen ved å utforme en ny begrunnelse som synliggjør hvilke egenskaper ved de ulike referanseoppdragene som gjør at de er vurdert til lik poengscore. Innklagede må forklare hvilken overføringsverdi referanseprosjektene har, og hvorfor leverandørenes ulike referanseprosjekter til sammen har lik overføringsverdi.
- (35) Ettersom den gitte begrunnelsen ikke gjør det mulig å overprøve innklagedes evaluering, kan manglende begrunnelse ha påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforskriften § 13.

- (36) Det følger av klagenemndas drøftelse at nemnda ikke kan ta nærmere stilling til innklagedes evaluering. Klagers øvrige anførsler knyttet til evalueringen drøftes derfor ikke videre.

Konklusjon:

Trondheim kommune har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for poenggivningen under tildelingskriteriet «Kvalitet/gjennomføring».

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur