



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Avvisning av tilbud. Endring av konkurransegrunnlag. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Kvalifikasjons/-dokumentasjonskrav. Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprisekontrakt for bygging av Skram skole. Klagenemnda kom til konkurransegrunnlaget var uklart, og at konkurransen skulle vært avlyst. Det ble ikke tatt stilling til klagerens øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 20. september 2024 i forente saker 2024/1066 og 2024/1071

Klager: Åsen & Øvrelid AS og Veidekke Entreprenør AS

Innklaget: Kinn kommune

Klagenemndas

medlemmer: Sverre Nyhus, Hanne S. Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Kinn kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 6. september 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for bygging av Skram skole. Anskaffelsens verdi var ikke kunngjort. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.4 angitt til 15. desember 2023. Tilbudsfristen ble senere utsatt til 19. januar 2024.
- (2) Anskaffelsen ble beskrevet i konkurransegrunnlaget del II punkt A.1. Det fremgikk av kontraktsgrunnlaget at kontrakten gikk ut på rivning av eksisterende skole og etablering av nye Skram skole som nybygg på samme tomt som dagens skole. Skolen skulle bygges med tradisjonell klasseromsinndeling med to-parallell. Kontrakten omfattet også opparbeidelse av utearealer.
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.1 at prosjektet skulle gjennomføres som totalentreprise, jf. NS8407:2011 med de presiseringer, tillegg og unntak som var inntatt i spesielle kontraktsbestemmelser i konkurransegrunnlaget del II, dokument B.
- (4) Tildeling av kontrakt skulle skje basert på hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Tildelingskriteriet «*Pris/kostnad*» skulle vektes 75 prosent, mens tildelingskriteriet «*Kvalitet*» skulle vektes 25 prosent.
- (5) Tildelingskriteriet «*Kvalitet*» var som følger:

Tildelingskriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
Kvalitet Oppdragsgjevar er her ute etter tilbud med god	25 %	Det skal leveres ein redegjørelse som skildrar korleis leverandøren planleg å gjennomføre prosjektet. Redegjørelsen skal være på

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

oppgåveforståing. Under dette kriteriet vurderer ein: Oppgåveforståing og framdrift Følgende vektlegges: - Beskrivelse for korleis leverandøren vil løyse oppdraget, med angivelse av utfordringar, usikkerheter og suksesskriterier. - Beskrivelse av opplegg rundt rigg og drift. - Framdriftsplan som viser planlagte hovedaktivitetar og milepælar.	maksimalt 3 stykk A4 sider med skriftstørrelse 11. I tillegg til redegjørelsen skal det utarbeides fremdriftsplan. Skildring av korleis prosjektet planlegges gjennomført med tanke på at vi er i eit boligstrøk, ivaretagelse av SHA/HMS både på byggeplas og for området rundt skuletomta, samt trafikale forhold i berørte gater og ivaretagelse av framdrift teller positivt. Redegjørelsen skal innehalde skildring av arbeidsopplegg og gjennomføringsmetodikk for prosjektets fasar.
--	---

- (6) I kontraktsgrunnlaget punkt E.1 var det oppstilt en fremdriftsplan med frister for blant annet oppstart for detaljprosjektering, mekanisk ferdigstilling og overtakelse. Fristene var angitt på månedsnivå:

Aktivitet	Tidspunkt
Oppstart detaljprosjektering	Januar 2024
Oppstart riving	April 2024
Oppstart gjennomføringsfase	August 2024
Mekanisk ferdigstilt (helt eller delvis)	August 2025
Oppstart test- og kontrollfase før overtakelse	August 2025
Overtakelse	Desember 2025
Sluttfrist og oppstart prøvedriftsperiode (overlevering)	Desember 2025
Avslutning prøvedriftsperiode	Desember 2026

- (7) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt E.2 at sluttfristen, i henhold til NS 8407 punkt 40.2, er dagmulktbelagt. I tillegg var følgende milepæler dagmulktbelagte:

Milepæler	Frist	Dagmulktsats
Eksisterende bygningsmasse revet ned	31.07.2024	1%
Mekanisk ferdigstilling (hele eller deler av bygget)	Avtales nærmere	1%
Gjennomført og godkjent	4 uker før overtakelse	1%
Overlevering av komplett FDVU-dokumentasjon	2 uker før overtakelse	1%
Overtakelse ved foreliggende midlertidig brukstillatelse	April 2026	1%
Ferdigstilling skal foreligge	10.08.2026	1%

- (8) Den 5. oktober 2023 stilte en av leverandørene spørsmål om konkurransegrunnlaget opererte med tilstrekkelig byggetid i tråd med byggherreforskriften, når det var stilt krav om mekanisk ferdigstillelse i august 2025. Innklagede besvarte spørsmålet ved å utsette fristen for mekanisk ferdigstillelse til desember 2025.

- (9) Spørsmålet ble fulgt opp av en annen leverandør 17. november 2023. Leverandøren stilte følgende spørsmål til innklagede:

«I spørsmål vedr. frister ble det svart fra BH at «frist for mekanisk ferdigstillelse settes til desember 2025». Fristen flyttes m.a.o 5 mnd. Det betyr at oppstart at test- og kontrollfase må forskyves 5 mnd og følgelig må de øvrige fristene skyves tilsvarende. Er dette riktig oppfattet? Hvis ja, bør matrise E.1 frister i konkurransegrunnlaget oppdateres for å unngå uklarheter.»

- (10) Til dette svarte innklagede følgende:

«Det er riktig oppfattet. Vi har revidert del II – Kontraktsgrunnlag med oppdaterte frister».

- (11) Innklagede oppdaterte fremdriftsplanen for prosjektet. Den nye fremdriftsplanen var som følger:

Aktivitet	Tidspunkt
Oppstart detaljprosjektering	Januar 2024
Oppstart riving	April 2024
Oppstart gjennomføringsfase	August 2024
Mekanisk ferdigstilt (helt eller delvis)	Desember 2025
Oppstart test- og kontrollfase før overtakelse	Desember 2025
Overtakelse	April 2026
Sluttfrist og oppstart prøvedriftsperiode (overlevering)	April 2026
Avslutning prøvedriftsperiode	April 2027

- (12) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra syv leverandører, herunder Veidekke Entreprenør AS (heretter *Veidekke Entreprenør*) og Åsen & Øvrelid AS (heretter *Åsen & Øvrelid*).

- (13) Kontrakt ble tildelt Veidekke Entreprenør 27. februar 2024.

- (14) Innklagede sendte melding til Veidekke Entreprenør 8. mars 2024. Meldingen lød slik:

«Etter mottatt klage er det konstatert at evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet er beheftet med brudd på kravet til forutberegnelighet grunnet evalueringen av fremdriftsplanene. Dernest opplyse om at det derfor vil bli foretatt en ny evaluering hvor dette er rettet opp, samt sendt ut ny tildelingsbeslutning med revidert score. Det kan samtidig forgripes at man har grunn til å tro at dette ikke vil kunne medføre endret valg av leverandør, basert på foreløpig teoretisk beregning av hvor stort poengtrekk Veidekke evt. må tildeles etter slik rettet evaluering. Forutsatt at valget ikke endres, syns det allikevel korrekt at det blir gitt ny karensperiode.

(...)»

- (15) HS-UNU påklaget tildelingen 11. mars 2024. I klagen ble det påpekt at Veidekke Entreprenørs tilbud skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. I tillegg ble det vist til at Veidekke Entreprenørs tilbud inneholdt avvik fra kravene knyttet til fremdrift.
- (16) Innklagede ba Veidekke Entreprenør om å komme med kommentarer til klagen fra HS-UNU 26. mars 2024. Veidekke Entreprenør kom med kommentarer til klagen 9. april 2024.
- (17) Innklagede omgjorde tildelingsbeslutningen 7. juni 2024. Omgjøringen ble begrunnet med at Veidekke Entreprenør måtte avvises fra konkurransen.
- (18) Åsen & Øvrelid AS ble avvist fra konkurransen 7. juni 2024.
- (19) Veidekke Entreprenør påklaget avvisningsbeslutningen 12. juni 2024.
- (20) Innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen i brev av 17. juni 2024.
- (21) Veidekke Entreprenør sendte e-post til innklagede 18. juni 2024, hvor Veidekke Entreprenør fastholdt at avvisningen var foretatt i strid med anskaffelsesforskriften og at tilbudet ikke inneholdt vesentlige avvik.
- (22) Innklagede fattet ny tildelingsbeslutning 1. juli 2024. Kontrakten ble tildelt HS-UNU (heretter *valgte leverandør*). Karensperioden ble fastsatt til 12. juli 2024.
- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser henholdsvis 10. juli og 11. juli 2024.
- (24) Innklagede avventer kontraktsignering til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (25) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. september 2024.

Anførsler:

Åsen & Øvrelid har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagede har gjort en rekke feil ved gjennomføringen av konkurransen, som ikke kan rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen.
- (27) Kvalifikasjonskravet «*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*» er ulovlig. Kravet om at leverandør selv må ha erfaringen som etterspørres, utgjør en ulovlig begrensning av konkurransen. Kvalifikasjonskravet begrenser leverandørenes adgang til å støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter. Begrensningen går lenger enn det FOA § 16-10 (6) tillater. Kravet har sannsynligvis virket inn på deltakerinteressen, og kan ikke rettes uten å avlyse konkurransen. Det foreligger dermed avlysningsplikt.
- (28) Tildelingskriteriet «*Kvalitet*» er uklart. Åsen & Øvrelid mener at det er mest naturlig å forstå formuleringen «*oppgåveforståing og framdrift*» slik at det er kortere byggetid som skal evalueres. Innklagedes tolkning forutsetter at fremdriftsplanen var bindende for leverandørene. Ingen av leverandørene har forholdt seg til den forståelsen av

tildelingskriteriet som innklagede har lagt til grunn. Innklagedes utforming av kvalitetskriteriet oppfyller dermed ikke klarhetskravet.

- (29) Underkriteriet «*fremdrift*» har ikke tilknytning til ytelsen. Innklagedes nye forståelse av tildelingskriteriet innebærer at det skal konkurreres på kvaliteten til fremdriftsplaner som ikke har noen tilknytning til den faktiske gjennomføringen av prosjektet. Det skyldes at innklagedes frister la opp til at det skulle utarbeides fremdriftsplaner basert på oppstartdato lenge før første tildelingsbeslutning ble fattet. Det må derfor lages nye fremdriftsplaner ved kontraktsoppstart. Legges innklagedes forståelse av tildelingskriteriet til grunn, så skulle leverandørene altså konkurrere på evnen til å lage en fremdriftsplan som ikke kunne bli realisert. Dette gir ikke noen reell merverdi for oppdragsgiver eller sier noe om kvaliteten på det som er tilbudt. Tildelingskriteriet er derfor i strid med tilknytningskravet og er ulovlig. Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen.
- (30) Det er foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Innklagede har foretatt flere endringer av konkurransegrunnlaget, herunder oppstartstidspunktet og ferdigstillelse for kontraktsarbeidene.
- (31) Innklagedes nye tolkning av tildelingskriteriet «*Kvalitet*» har medført at innklagede har endret evalueringsmodellen etter at endelig tilbud er åpnet. Underkriteriet «*framdrift*» er gitt et annet innhold, og et innhold som i praksis konsumeres av underkriteriene «*utfordringer, usikkerhet og suksesskriterier*» og «*opplegg rundt rigg og drift*».

Veidekke Entreprenør har i det vesentlige anført:

- (32) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved gjennomføringen av konkurransen, og har plikt til å avlyse konkurransen.
- (33) Avvisningen av Veidekke Entreprenørs tilbud kan ikke forankres i tilstrekkelig klare krav i konkurransegrunnlaget. Innklagedes forståelse av konkurransegrunnlaget kan heller ikke utledes tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget. Innklagedes tolkning av tildelingskriteriet «*[k]valitet*» er i strid med ordlyden i tildelingskriteriet slik det kommer til uttrykk i konkurransegrunnlaget. En helhetlig tolkning av konkurransegrunnlaget punkt 6 tilsier at leverandøren som beskriver den beste oppgaveforståelsen mht. hvordan byggeprosjektet skal løses, herunder også hvordan fremdriften løses, vil få best uttelling på kvalitetskriteriet. En naturlig språklig forståelse av begrepet «*fremdrift*», sett i lys av begrepet oppgaveforståelse, tilsier at leverandørene skal konkurrere på den beste gjennomføringen, hvilket klart også kan omfatte å tilby et mer effektivt produksjonsopplegg og byggetid enn det som er angitt i konkurransegrunnlaget. Avvisningen av Veidekkes Entreprenørs tilbud er derfor ulovlig.
- (34) Dersom Veidekke Entreprenør skal avvises, foreligger det også plikt til å avvise HS-UNU og Markus fra konkurransen. Leverandørene HS-UNU og Markus har ikke forholdt seg til fristene i konkurransegrunnlaget/fremdriftsplanen, og skulle også vært avvist på dette grunnlaget.
- (35) Innklagede har opptrådt i strid med kravet til likebehandling og etterprøvbarhet. Innklagede har ikke nedfelt en vurdering av hvorfor avvikene i tilbudene til HS-UNU og Markus ikke er vesentlige. Manglende skriftlighet og notoritet rundt vurderingen som ligger til grunn for innklagedes avgjørelse om å ikke avvise HS-UNU og Markus utgjør et brudd på prinsippet om etterprøvbarhet i loven § 4 og forskriften § 25-5 (2) bokstav p.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (36) Kvalifikasjonskravet er ikke en ulovlig begrensning av konkurransen. Åsen & Øvrelid har misforstått kvalifikasjonskravets innhold. Kvalifikasjonskravet stiller krav om at leverandørene har vært kontraktspart i en totalentreprise tidligere. Kravet er derfor ikke i strid med forskriften § 16-10 (1). Under enhver omstendighet vil det å være kontraktspart være en «kritisk oppgave» etter forskriften § 16-10 (6).
- (37) Tildelingskriteriet «Kvalitet» er ikke uklart. Det fremgår tilstrekkelig klart av kriteriet at det ikke er byggetidens lengde som skal evalueres, men kvaliteten på fremdriftsplanen. Det er klart at tilbudene skulle være basert på overtakelse i april 2026 og at fremdriftsplanen var bindende.
- (38) Underkriteriet «framdrift» oppfyller tilknytningskravet i forskriften § 18-1 (4). Et tildelingskriterium knytter seg til leveransen når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsen som tilbys. Det fremgår av dokumentasjonskravet at det skal fremlegges en fremdriftsplan som skal oppfylle slike krav som fremgår av punkt E3 i konkurransegrunnlagets del II, og framdrift er et angitt tema. Da må det ha fremgått tilstrekkelig klart at den fremdrift tilbyder skisserer i fremdriftsplanen vil være bindende, og en evaluering av tilbudt fremdriftsplan har dermed tiknytning til leveransen.
- (39) Innklagede har ikke foretatt vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget. Forlengelsen av byggeperioden er ikke lang. Det er vanlig at det forekommer forsinkelser i bygg- og anleggsanskaffelser, noe som er forutberegnelig for leverandørene. Leverandørene som deltok i konkurransen, måtte forstå at oppstartstidspunktet ble forskjøvet, ettersom tilbudsfristen ble utsatt. Endringene har ikke påvirket hvilke leverandører som har deltatt i konkurransen.
- (40) Evalueringsmetoden er ikke endret etter at tilbudene ble åpnet. De tre underkriteriene, som fremgår av konkurransegrunnlaget, har blitt vektet likt. Det ble foretatt en ny evaluering av underkriteriet «framdrift», ettersom den opprinnelige evalueringen var i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 4.
- (41) Innklagede hadde rett og plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen, i henhold til forskriften § 25-1 (4), fordi det var plikt til å avvise tilbudene fra Veidekke Entreprenør, Åsen & Øvrelid og Consto.
- (42) Innklagede kan ikke se at ordlyden i tildelingskriteriet åpner opp for at leverandørene kan tilby tidligere overtakelse enn det som fremkommer av fremdriftsplanen, slik Veidekke Entreprenør gjorde. Det å evaluere «framdrift» er ikke det samme som å evaluere «raskest mulig» ferdigstilling. Under enhver omstendighet mener kommunen at underkriteriet må tolkes i lys av tildelingskriteriet «[k]valitet». Ifølge innklagede støttes innklagedes forståelse av en helhetlig tolkning av konkurransegrunnlaget.
- (43) Det er ikke i strid med kravet til likebehandling at de øvrige tilbudene ikke er avvist. Disse tilbudene hadde mindre avvik i tilbudt fremdriftsplan.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder riving og bygging av ny skole, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens

verdi var ikke kunngjort. Det fremgår av foreløpig anskaffelsesprotokoll at anskaffelsens verdi var estimert til 240 millioner kroner. 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.

- (45) Klagerne anfører at det er gjort en rekke feil ved gjennomføringen av anskaffelsen som medfører avlysningsplikt. Klagenemnda tar først stilling til om tildelingskriteriet «Kvalitet» er uklart utformet.
- (46) Det følger av kravet til forutberegnelighet at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst leverandør vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 62 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC) avsnitt 42. Konkurransegrunnlaget må dermed gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal kunne gi tilbud på likt grunnlag. Det skal fremgå klart hva det skal gis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 14-1 (5).
- (47) Ved tolkingen av konkurransedokumentene må det tas utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden for å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravene, jf. HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 51.
- (48) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at formålet med tildelingskriteriet «Kvalitet» var å sikre best mulig oppgaveforståelse hos leverandørene. Dette skulle vurderes ut fra deres oppgaveforståelse og fremdrift, og det som skulle vektlegges var en redegjørelse for utfordringer, usikkerheter og suksesskriterier, beskrivelse av opplegg rundt rigg og drift og en fremdriftsplan, som skulle vise planlagte hovedaktiviteter og milepæler.
- (49) Slik nemnda forstår tildelingskriteriet kvalitet, og hva som skulle vektlegges, skilles det mellom oppgaveforståelse og fremdrift, jf. at begge begreper er likestilt under angivelsen av tildelingskriteriet. De to underkriteriene viser dermed til ulike forhold. Det som derfor er spørsmålet i saken, er hva som nærmere ligger i kriteriet fremdrift.
- (50) I det tilhørende dokumentasjonskravet var det presisert at leverandørene skulle inngi en redegjørelse som beskrev hvordan leverandøren planla å gjennomføre prosjektet, særlig mht. at det bød på spesielle utfordringer. Videre fremgikk det også av kravet at det skulle utarbeides en fremdriftsplan og at ivaretagelse av fremdriften ville telle positivt.
- (51) Et naturlig utgangspunkt for forståelsen av underkriteriet «*fremdrift*», ut fra ordlyden og den sammenheng det står i, viser at kriteriet knytter seg til den tiden det tar å gjennomføre prosjektet og forhold som skal sikre gjennomføringen i samsvar med planen.
- (52) Når det gjelder gjennomføringstiden, fremgikk det imidlertid av konkurransegrunnlaget en egen fremdriftsplan som inneholdt planlagte hovedaktiviteter og milepæler som innklagede mener leverandørene var bundet av. Det er derfor uklart hvilket spillerom tilbyderne hadde mht. til å fremlegge alternative fremdriftsplaner og hva som eventuelt ville gi uttelling.
- (53) Det er videre uklart hvilke andre forhold under fremdriftsplanen innklagede mente ville gi positiv uttelling, særlig fordi det under det likestilte underkriteriet «*oppgaveforståelse*» skulle redegjøres for forhold som også kunne ha betydning for fremdriften. Klagenemnda

kan heller ikke se at innklagede under klagebehandlingen har vist til konkrete forhold det var relevant å legge vekt på her. Uklarheten i underkriteriet «*framdrift*» underbygges av at innklagede selv først tolket det som byggetid, før de la til grunn en annen forståelse av kriteriet. Leverandørene har også tolket kriteriet ulikt, ved at to leverandører har levert et tilbud med kortere byggetid, mens de andre har mer eller mindre fulgt innklagedes fremdriftsplan.

- (54) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at tildelingskriteriet ikke er utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst leverandør vil forstå kriteriets innhold og tolke dem på samme måte. Dette utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket.
- (55) En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se blant annet HR-2019-1801-A avsnitt 85 og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16 avsnitt 106.
- (56) Konkurransegrunnlaget er uklart, og dette har påvirket måten leverandørene har utformet tilbudene sine på. Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning. Klagegebyret skal tilbakebetales, jf. klagenemndsforakriften § 13.
- (57) Som følge av det resultat klagenemnda er kommet til, behandles ikke klagernes øvrige anførsler.

Konklusjon:

Kinn kommune har brutt anskaffelsesregelverket ved gjennomføringen av konkurransen, ved å oppstille et uklart tildelingskriterium.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur