



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av rådgivnings- og totalentreprisekontrakt for flytende svømmebasseng med tilhørende fasiliteter til indre Vågen i Sandnes. Klagenemnda kom til at anskaffelsen ble gjennomført etter feil forskrift, at den skulle vært kunngjort etter anskaffelsesforskriften del III og at oppdragsgiver også hadde feilestimert verdien på anskaffelsen. Klagenemnda fant at konkurransen måtte avlyses. Øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 7. januar 2025 i forente saker 2024/1593 og 2024/1828

Klager: Aquarius AS og HAKO Total AS

Innklaget: Sandnes Havn KF

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Sandnes Havn KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. juli 2024 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av rådgivnings- og totalentreprisekontrakt for flytende svømmebasseng med tilhørende fasiliteter til indre Vågen i Sandnes. Konkurransen ble gjennomført etter forsyningsforskriften del I. Anskaffelsens totale verdi ble estimert til mellom 25 og 50 millioner kroner. Tilbudsfristen var 2. oktober 2024.
- (2) Prosjektet skulle gjennomføres som en entreprise med elementer av samspillsentreprise og integrert prosjektleveranse, hvor det ble lagt opp til følgende faser:
 1. *Gjennomgang av tekniske forutsetninger og prosjektet overordnede målsetninger, samt identifisering av risiko- og usikkerhetsmomenter*
 2. *Design og prosjektere bassenganlegget*
 3. *Bygge og installere bassenganlegget, inkludert tilhørende infrastruktur og idriftsettelse*
- (3) De to første fasene skulle underlegges rådgivningsoppdrag etter NS: 8402, og honoreres etter medgått tid etter fastsatte rater. Den tredje fasen var en totalentreprisekontrakt etter NS: 8407, som skulle prises som en fastpriskontrakt etter at de to første fasene var gjennomført.
- (4) Formålet med anskaffelsen var «å tilby publikum et funksjonelt og estetisk fint bassenganlegg av høy kvalitet som gir et økt antall besøkende til gjestehavnen, samt gi Sandnes et positivt bidrag i bybildet. Sandnes har hatt og vil fortsette å ha en fremoverlent

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

byutvikling med flere spennende sentrums/sentrumsnære prosjekter, der bassenganlegget er ment som et positivt tilskudd i utviklingen», jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.2.

- (5) Om anskaffelsens estimerte verdi ble det formulert følgende i punkt 1.2:

«Oppdragsgiver er usikker på anskaffelsens totale omfang, men estimerer at samlet kontraktsverdi for anskaffelsen vil kunne være i størrelsesorden mellom kr. 25.000.000 eks. mva. og kr. 50.000.000 eks. mva., gitt at alle fasene av prosjektet gjennomføres fullt ut.

Dette er et estimat og skal ikke medføre noen forpliktelser for Oppdragsgiver eller rettigheter for Leverandøren. Det tas forbehold om endringer som følge av endrede økonomiske rammevilkår, organisatoriske endringer og kommunal aktivitet.

Som utgangspunkt, har prosjektets fase 1 til fase 3 en øvre budsjetttramme på kr. 28.000.000 eks. mva. Dersom prosjektet, på bakgrunn av enighet mellom partene, kommer frem til at budsjetttrammen bør økes, må det påregnes en prosess for å få bevilget ytterligere midler. Det må tas høyde for at det ikke blir bevilget ytterligere budsjettmidler.»

- (6) Informasjon om bonusordning og muligheten for ny konkurranse ble angitt slik:

«Dersom målprisen overstiges i prisen som gis for fase 3, skal Byggherren ha mulighet til å gå på konkurranse for hele eller deler av fase 3, med mulighet for å bruke den utarbeidede prosjekteringen i konkurransen. (...)

Dersom målprisen i tilbudet overstiger den øvre budsjetttrammen, skal partene jobbe for å redusere kostnader slik at prosjektet kan gjennomføres innenfor den økonomiske rammen. Dersom målprisen i tilbudet overstiger den øvre budsjetttrammen i en slik grad at Byggherren anser at prosjektmålene i begrenset grad kan nås, selv etter eventuelle økonomiske tilleggsbevilgninger, forbeholder Byggherren seg retten til å avvise tilbudet på grunnlag av vesentlig avvik fra konkurransedokumentene.»

- (7) Et av kvalifikasjonskravene gjaldt krav til erfaring med betong:

«Leverandøren skal ha erfaring fra minst to (2) relevante oppdrag som tilsier at leverandør kan håndtere arbeidsomfanget som beskrevet i konkurransegrunnlaget med vedlegg, hva gjelder omfang og kompleksitet. For å oppfylle kravet må det vises til erfaring fra betongkonstruksjoner i marine omgivelser, dette kan eksempelvis være flytende konstruksjoner, senkekasser, kaier og annet av relevans.»

- (8) Tildelingskriteriene var «Service» (vektet 50 prosent), «Miljø» (vektet 30 prosent) og «Pris» (vektet 20 prosent).

- (9) Miljøkriteriet skulle vurderes ut fra vurderingskravet under «Miljøkrav» i kravspesifikasjonen. I kravspesifikasjonen var det inntatt krav til at gjennomføringen av kontrakten som helhet skulle føre til lavest mulig klimaavtrykk og miljøpåvirkning ved å redusere klimagasser og negativ påvirkning på natur. Leverandørene skulle oppgi blant annet forhold som tiltak, materialbruk, gjenbruk, minimering av avfall, energikilder, transport, materialers produksjonsprosess og andre relevante forhold.

(10) Innen tilbudsfristen leverte fire leverandører tilbud, herunder Aquarius AS (heretter *Aquarius*), HAKO Total AS (heretter *Hako Total*) og Jærentreprenør AS.

(11) I Aquarius sin besvarelse knyttet til CO₂ fra betong fremgikk det:

«Utslipp fra CO₂ fra betong kan minimeres ved å bruke norsk-produsert sement, og ved å minimere materialbruken med optimalisert prosjektering».

(12) Leverandørene mottok meddelelse om kontraktstildeling 8. oktober 2024, og ble informert om at kontrakt ble tildelt Jærentreprenør AS (heretter *valgte leverandør*). Tilbudene ble poenggitt slik:

Tildelingskriterier Leverandør	Pris (kr)	Pris (20)	Service (50)	Miljø (30)	Poeng (100)	Rangering
Jærentreprenør AS	65.000.000	20,0	50,0	30,0	100,0	1
Espeland AS	88.150.885	12,9	48,3	21,0	82,2	2
Aquarius AS	93.224.512	11,3	48,3	9,0	68,6	3
Hako Total AS	89.809.851	12,4	49,2	0,0	61,6	4

(13) For tildelingskriet «*Service*» fikk Aquarius følgende begrunnelse:

«På bakgrunn av det som fremkommer av tilbudet, er det vurdert at entreprenørs ledende personell i noe mindre grad har erfaring som er relevant for oppdraget, sammenlignet med beste tilbud, og førte derfor til trekk, ref. servicekrav 3.»

(14) For miljøkriteriet fikk Aquarius følgende begrunnelse:

«På bakgrunn av det som fremkommer av tilbudet og sammenlignet med beste tilbud, er det vurdert at det i mindre grad tilbys konkrete forhold som fører til at gjennomføringen av kontrakten får lavest mulig klimaavtrykk og miljøpåvirkning, og det ble derfor gitt trekk, ref. miljøkrav 1»

(15) Samme dag sendte Aquarius brev til innklagede med flere spørsmål om tildelingen. Blant annet ble det etterspurt hvilken konkret erfaring klagers ledende personell manglet. Til dette svarte innklagede:

«Vurderingen er en relativ vurdering mellom tilbyderne og baserer seg på en helhet. Poengsummen som er gitt, gjenspeiler den relevante forskjellen mellom tilbudene. Relevant erfaring er knyttet til forhold som er relevante for dette anlegget, som kan være mange forhold, og er eksempelvis (ikke uttømmende):

- *Erfaring fra flytende konstruksjoner, fortrinnsvis betongkonstruksjoner*
- *Erfaring fra konstruksjoner i maritime omgivelser*

- Erfaring fra bygg, fortrinnsvis bygg med likheter til dette anlegget
- Erfaring fra svømmeanlegg
- Erfaring fra teknisk infrastruktur som har likheter til dette anlegget
- Annet

Vi kan ikke gå nærmere inn på detaljer som avslører innhold i vinnende tilbud, av hensyn til taushetsplikten, jfr. forvaltningsloven § 13.»

- (16) Ved spørsmål om hvilken miljøbelastning Aquarius hadde som var dårligere enn det beste tilbudet var svaret:

«Vi har kommet frem til at det var relevante forskjeller mellom deres besvarelse og vinnende tilbuds besvarelse, som vises igjen i poengsummen som ble gitt. Generelt vil vi vise til veiledningen som står i kravspesifikasjonen, knyttet til besvarelsen av vurderingskravene.»

- (17) Hako Total klaget på tildelingsbeslutningen den 18. oktober 2024. Innklagede svarte at de ikke tok klagen til følge 21. oktober 2024.

- (18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av Aquarius 17. oktober 2024 og 28. november 2024 av Hako Total. Innklagede har opplyst om at de vil avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet klagen, og klagen er derfor gitt prioritert behandling.

- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. januar 2025.

Anførsler:

Aquarius har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket da konkurransen er kunngjort etter forsyningsforskriften del I. Bygging av basseng er ikke en forsyningsaktivitet, og konkurransen skulle blitt gjennomført etter anskaffelsesforskriften del III.
- (21) Innklagede har også brutt regelverket fordi de ikke har foretatt en forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi. Det øvre beløpet oppdragsgiver estimerer, er nær terskelverdien, og alle tilbudene som er levert er over terskelverdien.
- (22) Uklarheten i konkurransedokumentene kan ha ført til ulikt grunnlag for prisberegningen. Det var uklart hva innklagede mente med tekniske krav for immateriell fase. Det kan leses som underliggende krav for den etterfølgende materielle fasen eller det tekniske krav til prosessen i fase 1 og 2. Dersom innklagede hadde presisert at kravene i vedlegg 3a skulle brukes, hadde man unngått all usikkerhet.
- (23) Kravspesifikasjonen er konkurransebegrensende fordi det er stilt krav til at bassenget skal bygges i betong. Alternativt materialvalg gjelder kun for en av tre flytere, og har dermed et avgrenset og forhåndsdefinert omfang. Kravspesifikasjonen stenger for leverandører som kunne tilby glassfiberarmert plast istedenfor armert betong.

- (24) Videre har innklagede angitt ulovlige tildelingskriterier, ved at priskriteriet mangler tilknytning til leveransen. Målprisen som skal angis under «Pris», er ikke bindende for verken fase 1, 2, eller 3. Fase 1 og 2 er variabelt prisede kontrakter. For fase 3 skal det inngås ny fastpriskontrakt etter at fase 1 og 2 er ferdig, uten tilknytning til den prisen som er brukt til å evaluere tilbudet. Dersom pristilbudet skal representere en forpliktelse, må de negative sidene av en lav pris oppveie de positive sidene for leverandøren. Priskriteriet slik det er utformet, representerer ikke en reell forpliktelse.
- (25) Evalueringen av «Miljø» bryter med regelverket i det skalaen som er valgt, ikke samsvarer med det som er uttrykt som målsetning. Poengfordeling fra 0 til 30 har ikke lovlig tilknytning til klimaavtrykk og miljøbelastning. Dersom en marginal forskjell i utslipp fører til 30 poeng forskjell i evalueringen, får dette punktet større relativ vekt enn det som var kommunisert. Sammenholdt med hvordan evalueringen på pris og service ble gjennomført, strider evalueringen på miljø med kravet til konsekvent bruk av evalueringsmodellen.
- (26) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å undersøke unormalt lave tilbud. Innklagede har en plikt til å undersøke det laveste tilbudet nærmere. I denne konkurransen har tre tilbud omtrent samme pris, og det ene tilbudet er 23 millioner kroner lavere enn nest laveste tilbud. Det er en uvanlig stor differanse i denne type anbud. Leverandøren med lavest pris har ikke erfaring fra flytende konstruksjoner, noe som bør minske terskelen for å be om en redegjørelse for tilbudets sammensetning.
- (27) Innklagede har brutt begrunnelsesplikten. Servicekravet har den største vekten i konkurransen med 50 prosent vektning. Den eneste forskjellen som er funnet mellom alle deltakerne i konkurransen, er at en leverandør har bedre CV-er enn de andre. Begrunnelsen klager har mottatt, inneholder ikke en konkret vurdering som gjør leverandøren i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at innklagede har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Evalueringen av servicedelen blir i realiteten en vurdering av CV-er. Dette gjør at selv om dette kriteriet skal telle 50 prosent, er betydningen av det i evalueringen blitt neglisjert. Begrunnelsesplikten er også brutt tilknyttet tildelingskriteriet miljø. Etter klagers syn foreligger det en presumsjon for at vurderingen ikke har hatt tilstrekkelig faglig grunnlag og forankring.
- (28) Innklagede må avlyse konkurransen. Det er en nærliggende mulighet for at feilene har påvirket deltagerinteressen eller utfallet av konkurransen. En ny evaluering kan ikke rette på feilene. Leverandørene og potensielle leverandører som ikke leverte tilbud, ville utformet tilbudet annerledes dersom konkurransen var utlyst med klart konkurransegrunnlag.

Hako Total har i det vesentlige anført:

- (29) Konkurransen er kunngjort etter feil regelverk. Kontrakten som skal inngås, må være knyttet til en forsyningsaktivitet for å følge forsyningsforskriften del I. Tilknytningskravet er ikke oppfylt da prosjektering og utførelse av svømmebasseng som ledd i byutvikling faller utenfor formålet med utøvelsen av selve forsyningsaktiviteten. Anskaffelsen av svømmebasseng kan heller ikke anses som aktiviteter som inngår i det å stille til rådighet havner og andre terminalanlegg for transportører.

- (30) Innklagede har gitt uttrykk for at de ikke har nok midler til å inngå en kontrakt som overstiger EØS-terskelverdien, og at det derfor var riktig å kunngjøre anskaffelsen etter forsyningsforskriften del I. Til tross for dette har innklagede bedt om tilbud på målpris, hvilket ikke stenger for at budsjettet overstiges. Anskaffelsen har på denne bakgrunn ikke fremmet effektiv bruk av samfunnets ressurser, eller gjennomført konkurransen på en samfunnstjenlig måte, jf. loven § 1.
- (31) Innklagede har utformet ulovlige tildelingskriterier i strid med klarhetskravet. Tildelingskriteriene «*Pris*», «*Service*» og «*Miljø*» er gjennomgående uklare og upresise, ikke egnet til å identifisere det beste tilbudet, og det er heller ikke oppstilt tilstrekkelige konkrete dokumentasjonskrav knyttet til kriteriene. Tildelingskriteriene er sammenblandet med kontraktskrav, som i stor utstrekning er angitt som minstekrav. Vurderingstemaene er utydelige og uoversiktlige. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet er ikke ivaretatt.
- (32) Priskriteriet i konkurransen er ikke egnet til å identifisere det beste tilbudet. Leverandørene ble evaluert på tilbudte «*målpriser*», og ikke på «*faktiske kostnader*». Innklagede har dermed ingen mulighet til å vurdere hvilken entreprenør som vil prosjektere og bygge svømmebassenget til lavest pris. Bonusordningene vil på ingen måte utjevne eller reparere fordelene som kan oppnås ved å tilby lavere pris enn den pris en normalt forstandig tilbyder ville gitt basert på en realistisk kalkyle. I alle tilfeller vil det ikke være anledning til å etterprøve vurderingene. Det er en stor risiko for at det tilbudet som skåret best på pris i realiteten ikke er det økonomisk mest fordelaktige, og tildelingskriteriet er ikke egnet til å rangere tilbudene.
- (33) Tildelingskriteriet «*Service*» er uklart og ikke egnet til å skille tilbudene fra hverandre. Tildelingskriteriene og underkriteriene er beskrevet så vagt og skjønnsmessig at innklagede i realiteten har ubegrenset valgfrihet med hensyn til poenggivning og valg av leverandør, uten mulighet for etterprøving fra forbigåtte leverandører.
- (34) Det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket som vil medføre en ulovlig direkte anskaffelse, om kontrakt blir inngått. Innklagede har feilvurdert anskaffelsens omfang og verdi. Innklagede har også opplyst om at den estimerte verdien inkluderte en buffer som skulle ta høyde for kostnadsøkninger mellom kunngjøring og ferdigstillelse av anlegget. At det til tross for dette var så stor forskjell mellom anslått verdi og tilbudssummene, taler ytterligere for at anslaget var uforsvarlig.
- (35) Innklagede skulle avlyst konkurransen. Det er av vesentlig betydning at anskaffelsen ikke følger prosedyren til anskaffelser over terskelverdien. Anskaffelsens estimerte verdi kan i seg selv ha betydning for deltakelsen i konkurransen, da aktuelle leverandører vil få en forventning om hvilke priser de vil konkurrere på. Kravet til forutberegnelighet i loven § 4 tilsier at en feil kunngjøring gir avlysningsplikt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (36) Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket. Kunngjøringsformen er uten betydning ettersom innklagede publiserte konkurransen i TED og Doffin. Karensperioden var satt til 10 dager, i tråd med reglene for kunngjøring for konkurranser over EØS sine terskelverdier. Alle krav i alle deler i regelverket er etterlevd og ivaretatt, uavhengig av om man legger forsyningsforskriften eller anskaffelsesforskriften til grunn.

- (37) Innklagede har foretatt en forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi. Det er gjennomført egne kalkyler for å beregne verdien. Kalkylene ble gjennomført basert på beregninger av de elementene som inngår i anlegget, som anskaffelsen omhandlet, i tillegg til at det ble lagt til en buffer for å håndtere eventuelle kostnadsøkninger i perioden mellom kunngjøring av konkurransen og den faktiske ferdigstillingen av anlegget, samt for å fange opp usikkerheter og øvrige kostnader. Den estimerte verdien på 50 millioner kroner ekskl. mva. representerer anskaffelsens potensielle verdi, og er satt på bakgrunn av beregningene som er gjort. I anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften er det adgang til å gjøre endringer som gir en prisøkning som er lavere enn 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for bygge- og anleggskontrakter. Det vil si at innklagede i denne anskaffelsen har adgang til å inngå kontrakt på inntil 57,5 millioner kroner ekskl. mva. Ettersom EØS-terskelverdien er 57,8 millioner kroner ekskl. mva., er det slik at innklagede maksimalt kan inngå kontrakt til en verdi som er lavere enn EØS-terskelverdien.
- (38) Konkurranses grunnlaget er ikke uklart. Innklagede har lagt til grunn en detaljert beskrivelse av leveransene til prosjektet, slik at tilbyderne har klare føringer for hva som skal legges til grunn for målprisen, slik at tilbudene blir sammenlignbare. Det er tydelig kommunisert til leverandørene hva som er utgangspunktet og grunnlaget for den immaterielle fasen og tilbudet. Klagerne og øvrige leverandører har tolket konkurranses grunnlaget med vedlegg riktig, i forhold til hva som danner grunnlaget for målprisen.
- (39) Kravet i kravspesifikasjonen om at anlegget skal bygges i betong, er ikke konkurransebegrensende. Spesifiseringen av materiale er ikke et bestemt fabrikat, prosess, varemerke, patent eller en bestemt opprinnelse eller produksjon. Betong er et materiale som er allment tilgjengelig, og er et kjent byggemateriale som det i utgangspunktet er stor bredde av leverandører som kan håndtere. Kravspesifikasjonen er innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet og handlingsrommet en oppdragsgiver har i henhold til regelverket.
- (40) Priskriteriet har tilknytning til leveransen. Den tilbudte målprisen har sanksjoner og fordeler knyttet til seg, og det foreligger dermed en kontraktsrettslig forpliktelse knyttet til dette for leverandørene. Hensikten med kontraktstrategien som er lagt til grunn for prosjektet, er at tilbyderne i minst mulig grad trenger å prise inn risiko i sine tilbud. Dersom innklagede i denne konkrete anskaffelsen hadde lagt til grunn at målprisen ikke kunne overstiges, ville dette skapt et risikomoment for leverandørene som potensielt hadde gitt utslag i høyere målpriser i tilbudene.
- (41) Tildelingskriteriet miljø er ikke så skjønnspregede at det gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet. Dette kriteriet er heller ikke i strid med loven § 4. Innklagede vil synliggjøre at det er store forskjeller i poengsum mellom de ulike tilbyderne som følge av at det er store sprik mellom tilbyderne hva gjelder kontraktsrettslig bindende besvarelser. På bakgrunn av kravene og forutsetningene som fremgikk av konkurranses grunnlaget med vedlegg og det som fremgikk av leverandørens tilbud, ble det foretatt en skjønnsmessig vurdering, og det ble gitt en poengscore som representerer de relevante forskjellene.
- (42) Innklagede har ikke brutt undersøkelsesplikten da det ikke var unormalt lave tilbud i konkurransen. Innklagede har ikke mistenkt eller ansett tilbudet for å være unormalt lavt i forhold til ytelsen. Før konkurransen gjennomførte innklagede egne kalkyler for

prosjektet, og ingen av tilbudene var lavere enn innklagedes kalkyle. Det foreligger ingen holdepunkter for å mistenke at tilbudet er unormalt lavt.

- (43) Innklagede har ikke brutt begrunnelsesplikten overfor Aquarius. I begrunnelsen fremkommer det tydelig overfor klager hva det gis trekk for. Vurderingen av «*god og variert erfaring som er relevant for oppdraget*» er en lite skjønnspreget vurdering, da det er den objektive og kvantifiserbare erfaringen til entreprenørs ledende personell som vurderes. Statsforvalteren i Rogaland har avslått innsyn i personell- og kompetanseoversikten og CV-er for nøkkelpersonell, av forretningssensitive hensyn det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. forvaltningsloven § 13 (2). Regelverket stiller derfor ikke krav til at leverandørene skal kunne få innsyn i taushetsbelagte opplysninger som legges til grunn for evalueringen av tilbudene, for selv å kunne vurdere om vurderingen er i tråd med eget syn.
- (44) Begrunnelsesplikten er ikke brutt ved begrunnelsen av miljøkriteriet. Aquarius har, relativt til beste besvarelse, i mindre grad tilbudt konkrete forhold som fører til at gjennomføringen av kontrakten får lavest mulig klimaavtrykk og miljøbelastning. Innklagede har ikke funnet kontraktsrettslig bindende besvarelse i klagers tilbud som forplikter klager til hvilke produkter som velges eksempelvis innenfor betong og armeringsstål. Videre sier ikke det å bruke norsk-produsert sement noe om hvilket produkt som skal benyttes. Ved å bruke «*kan*», så er ikke klager kontraktsrettslig forpliktet av besvarelsen.
- (45) Det foreligger ingen avlysningsplikt. Det foreligger ikke feil som har betydning for utfallet av konkurransen. Eventuelle feil har ikke virket inn på deltakelsen i konkurransen. Tildelingen opprettholdes av hensyn til effektiv bruk av samfunnets ressurser og forholdsmessighetsprinsippet.

Klagenemndas vurdering:

- (46) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagerne er rettidige. Konkurransen gjelder anskaffelse av rådgivningstjeneste og totalentreprisekontrakt for bygging av flytende svømmebasseng og tilhørende fasiliteter. Anskaffelsens verdi ble estimert til mellom 25 og 50 millioner kroner.

Kunngjøring etter forsyningsforskriften

- (47) Klagenemnda tar først stilling til om anskaffelsen er gjennomført etter rett forskrift.
- (48) Konkurransen er gjennomført etter forsyningsforskriften del I. Klagerne har anført at konkurransen skulle vært gjennomført etter anskaffelsesforskriften del III.
- (49) Det fremgår av forsyningsforskriften § 1-1 at forskriften gjelder anskaffelser som overstiger 100 000 kroner ekskl. mva., og som er «*knyttet til utøvelsen*» av forsyningsaktivitet, for eksempel «*havner og lufthavner som definert i § 1-7*», jf. bokstav e.
- (50) Forsyningsforskriften § 1-7 presiserer at forskriften gjelder for «*aktiviteter som har til formål å utnytte et geografisk område for å stille til rådighet luft-, sjø- eller innlandshavner eller andre terminalanlegg for luft-, sjø- eller elvetransportører*».

- (51) Forsyningsforskriften kommer dermed til anvendelse for aktiviteter som muliggjør passasjer- eller godstransport til og fra havner, som bl.a. oppføring av infrastruktur og vedlikehold av havneanlegget. Aktiviteter som ikke knytter seg til å stille til rådighet havnetransport, som bygge- og anleggsarbeider som foretas av rent kommersielle grunner, omfattes ikke av forskriften, se Lene Moe Blom og Marie Braadland, *Når kommer forsyningsforskriften til anvendelse?* (2020) kapittel 3 s. 64 i Kristian Jåtog Trygstad og Espen Bakken (red.) *Offentlige kontrakter – aktuelle tema*, 1. utg. Gyldendal Juridisk.
- (52) Formålet med anskaffelsen som foretas er avgjørende for om en gitt kontrakt er omfattet av forsyningsforskriften, se klagenemndas sak 2012/227 avsnitt 22. Det må vurderes om den aktuelle kontrakten inngår som ledd i utøvelsen av oppdragsgivers forsyningsaktivitet.
- (53) Anskaffelsen i denne saken gjelder rådgivingstjenester og bygging av et flytende svømmebasseng som ledd i byutvikling, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.2. Innklagede har videre opplyst om at bakgrunnen for anskaffelsen er å tilby publikum «*et funksjonelt og estetisk fint bassenganlegg av høy kvalitet som gir et økt antall besøkende til gjestehavnen.*» Formålet med anskaffelsen er å stille bassenget til rådighet for offentligheten, og med det tiltrekke trafikk til gjestehavnen.
- (54) Innklagede viser til at hva som anskaffes i utgangspunktet er underordnet når deres havnevirkosomhet er underlagt forsyningsforskriften. Slik klagenemnda ser det, er ikke enhver aktivitet knyttet til havner, underlagt forsyningsforskriften; det må vurderes konkret om den aktuelle aktiviteten omfattes. Klagenemnda kan ikke se at bygging av svømmebasseng som skal være tilgjengelig for offentligheten, er en aktivitet som har til formål å «*utnytte et geografisk område for å stille til rådighet [...] havn for luft, sjø- eller elvetransportører.*» Rådgivingstjenester og bygging av svømmebasseng i et havneområde for å tiltrekke gjestetrafikk av kommersielle årsaker, er klart ikke en forsyningsaktivitet. Anskaffelsen faller derfor utenfor forsyningsforskriftens virkeområde, jf. § 1-1, jf. § 1-7.
- (55) Offentlige anskaffelser som ikke omfattes av virkeområdet til forsyningsforskriften skal gjennomføres etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, jf. § 5-1.

Beregning av anskaffelsens verdi

- (56) Spørsmålet klagenemnda her må ta stilling til, er om innklagedes beregning av anskaffelsens verdi var i samsvar med regelverket. Verdiberegningen har bl.a. betydning for hvordan anskaffelsen skal kunngjøres.
- (57) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi, er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 (2) og 8-17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3 skal i tillegg kunngjøres i TED.
- (58) Det er klart, og heller ikke bestridt, at anskaffelsen gjelder er en «*bygge- og anleggskontrakt*», jf. § 4-1 bokstav d. På kunngjøringstidspunktet var EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter 57,8 millioner kroner, jf. § 5-3 (1) bokstav c.
- (59) EØS-terskelverdien ligger i denne saken mellom innklagedes estimat og valgte leverandør sitt tilbud. Av anskaffelsesforskriften § 5-4 (1) og (2) fremgår det at en

oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva., og at beregningen skal være «forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen».

- (60) En «forsvarlig» verddivurdering innebærer at oppdragsgiver plikter å foreta en grundig og solid verdiberegning, som er lojal mot anskaffelsesregelverket og er basert på et forsvarlig grunnlag, se LH-2018-99424. Det er innklagede som må dokumentere at det er foretatt en forsvarlig verddivurdering, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2022/1039, avsnitt 21 med videre henvisninger.
- (61) Hva som mer konkret skal til av undersøkelser og vurderinger, vil avhenge av mange forhold, herunder oppdragsgivers kjennskap til markedet og prisnivået. Noen ganger vil det være nødvendig å undersøke markedet og det forventede prisnivået for anskaffelsen. Slike markedsundersøkelser kan bestå i enkle prisundersøkelser hos aktuelle leverandører for å få kunnskap om markedets generelle prisnivå på produkter eller tjenester med de kvalitetene oppdragsgiveren ønsker, se eksempelvis klagenemndas sak 2022/1039, avsnitt 31 til 42. Hvilket «marked» en oppdragsgiver må foreta en forsvarlig vurdering av, må bero på en konkret vurdering av den enkelte anskaffelsen.
- (62) I en forsvarlig verdiberegning vil omfanget av anskaffelsen stå sentralt, herunder en vurdering av hvilke tilleggsarbeider og endringsarbeider som vil være aktuelle. Uforutsette tillegg medfører derimot ikke nødvendigvis at verddivurderingen har vært uforsvarlig. Dersom oppdragsgiveren bruker erfaringstall, må man være oppmerksom på eventuelle endringer i markedspriser og/eller eventuelle økninger i volumbehov o.l. siden forrige gang konkurransen ble utlyst.
- (63) Hvilke pristilbud som faktisk kommer inn, eller hva oppdragsgiveren faktisk vil måtte betale for anskaffelsen, kan etter omstendighetene belyse forsvarligheten, slik blant annet klagenemndas sak 2021/1136 avsnitt 44. I den saken la klagenemnda til grunn at avviket mellom verdiestimatet og de innkomne tilbudene alene var nok til å konstatere at verdiberegningen var uforsvarlig, idet oppdragsgiveren overfor klagenemnda verken kunne dokumentere eller forklare hvorfor man hadde undervurdert den estimerte verdien. En stor avstand mellom estimert verdi og tilbudene i konkurransen medfører imidlertid ikke automatisk en uforsvarlig verdiberegning, se klagenemndas avgjørelse i forente saker 2021/34 og 2021/964 avsnitt 51. Klagenemnda begrunnet sitt syn med at innklagedes estimat av kontraktsverdiene var forsvarlige, da de tidligere kontraktene gjaldt samme område, og prisen ble endret i tråd med prisindeks og beregnet kostnad for utvidelser.
- (64) Ved vurderingen av om verdiberegningen var forsvarlig, tar klagenemnda utgangspunkt i at anskaffelsen ble estimert til mellom 25 og 50 millioner kroner. I konkurransegrunnlaget ble det synliggjort et samlet budsjett på 28 millioner kroner. Tilbudet med lavest pris var på 65 millioner kroner, og øvrige leverandører leverte tilbud på mellom 80-90 millioner kroner. Ved et slikt avvik må det påvises uforutsette forhold, eller andre sterke grunner, hvis verddivurderingen likevel skal kunne anses forsvarlig.
- (65) Det er i denne anskaffelsen lagt til grunn et budsjett for hele prosjektet på 28 millioner kroner. Innklagede har derfor i utgangspunktet til rådighet et langt mindre beløp enn det som tilsvarer EØS--terskelverdien på 57,8 millioner kroner. Innklagede har derfor også opplyst om at prosjektet må avsluttes etter den immaterielle fasen dersom den faktiske prisen for den materielle fasen overstiger budsjettet. I denne konkurransen har innklagede

valgt samspillskontrakt som kontraktstype der involverte parter har større handlingsrom på endring av endelig pris. Likevel vil de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet begrense hvilke endringer som kan gjøres. Innklagede har vist til at endringsreglene medfører at de kan inngå en kontrakt som er 15 prosent over den estimerte rammen, som vil tilsi 57,5 millioner kroner. De innkomne tilbudene var imidlertid betydelig høyere enn dette beløpet, slik at endringsreglene for inngåtte kontrakter ikke gjør innklagedes verdiberegning forsvarlig.

- (66) Innklagede har ikke foretatt markedsundersøkelser eller begrunnet hvorfor den estimerte verdien avviker markant fra de innkomne tilbudene. Klagenemnda har fått opplysninger om investeringsanalyser og kalkyler med elementer og erfaringsmessige tall, men uten å ha fått tilgang til de konkrete tallene. Etter klagenemndas oppfatning fremstår det som klart at det måtte påregnes et betydelig tillegg eller bonus for gjennomføringen av kontrakten. Slik saken er opplyst, foreligger det ikke uforutsette forhold eller andre sterke grunner som tilsier at beregningen til innklagede var forsvarlig da konkurransen ble kunngjort.
- (67) Etter dette er klagenemnda kommet til at innklagede ikke har foretatt en forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi på kunngjøringstidspunktet, jf. anskaffelsesforskriften § 5-4.

Avlysningsplikt

- (68) 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 avgjørelse i sak E-16/16 avsnitt 106.
- (69) Innklagede har vist til at anskaffelsen ble frivilling kunngjort i både Doffin og TED-databasen, og at det derfor ikke foreligger feil. Dette er etter nemndas syn ikke avgjørende. Ut fra de tilbud som kom, skulle det vært lagt til grunn en verdi på anskaffelsen som oversteg EØS-terskelverdien og anskaffelsen skulle da ha fulgt anskaffelsesforskriften del I og del III, jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 og 5-3, hvilket innebærer en vesentlig strengere regulering av konkurransen enn den som følger av forsyningsforskriften del I.
- (70) Klagenemnda mener det er en nærliggende faktisk mulighet for at en feilestimert verdi kan ha virket inn på utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen i denne saken. Det vises her bl.a. til at det etter det opplyste var 27 leverandører som viste interesse for konkurransen, men kun 4 som innleverte tilbud. Gjennomføringen av konkurransen etter feil regelverk kan også ha virket inn på konkurransen. Feilene som er konstatert, kan ikke rettes på en annen måte enn ved avlysning av konkurransen.
- (71) Som følge av resultatet klagenemnda har kommet til, finner nemnda ikke grunnlag for å behandle klagernes øvrige anførsler.

Tilbakebetaling av klagegebyret

- (72) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Spørsmålet om erstatning

(73) I tråd med klagenemndas praksis vil ikke spørsmålet om erstatning bli behandlet. Det vises til at klagenemnda har rett, men ingen plikt til å ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 (2).

Konklusjon:

Sandnes Havn KF har brutt regelverket ved gjennomføringen av anskaffelsen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur