



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av utarbeidelse av planprogram, reguleringsplan og byggeplan - ny Tretten bru i Øyer kommune. Konkurransen ble avlyst med begrunnelse om både ulovlig tildelingskriterium og uklart konkurransegrunnlag. Klager anførte at det ikke forelå rett eller plikt til å avlyse, og at innklagede skulle omgjøre avlysningen, og tildele kontrakten til klager. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, og tok dermed ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 14. august 2025 i sak 2025/0303

Klager: Multiconsult Norge AS

Innklaget: Innlandet fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Wenche Sædal og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Innlandet fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 18. september 2024 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av utarbeidelse av planprogram, reguleringsplan og byggeplan - ny Tretten bru i Øyer kommune. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget estimert til 315 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 24. oktober 2024.
- (2) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med beste forhold mellom tildelingskriteriene «*Pris*», vektet 20 prosent, «*Kvalitet på oppdragsforståelse og gjennomføring*», vektet 40 prosent, og «*Kompetanse og erfaring*», vektet 40 prosent.
- (3) Tildelingskriteriet «*Pris*» var formulert slik:

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
<i>Pris</i>	20 %	<i>Tilbyder skal fylle ut prisskjema. Dette skal gjøres i Excel-skjemaet og legges elektronisk med tilbudet (fortrinnsvis i Excel-format). Det er ikke anledning til å endre skjemaet. Det er tilbyders ansvar å levere et korrekt og komplett tilbud. Prisene skal oppgis eksklusive mva., men inkludert alle leverandørens øvrige kostnader. Oppgitte timeestimer skal dekke alle oppgaver som beskrevet i oppdragsgivers konkurransegrunnlag og tilbyders tilbud. Priskriteriet vil evalueres på bakgrunn av vektet timepris iht. utregninger i prisskjemaet</i>

- (4) I både konkurransegrunnlaget punkt 8.3 «Prisskjema», og i selve prisskjemaet vedlagt konkurransegrunnlaget, fulgte det at:

«Priser skal oppgis i NOK eks. mva. Tilbudte priser fylles ut i vedlagte prisskjema. Alle gule felter skal fylles inn.

Tilbyder skal angi forventet timebruk i kolonne D og denne kan ikke ugrunnet avvikes i kontraksperioden. I avtaleperioden skal det faktureres etter medgått tid pr. ressurs. Mengden av deltakelse for den enkelte ressurs kan tillegges vekt ved evaluering av oppgaveforståelse og kompetanse og erfaring. Dvs. en ressurs med lav grad av deltakelse kan vektes lavere».

- (5) I prisskjemaet skulle det fylles inn to linjer for hvert av de oppgitte fagene, en linje for tilbudt nøkkelperson, og en linje for «Øvrige ressurser». Prisskjemaet inneholdt 30 forskjellige fag, og dermed totalt 60 linjer. Eksempler på fagene var «Oppdragsledelse/planleggingsledelse», «Vegprosjektering og trafikkssikkerhet», «Modellering BIM» og «Vann og avløp». På hver linje skulle det oppgis timepris og et forventet estimat av timeforbruk. Timeprisene og den forventede timebruken for hver linje ble multiplisert, og utgjorde én linjesum. Deretter ble totalsummen av alle linjesummene dividert med det totale antallet oppgitt forventet timebruk. Dette utgjorde «Vektet timepris», og var gjenstand for evaluering.

- (6) Oppdraget skulle følge NS 8401, inkludert med de spesielle avtalevilkårene som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Herunder følger det av konkurransegrunnlaget punkt 9.2 «fakturerings» at:

«Fakturaen skal inneholde spesifiserte timelister, der det fremgår tidspunkt, antall timer, ressurs og timepris».

- (7) Under konkurransen kom det inn flere spørsmål. Spørsmål syv, pr. 27. september 2024, var formulert slik:

«Vi tolker grunnlaget dithen at kontraktsformen her er NS8401, og betaling etter medgått tid (regningsarbeid) (pkt 15.1.3). Er vår tolkning riktig?»

- (8) Innklagede svarte at:

«Ja, det er kontrakt etter 8401, og betaling etter medgått tid. Oppgitte timeestimer kan likevel ikke ugrunnet avvikes i kontraksperioden i hht. Konkurransegrunnlagets pkt. 8.3»

- (9) Den 17. oktober 2024 ble det stilt følgende spørsmål om innklagedes svar på spørsmål syv:

«Viser til spørsmål og svar nr. 7, hvor det bekreftes at vederlagsformatet er medgått tid (regningsarbeid) iht. NS 8401. Vi forstår presiseringen av at forventet timeforbruk (estimatet) «ikke ugrunnet» kan avvikes som at leverandør skal sende et forklarende varsel til oppdragsgiver dersom det er behov for at estimatet økes. Er vår forståelse korrekt?»

- (10) Innklagede svarte at:

«Det er korrekt at det må varsles ved behov for endringer i estimatet. Dette kan likevel ikke skje av hvilken som helst grunn. Dersom årsaken ligger utenfor leverandørens kontroll vil dette regnes som et grunnnet avvik. Dersom årsaken for eksempel er at leverandøren har feilberegnet i sitt tilbud, ved at hen ikke har tatt med alle oppgaver i oppgaveforståelsen eller oppdragsgivers krav, vil dette ikke aksepteres».

- (11) Til innklagedes svar ble det den 18. oktober 2024 stilt følgende oppfølgingsspørsmål:

«Her skriver oppdragsgiver at «Det er korrekt at det må varsles ved behov for endringer i estimatet. Dette kan likevel ikke skje av hvilken som helst grunn. Dersom årsaken ligger utenfor leverandørens kontroll vil dette regnes som et grunnnet avvik. Dersom årsaken for eksempel er at leverandøren har feilberegnet i sitt tilbud, ved at hen ikke har tatt med alle oppgaver i oppgaveforståelsen eller oppdragsgivers krav, vil dette ikke aksepteres».

Dette svaret skaper uklarhet rundt hvorvidt vederlagsformatet faktisk er regningsarbeid iht. NS 8401 punkt 15.1.3, som tidligere bekreftet av oppdragsgiver. Prinsippet med regningsarbeid, i motsetning til fastpris, er at oppdragsgiver har risikoen for antall timer som medgår til oppdraget. Dersom leverandør skal ha denne risikoen, ved at leverandør er nødt til å vise til endringer eller andre forhold under oppdragsgivers risiko for at estimatet skal kunne økes, er ikke vederlagsformatet regningsarbeid iht. NS 8401 punkt 15.1.3.

Vi ber oppdragsgiver klargjøre hva som faktisk er vederlagsformatet i denne kontrakten, og bemerker for ordens skyld at en hybrid mellom fastpris og regningsarbeid ikke er regulert i NS 8401 eller andre standardkontrakter for bransjen. Vi vil sterkt anmode oppdragsgiver om at systematikken i NS 8401 følges, jf. FOA § 19-1 (1)».

- (12) Innklagede svarte til oppfølgingsspørsmålet at:

«Vi er av den oppfatning at det ikke er uklart hva slags vederlagsformat som benyttes. Vederlagsformatet er etter medgått tid. Oppdragsgiver vurderte å benytte fastpris for oppdraget, men har landet på at dette ville legge for stor risiko over på leverandørene. Oppdragsgiver har derfor valgt å gjennomføre etter medgått tid, men forplikter leverandøren til at de oppgitte estimerer dekket de arbeidene som er inkludert i tilbudet og oppdragsgivers krav. Dette gir mer forutsigbarhet for oppdragsgiver sammenlignet med et fullstendig frislipp på timebruk, samtidig som det gir mindre risiko for leverandøren sammenlignet med en fastpris. Vederlagsformatet har mange paralleller til NS 8402 pkt. 12.3 Honorarbudsjet, selv om det også er noen forskjeller. Det har vært nylig praksis i KOFA (sak 2024/480) som synliggjør at oppdragsgivers valgte modell i dette tilfellet er å anbefale, fremfor frislipp på bruk av timer innenfor ulike timesatser som gir mulighet for taktisk prising».

- (13) Før tilbudsfristens utløp mottok innklagede 10 tilbud, herunder fra Multiconsult Norge AS og Norconsult Norge AS. Norconsult Norge AS ble avvist fra konkurransen.
- (14) Den 19. november 2024 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Multiconsult Norge AS.

(15) Den 27. november 2024 påklaget Norconsult Norge AS avvisningsbeslutningen. I tillegg anførte Norconsult Norge AS at tildelingskriteriet «Pris» var ulovlig og at konkurransen måtte avlyses.

(16) Den 20. januar 2025 avlyste innklagede konkurransen med begrunnelse om ulovlig tildelingskriterium og uklart konkurransegrunnlag. Begrunnelsen for avlysningen var at:

«Et budsjett (overslag) etter NS 8401 15.1.3 er ikke bindende.

I konkurransegrunnlaget fremgår det at budsjettet ikke ugrunnet kan overstiges. Det stilles ikke noe krav til hva årsaken til behovet for mer tid må skyldes, så lenge man begrunner hvorfor man trenger mer tid.

I svarene fremgår det at leverandørene ikke kunne kreve justering av honoraret om de hadde feilberegnet i sitt tilbud. En aktsom beregning kan vise seg å ikke stemme. Ordlyden i uttalelsen stenger ikke for at leverandørene kan kreve justering av honoraret om det viser seg at oppdraget ble mer arbeidskrevende enn leverandøren hadde satt opp i budsjettet. I svarerne fremgår det også at modellen Innlandet fylkeskommune har valgt har likheter med honorarbudsjett etter NS 8402. Honorarbudsjett etter NS 8402 har imidlertid ikke et bindende makstak, jf. NS 8402 12.3 andre ledd.

Innlandet fylkeskommune hadde ikke fastsatt hvilke omstendigheter som kunne begrunne at tilbyderne kunne overstige budsjettet. Kontrakten regulerer heller ikke konsekvensen av å overstige budsjettet. Når konkurransegrunnlaget og svarene leses i sammenheng, er en naturlig forståelse at budsjettet ikke er rettslig forpliktende. [...]

Konkurransegrunnlaget er i alle tilfeller uklart på om det er satt et pristak på budsjettet og om et slikt pristak vil være bindende for tilbyderne. Tilbyderne har dermed ikke hatt et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. [...]

Hvilken betaling tilbyderne skal få er et sentralt moment for tilbyderne. Leverandørene stilte flere spørsmål om hvordan betalingen skulle beregnes før tilbudsfristen. Det var derfor usikkerhet ved hvordan betalingen de skulle få før inngivelse av tilbud. Uklarhet ved hvordan leverandørene sin betaling skal beregnes må antas å kunne ha påvirket deltakerinteressen».

(17) Multiconsult Norge AS (heretter *klager*) påklaget avlysningsbeslutningen den 29. januar og 14. februar 2025. Innklagede avslo klagen, og fastholdt sin beslutning om å avlyse konkurransen henholdsvis 11. februar og 18. februar 2025.

(18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 18. februar 2025. Klagebehandling startet 3. mars 2025, jf. klagenemndsforskriften § 13.

(19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. august 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Avlysningen av konkurransen er urettmessig. For det første er tildelingskriteriet «*Pris*» lovlig. Tildelingskriteriet evaluerer forpliktende sider ved leverandørenes tilbud. Kriteriet evaluerer gjennomsnittsberegningen på forpliktende priser og forpliktende volum. Det er kun i situasjoner som ligger utenfor leverandørenes kontroll at det vil gis oppgjør utover det oppgitte forventede timeestimatet, ettersom det estimatet «*ikke ugrunnet*» kan avvikes. Kriteriet har dermed forlatt vederlagsformatet i NS 8401.
- (21) Videre trenger ikke et priskriterium å inkludere alle kontraktytelser for å være lovlig, og det er heller ikke nødvendig å inkludere alle priselementer i evalueringsprisen. Anskaffelsesregelverket åpner for mengdejusterbare kontrakter hvor det er usikkerhet knyttet til den endelige mengden. Slike kontrakter anses i disse tilfellene å ha den nødvendige tilknytningen, også når det evalueres på forhåndfastsatte mengder, så lenge leverandøren er bundet av de angitte timeprisene. Tilsvarende må tildelingskriteriet «*Pris*» i denne saken ha tilstrekkelig tilknytning, ettersom timeprisen er forpliktende. Kriteriet er videre egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, ettersom urealistiske eller høye timeanslag blir gitt trekk ved evalueringen av hver av de kvalitative kriteriene i konkurransen.
- (22) Konkurranses grunnlaget er også tilstrekkelig klart. Det fremgår klart hvilket vederlagsformat som skal benyttes, og at leverandørenes oppgitte timeforbruk er forpliktende. Videre fremgår det tilstrekkelig klart når et avvik fra timeestimatet er grunnet og ugrunnet. Det fremgår av konkurranses grunnlaget at timeestimatet skal dekke «*alle oppgaver som beskrevet i oppdragsgivers konkurranses grunnlag og tilbyders tilbud*». En ugrunnet endring foreligger dermed når det forventede timeforbruket ikke er dekkende for arbeidene som har blitt beskrevet. Motsatt foreligger det en grunnet endring der arbeidene, eller premissene for arbeidene, blir endret, samt når forhold utenfor leverandørens kontroll blir endret. Denne endringsadgangen er uansett i tråd med den vanlige risikofordelingen etter NS 8401 punkt 10.1.
- (23) Det foreligger uansett ikke avlysningsplikt, ettersom en eventuell feil hverken har påvirket deltakerinteressen eller resultatet av konkurransen. Det kom inn ti tilbud i konkurransen, som viser at det ikke foreligger faktiske eller nærliggende holdepunkter for at en eventuell feil har innvirket på kretsen av potensielle tilbydere. Videre var priskriteriet vektet med tjue prosent, og hadde ikke avgjørende betydning for konkurransen ettersom det var liten prismessig variasjon mellom de innkomne tilbudene. Dette underbygges av at klager ville ha vunnet konkurransen selv med konkurransens høyeste tilbudte pris.
- (24) Innklagede har ikke en avlysningsrett. Det er ikke mulig å påberope avlysningsrett subsidiært når det prinsipielt anføres avlysningsplikt. Uansett fremgikk det tydelig av konkurranses grunnlaget at leverandørene var forpliktet av det opplyst forventede timeforbruket. Det er ikke tilstrekkelig at innklagede mener det foreligger en ulovlighet, det må foreligge en ikke-ubetydelig uklarhet om spørsmålet. Klagenemndsakene innklagede har vist til gjelder helt andre priskriterier, og medfører ikke en usikkerhet knyttet til kriteriets lovlighet i denne saken. Det foreligger dermed ikke rettslig usikkerhet knyttet til lovligheten av kriteriet.

- (25) Avlysningsbeslutningen må omgjøres, og kontrakten tildeles klager. Klager var i den opprinnelige tildelingsbeslutningen innstilt som valgte leverandør, og har vedstått seg sitt tilbud gjennom konkludent adferd. Dersom klagenemnda mot formodning mener vedståelsesfristen ikke er forlenget, må det vurderes om dette gjelder i denne saken hvor innklagede til tross for klare og gjentatte oppfordringer ikke forlenget fristen, men heller har forlenget klagebehandlingen ved å ikke legge til rette for prioritert behandling.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. For det første er tildelingskriteriet «*Pris*» ulovlig. Den vektete prisen leverandørene ble evaluert på ble direkte påvirket av den oppgitte forventede timebruken. Timeforbruket var ikke forpliktende for leverandørene ettersom kontrakten skulle faktureres etter medgått tid, uten at konkurransegrunnlaget spesifiserte hvilke omstendigheter som kunne begrunne at tilbyderne kunne overstige timeestimatet. Dette underbygges av innklagedes svar under konkurransens om at leverandørene ikke kan kreve justering av det forventede timeestimatet om de hadde feilberegnet i sitt tilbud. En aktsom beregning kan vise seg å ikke stemme, og innklagedes uttalelser viser at leverandørene kan kreve justering av honoraret dersom det viser seg at oppdraget ble mer arbeidskrevende sammenlignet med det forventede timeantallet oppgitt i prisskjemaet. Uansett er ikke kriteriet egnet til å identifisere det beste tilbudet ettersom prisskjemaet medfører at ulike leverandører kan oppnå lik vektet timepris, selv om tilbudene har ulik totalsum.
- (27) For det andre er konkurransegrunnlaget uklart når det gjelder priskriteriet sett opp imot kontraktens vederlagsformat. Det foreligger en reell rettslig usikkerhet om hva som utgjør en «*grunnet*» eller «*ugrunnet*» endring av det oppgitte timeestimatet. Uklarheten underbygges av at det er stilt flere spørsmål om kriteriet under konkurransen, hvor det er blitt påpekt at det er uklart hva som faktisk er vederlagsformatet i kontrakten, hvor det ble bemerkt at det reelt sett foreligger en hybrid mellom fastpris og regningsarbeid som ikke er regulert i NS 8401. Innklagedes svar under konkurransen har også skapt uklarheter om vederlagsformatet i konkurransen. Når konkurransegrunnlaget er uklart om hvilke kontraktsvilkår som gjelder vil det følgelig medføre at leverandørens pristilbud kan inngis på ulike forutsetninger og dermed ikke er sammenlignbare, ettersom leverandører priser inn risiko. At ulike leverandører kan oppnå lik vektet timepris, selv om det er gitt ulik totalsum for arbeidene medfører også at tilbudene ikke er sammenlignbare.
- (28) Den eneste måten å rette feilene var å avlyse konkurransen. Tildelingskriteriene er av sentral betydning for hvordan leverandørene som deltar i konkurransen velger å utforme sine tilbud. De inngitte tilbudene hadde store variasjoner i oppgitte timeantall og totalpriser, noe som tilsier at leverandørene ikke har forstått konkurransegrunnlaget likt. Feilen kan dermed ha påvirket deltakerinteressen eller utfallet av konkurransen, noe som underbygges av at klager ikke ville vunnet konkurransen dersom priskriteriet hadde evaluert totalpris.
- (29) Subsidiært foreligger det uansett saklig grunn til å avlyse konkurransen etter forskriften § 25-4. Klagenemnda har en konsistent praksis for at honorarbudsjetten ikke er forpliktende, og dermed ulovlig å benytte som priskriterium. Det forelå dermed en reell og nærliggende risiko for at manglende avlysning kunne føre til brudd på regelverket, når evalueringen av

priskriteriet direkte påvirkes av tilbydernes oppgitte forventede timebruk. Innklagede har også rett til å avlyse konkurransen på bakgrunn av det uklare konkurransegrunnlaget.

- (30) Uansett foreligger det ikke grunnlag for å omgjøre avlysningsbeslutningen ettersom en omgjøring forutsetter gyldige tilbud som kan vedtas. Vedståelsesfristen for klagers tilbud har utløpt.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av utarbeidelse av planprogram, reguleringsplan og byggeplan - ny Tretten bru i Øyer kommune som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 315 millioner kroner. I tillegg til lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter *loven*) følger anskaffelsen forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter *forskriften*) del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (32) Klager har deltatt i den avlyste konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse i å få prøvd om avlysningen var lovlig, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd.
- (33) Klager har anført at innklagede ikke kan påberope seg avlysningsrett subsidiært. Nærmere bestemt er det vist til at et prinsipalt syn om ulovlighet og avlysningsplikt ikke kan kombineres med et subsidiært syn om usikkerhet og avlysningsrett. Klagenemnda kan ikke se at NOU 2024:9 punkt 35.4.1, som det er vist til, gir grunnlag for en så vidtgående slutning. Uansett mener nemnda at avlysningsadgangen etter forskriften står på egne ben, jf. nedenfor, og ikke kan innskrenkes ut fra slike frie, reelle betraktninger.
- (34) Klagenemnda tar først stilling til spørsmålet om innklagede hadde avlysningsrett, ettersom avlysningen kun utgjør et brudd på regelverket dersom innklagede hverken har rett eller plikt til å avlyse konkurransen.
- (35) Det følger av anskaffelsesforskriften § 25-4 (1) at oppdragsgiver «*kan*» avlyse konkurransen med umiddelbar virkning dersom det foreligger en «*saklig grunn*».
- (36) Hvorvidt kravet om saklig grunn er oppfylt, beror på en konkret helhetsvurdering av omstendighetene på tidspunktet for avlysningen. I vurderingen skal det blant annet legges vekt på når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som ligger til grunn for avlysning og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå, jf. HR-2019-1801-A (*Fosen-Linjen*), avsnitt 84 flg. Høyesterett har i Rt. 2001 s. 473 (*Concord II*), side 482 uttalt at det er tilstrekkelig at avlysningen «*hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering fra utbyderens side*», og i HR-2019-1801-A (*Fosen-Linjen*), avsnitt 88 at det er tilstrekkelig at det foreligger det en «*reell rettslig usikkerhet, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art*».
- (37) Terskelen for at det foreligger saklig grunn, og dermed for å ha rett til å avlyse en konkurranse, er relativt lav, jf. LF-2018-82338. Etter kontraktstildelingen øker terskelen noe, men terskelen for når det foreligger saklig grunn er fortsatt ikke særlig høy, se for eksempel LE-2021-185098. At terskelen ikke er særlig høy etter kontraktstildeling, synes også HR-2019-1801-A (*Fosen-Linjen*) å bekrefte. I saken aksepterer Høyesterett at manglende

dokumentasjonskrav som utgjorde en feil i konkurransegrunnlaget alene var tilstrekkelig grunn til avlysning.

- (38) I den foreliggende saken viste innklagede i avlysningsmeldingen både til at det var oppstilt et ulovlig tildelingskriterium, og at det forelå uklarheter i konkurransegrunnlaget om hvilken vederlagsform som skulle benyttes. De nevnte forholdene ga etter innklagedes syn en rett, men også en plikt, til å avlyse konkurransen.
- (39) Klagemnda tar først stilling til om innklagede hadde «*saklig grunn*» til å avlyse konkurransen på grunn av uklarheter i konkurransegrunnlaget om hvilken vederlagsform som skulle benyttes. Dersom konkurransegrunnlaget er uklart på dette punkt, vil det være tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger saklig grunn til avlysning i denne saken.
- (40) EU-domstolen har i sin praksis slått fast at konkurransegrunnlaget, herunder tildelingskriteriene, skal utformes klart, presist og utvetydig, slik at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår kriterienes nøyaktige innhold, og fortolker dem på samme måte, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*, premiss 44 og C-19/00 *SIAC Construction*, premiss 42. Dette innebærer at tildelingskriteriene, sammen med konkurransegrunnlaget for øvrig, skal gi korrekt og tilstrekkelig informasjon om anskaffelsen og forhold som har betydning for utforming av tilbudene.
- (41) Utgangspunktet for tolking av anskaffelsesdokumenter er hvordan de fremstår for rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se for eksempel Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-1964-A (*Flage Maskin*), avsnitt 51. Utgangspunktet for tolkningen vil være den objektive forståelsen av ordlyden i konkurransegrunnlaget, men også andre momenter kan ha relevans, som for eksempel formålet med anskaffelsen, hva kontrakten går ut på, hvilke dokumentasjonskrav som er satt samt sammenhengen i de ulike bestemmelsene i konkurransegrunnlaget.
- (42) Det aktuelle tildelingskriteriet «*Pris*» ble i konkurransen evaluert på bakgrunn av en «*vektet timepris*». Denne timeprisen ble automatisk regnet ut i prisskjemaet, utfra leverandørens utfylling av timepriser og forventet timebruk for en tilbudt nøkkelperson, og samlet for øvrige ressurser, per fagområde oppgitt i prisskjemaet.
- (43) Etter dokumentasjonskravet fulgte det at de oppgitte timeestimatene skulle «*dekke alle oppgaver som beskrevet i oppdragsgivers konkurransegrunnlag og tilbyders tilbud*». Av konkurransegrunnlaget 8.3 og i selve prisskjemaet, som begge er gjengitt i sin helhet i sakens bakgrunn avsnitt 4, fulgte det at det angitte timeestimatet «*ikke ugrunnet*» kunne avvikes i kontraktsperioden og at avtalen i avtaleperioden skulle «*faktureres etter medgått tid pr. ressurs*».
- (44) Under svar på spørsmål under konkurransen om det skulle faktureres etter medgått tid bekreftet innklagede at «*Ja, det er kontrakt etter 8401, og betaling etter medgått tid. Oppgitte timeestimer kan likevel ikke ugrunnet avvikes i kontraktsperioden i hht. Konkurransegrunnlagets pkt. 8.3*», se sakens bakgrunn avsnitt 8. I senere svar på spørsmål under konkurransen presiserte innklagede at «*Det er korrekt at det må varsles ved behov for endringer i estimatet. Dette kan likevel ikke skje av hvilken som helst grunn*». Deretter viste innklagede til at endringer basert på at leverandøren har feilberegnet ved å ikke ha tatt med

alle oppgaver i oppgaveforståelsen eller oppdragsgivers krav ikke ville bli akseptert, men at feil som skyldtes forhold utenfor leverandørens kontroll ville bli akseptert, se sakens bakgrunn avsnitt 10.

- (45) I enda et spørsmål ble det fra en leverandør uttalt at de forutgående, ovennevnte svarene skapte uklarhet om vederlagsformatet i konkurransen faktisk var regningsarbeider etter NS 8401, se sakens bakgrunn avsnitt 11. Til dette svarte innklagede «*Vederlagsformatet er etter medgått tid*». Deretter oppgav innklagede at fastpris var blitt vurdert til å legge for stor risiko over på leverandørene. Igjen gjentok innklagede at de hadde «*valgt å gjennomføre etter medgått tid, men forplikter leverandøren til at de oppgitte estimerer dekker de arbeidene som er inkludert i tilbudet og oppdragsgivers krav*». Begrunnelsen for dette valget var å sikre mer forutsigbarhet for oppdragsgiver sammenlignet med et fullstendig frislipp på timebruk, samtidig som det gav mindre risiko for leverandøren sammenlignet med en fastpris. Avslutningsvis viste innklagede til at vederlagsformatet i denne konkurransen har «*mange paralleller til NS 8402 pkt. 12.3 Honorarbudsjet*t».
- (46) Klagenemnda har tidligere konkludert med at vederlag basert på medgått tid etter NS 8401 alene, i utgangspunktet ikke er forpliktende. Dette er begrunnet med at leverandøren som utgangspunkt får betalt for alle timer, selv om medgått tid overstiger det estimatet som er gitt i tilbudet, se klagenemndas sak 2024/296, avsnitt 20. Et priskriterium basert utelukkende på fakturering etter medgått tid uten at det er forpliktende elementer i kriteriet, vil dermed være ulovlig, ettersom timeestimatet ikke fastsetter hvilken pris oppdragsgiver faktisk må betale for ytelsen.
- (47) I denne konkurransen var det imidlertid angitt at leverandørene «*ikke ugrunnet*» kunne avvike timeestimatet i avtaleperioden. Dette oppstiller en begrensning i utgangspunktet om betaling etter medgått tid etter NS 8401. Konkurranses grunnlaget inneholdt ikke opplysninger om hva som ville være grunn for å fravike timeestimatet. I innklagedes svar på spørsmål i forkant av tilbudsfristen, ble det imidlertid presisert at forhold utenfor leverandørens kontroll ville anses som tilstrekkelig grunn, mens feilberegninger hvor leverandøren overser oppgaver i konkurranses grunnlaget ikke ville utgjøre tilstrekkelig grunn. Presiseringene knytter seg likevel kun til ytterpunktene av forhold hvor leverandøren enten klart kan bebreides eller ikke.
- (48) Verken konkurranses grunnlaget, eller de etterfølgende presiseringene fra innklagede, gir dermed veiledning for hvem som bærer risikoen og må dekke kostnadene dersom et aktsomt estimat på timeforbruk må avvikes. Følgelig kan ikke leverandørene vite hvem som bærer risikoen for at deres timeestimat ikke stemmer, og dermed ikke hvordan selve kontrakten kommer til å bli fakturert i avtaleperioden. Det er svært vanskelig å gi nøyaktige estimer, slik at det ikke foreligger noen garanti for at et aktsomt timeestimat vil være det nøyaktige timeantallet som faktisk vil benyttes i kontrakten. Sett i sammenheng med at leverandører ivaretar usikkerheter knyttet til fordeling av risiko ved prissetting av tilbudene sine, kan det ikke utelukkes at dette kan ha hatt betydning for leverandørenes utforming av de innkomne tilbudene. Konkurranses grunnlaget er dermed ikke utformet slik at alle normalt påpasselige og rimelige opplyste tilbydere vil forstå det på samme måte, og er derfor ulovlig uklart.

- (49) Når det foreligger en ulovlig uklarhet i konkurransegrunnlaget, er det klart at det foreligger «*saklig grunn*» for å avlyse konkurransen. Uklarhet vil ofte også gi plikt til avlysning, jf. LE-2011-40623 og LH-2023-18494, men det er det ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til. Innklagede hadde dermed rett til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 25-4 (1).
- (50) Avlysningen av konkurransen utgjorde ikke et brudd på regelverket. Klagers øvrige anførsler blir ikke behandlet.

Konklusjon:

Innlandet fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur