



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av totalentreprise for ombygging av Os skole. I etterkant av klagenemndas sak 2024/2030 ble konkurransen avlyst. Klager anførte at det ikke forelå rett eller plikt til å avlyse, og at innklagede skulle omgjøre avlysningen og tildele kontrakten til klager. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. juni 2025 i sak 2025/0641

Klager: B&B Entreprenør AS

Innklaget: Os kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Christina Paludan Melson og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Os kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. juni 2024 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprise for ombygging av Os skole. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen, men det fulgte av anskaffelsesdokumentene at prosjektet skulle skje innenfor en kostnadsramme på 120 millioner kroner ekskl. mva. Frist for anmodning om deltakelse var 9. august 2024.
- (2) Det fulgte av kvalifiseringsgrunnlaget at inntil tre tilbydere ville bli prekvalifisert og invitert til å delta i konkurransen, forutsatt at tre eller flere tilbydere leverte søknad om prekvalifisering og tilfredsstilte kvalifikasjonskravene.
- (3) Videre fulgte det av kunngjøringen og kvalifiseringsgrunnlaget at:

«Prosjektet består av et nytt tilbygg i 2 etasjer for Mellomtrinn, et nytt tilbygg for Ungdomstrinnet, nytt tilbygg for sidescene, nytt tilbygg for Bibliotek - samt rehabilitering av eksisterende skolebygg. Prosjektet deles inn i 3 byggetrinn:

 - *BT 1: nytt tilbygg for Mellomtrinn, nytt tilbygg for Ungdomstrinn, nytt tilbygg for sidescene, ny renholdssentral i kjeller, nye tekniske rom på tak, samt rehabilitering av eksisterende skolebygg -unntatt småtrinnet.*
 - *BT 2: rehabilitering av eksisterende bygg for småtrinnet.*
 - *BT 3: nytt tilbygg for Bibliotek, med tilhørende magasin i ny kjeller under Biblioteket.»*
- (4) Tre leverandører leverte søknad om deltakelse, herunder B&B Entreprenør AS (heretter klager). Alle tre leverandørene ble ansett kvalifiserte og invitert til å delta i konkurransen. Endelig tilbudsfrist var 18. september 2024.
- (5) Tildelingskriteriene i konkurransen var «Priser» som skulle vektes med 80 prosent, og «Materialbruk» som skulle vektes med 20 prosent.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (6) Det fulgte av tildelingskriteriet «Priser» at «*[p]risene skal oppgis i henhold til beskrivelsene i punkt 3.6.2 eksklusive merverdiavgift. Alle kostnader som ikke er oppgitt eller spesifisert, anses som inkludert*».
- (7) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 3.6.2 at:
- «Tilbudspriser skal oppgis i vedlagte kalkyleskjema.*
- Prisskjemaets samlede sum gir grunnlag for vurdering av tildelingskriteriet "pris".»*
- (8) I prisskjemaet skulle leverandørene oppgi priser for «*Trinn 1 skole*», «*Trinn 2 skole*» og «*Bibliotek*».
- (9) Den 16. august 2024 stilte klager følgende spørsmål:
- «Overflateplaner viser ombygging av arealer i akse S-a til S-e/S1 til S6 i både byggetrinn 1 og 2. Er det meningen at dette arealet skal bygges om 2 ganger i løpet av prosjektet?»*
- (10) Innklagede svarte:
- «Området skal ikke bygges om 2 ganger i prosjektet. Ombygging av arealet, BT3, er en opsjon. Dersom opsjon løses ut, skal området bygges om. Dersom opsjon ikke løses ut, skal området kun overflatebehandles i BT1.»*
- (11) Klager stilte spørsmålet på nytt da innklagede viste til byggetrinn 3 og ikke byggetrinn 2 i sitt svar. Innklagede svarte da følgende:
- «I byggetrinn 1 berøres området akse S-a til e/s1 til S6 kun av oppussing. Det vil si at det ikke gjøres bygningsmessige endringer, kun oppussing av overflater. I byggetrinn 2 skal denne delen bygges om og det legges derfor nye overflater.»*
- (12) Før tilbudsfristens utløp mottok innklagede 3 tilbud, herunder fra klager og Johan Kjellmark AS.
- (13) Den 22. oktober 2024 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Johan Kjellmark AS (heretter *valgte leverandør*).
- (14) Klager påklaget tildelingen 31. oktober 2024. Innklagede avviste klagen 4. november 2024. Klager sendte en ny klage til innklagede 27. november 2024. Innklagede fastholdt avvisningen av klagen 9. desember 2024.
- (15) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 20. desember 2024. Klagenemnda avsa 4. mars 2025 den prioriterte rådgivende avgjørelsen 2024/2030. I avgjørelsen avsnitt 57 uttalte nemnda følgende om tolkningen av tildelingskriteriet «Priser»:
- «Klagenemnda finner ikke at det er holdepunkter i disse svarene, verken alene eller sett i sammenheng med anskaffelsesdokumentene for øvrig, for at byggetrinn 2 var en opsjon. Det følger heller ikke av anskaffelsesdokumentene at det kunne bli aktuelt at opsjoner eller enkelte byggetrinn ikke skulle være en del evalueringen av priskriteriet. Tvert imot var det angitt klart i konkurransegrunnlaget at leverandørene ville evalueres på prisene på alle postene i prisskjema, som inkluderte de tre byggetrinnene. Innklagede valgte å*

evaluere prisene for byggetrinn 1 og 3, og holdt byggetrinn 2 utenfor evalueringen. Innklagede har dermed evaluert tilbudene under tildelingskriteriet «Priser» i strid med tildelingskriteriet slik det er angitt i konkurransegrunnlaget, og dermed i strid med kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4.»

- (16) I etterkant av klagenemndas avgjørelse i sak 2024/2030 krevde valgte leverandør at konkurransen måtte avlyses 10. mars 2025. Den 13. mars 2025 varslet klager at dersom konkurransen ble avlyst, ville klager påklage avlysningsbeslutningen og, om nødvendig, forfølge beslutningen rettslig.
- (17) Innklagede avlyste konkurransen 24. mars 2025. Av avlysningsnotatet som var lagt ved avlysningsmeldingen, fulgte det at:

«Når det på tildelingstidspunktet var besluttet at byggetrinn 2 ikke skulle utføres, vil det å ta med byggetrinn 2 i prisevalueringen medføre at oppdragsgiver inngår kontrakt med den som ikke har den laveste prisen. Dette vil være i strid med tildelingskriterienes faktiske funksjon, jf. ovenfor. Dette taler isolert sett for at tildelingskriteriet er ulovlig. I tillegg kommer at tildelingskriteriet ikke kan anvendes slik oppdragsgivers intensjon var, nemlig å evaluere på grunnlag av hva som faktisk skal utføres.

I tillegg kommer at prisskjema kan ha fremstått uklart sett hen til at tilbyderne i konkurransen nå gir uttrykk for forskjellig syn på forståelsen av dette.

Videre er situasjonen at kommunen nå ikke skal inngå kontrakt om det utlyste omfang, men kun deler av det. Kontraktstildelingen gjelder dermed kun byggetrinn 1 og 3. Det innebærer at konkurransen under alle omstendigheter delvis avlyses.

(...)

I dette tilfellet medfører avlysningen av byggetrinn 2 nettopp en forrykkelse av konkurransen ved at det er forskjellige tilbydere som vinner konkurransen avhengig av om byggetrinn 2 tas med i konkurransen eller ikke. Byggetrinn 2 er heller ikke en ubetydelig del av kontraktsumfanget. Dette tilsier at det ikke vil være mulig å inngå kontrakt som ikke omfatter byggetrinn 2, uten at det gjennomføres en ny konkurranse.

Oppdragsgiver er dermed nå i en situasjon hvor det i det minste er rettslig usikkerhet hvorvidt det er mulig å inngå kontrakt uten at regelverket brytes. Oppdragsgiver tvinges også dersom kontrakten må inngås, til å inngå kontrakt med en tilbyder som i realiteten ikke har det beste tilbudet, gitt omfanget som skal realiseres.

De ovennevnte forhold gir i det minste oppdragsgiver en rett, men etter oppdragsgivers vurdering også en plikt til å avlyse konkurransen.»

- (18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 11. april 2025. Klagebehandling startet 23. april 2025, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (19) Innklagede har bekreftet at de vil innrette seg etter klagenemndas avgjørelse.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. mai 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Tildelingskriteriet «Pris» er lovlig. Det forventes at klagenemnda ville gitt en bemerkning om at tildelingskriteriet var ulovlig, dersom det var tilfellet. For illustrasjon ble en slik bemerkning gitt i klagenemndas sak 2023/0403 avsnitt 28. Ettersom klagenemnda ikke tar et slikt forbehold i sak 2024/2030, er det klagers oppfatning at nemnda allerede har tatt stilling til lovligheten av tildelingskriteriet «Pris».
- (22) Innklagede hadde ikke plikt til å avlyse konkurransen. Det er ikke begått feil i konkurransen. Innklagede har evaluert i tråd med konkurransegrunnlaget, og det forelå dermed ikke saklig grunn til å avlyse. Byggetrinn 2 utgjør en relativt liten del av anskaffelsen, og differansen i evalueringssummene, uten byggetrinn 2, avviker med kun 0,7 prosent. Det er fullt lovlig å inkludere elementer i evalueringen som ikke kommer til utførelse, så lenge leverandørene er kjent med hvordan evalueringssummen evalueres, se blant annet klagenemndas sak 2020/935 avsnitt 25, 2020/678 avsnitt 27 og 2020/364 avsnitt 32, 2017/153 avsnitt 27. Uansett kunne kontrakten lovlig endres til ikke å omfatte byggetrinn 2 etter kontraktsinngåelsen. At en slik reduksjon er lovlig etter kontraktsinngåelsen, tilsier at en slik reduksjon også må være mulig å ta før tildelingstidspunktet uten at det påvirker kriteriets egnethet.
- (23) Avlysingsbeslutningen må omgjøres.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Tildelingskriteriet er ulovlig, fordi det mangler tilstrekkelig tilknytning. Klagenemnda tok ikke stilling til lovligheten av tildelingskriteriet i klagenemndas sak 2024/2030, kun tolkningen av kriteriet. Slik klagenemnda legger opp til at kriteriet skal tolkes, vil ikke tilbudet, som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra det omfanget det på tildelingstidspunktet er besluttet at skal gjennomføres, få best score. At kriteriet ikke er egnet, underbygges av at prisen som evalueres ikke er reell. Byggetrinn 1 og 2 inneholder arbeidsprosesser som ikke er forenelig med hverandre. Konsekvensen er at dersom alle tre byggetrinnene kommer til utførelse, må det forhandles med valgte leverandør om hvilken prisreduksjon det vil innebære at ikke alle oppgaver beskrevet i byggetrinn 1 skal utføres. Når tildelingskriteriet er ulovlig, foreligger det plikt til å avlyse konkurransen.
- (25) Avlysningen er imidlertid også begrunnet i at det forelå rettslig usikkerhet om hvorvidt det var lovlig å tildele kontrakt til klager. Dersom klagenemnda kommer til at tildelingskriteriet er lovlig, bes klagenemnda derfor ta stilling til om det som følge av denne rettslige usikkerheten som forelå på avlysningstidspunktet, var saklig grunn til avlysning.
- (26) Dersom klagenemnda kommer til at tildelingskriteriet er lovlig, bortfaller i realiteten den rettslige usikkerheten. Såfremt klagenemnda kommer til at tildelingskriteriet er lovlig, og at det var saklig grunn til avlysning, bes derfor klagenemnda om også å ta stilling til om det nå foreligger en adgang til å omgjøre avlysingsbeslutningen som følge av at den rettslige usikkerheten ikke lenger er til stede.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for ombygging av Os skole som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen,

men det følger av anskaffelsesdokumentene at prosjektet skulle skje innenfor en kostnadsramme på 120 millioner kroner ekskl. mva. 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.

- (28) Klager har deltatt i den avlyste konkurransen, og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd.
- (29) Den aktuelle konkurransen er avlyst. I notatet vedlagt avlysningsmeldingen vises det til flere forhold som begrunnelse for avlysningen. For det første at innklagede ellers ville bli tvunget til å inngå kontrakt med en leverandør som i realiteten ikke har gitt det beste tilbudet, ettersom det på tildelingstidspunktet var besluttet at byggetrinn 2 ikke skulle utføres. For det andre at tildelingskriteriet ikke kunne anvendes slik innklagedes intensjon var. For det tredje at en delvis avlysning av konkurransen ikke ville være tillatt ettersom det ville forrykke konkurransen. Endelig at innklagede befant seg i en situasjon der det var en rettslig usikkerhet knyttet til om det var mulig å inngå kontrakt uten at regelverket brytes. De nevnte forholdene ga etter innklagedes syn en rett, men også en plikt, til å avlyse konkurransen.
- (30) For at innklagedes avlysning skal utgjøre et brudd på regelverket, kan innklagede hverken ha en plikt eller rett til å avlyse konkurransen. Klagenemnda forstår klagers anførsler dit hen at klager mener at det hverken foreligger avlysningsplikt eller avlysningsrett.
- (31) Vurderingen av «*saklig grunn*» tar utgangspunkt i de faktiske forholdene slik de fremstår på avlysningstidspunktet, jf. forutsetningsvis i HR-2019-1801-A avsnitt 100. I den foreliggende saken er det lite tvilsomt at innklagede i et tilfelle som dette i alle tilfeller hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 25-4. I denne sammenhengen er det tilstrekkelig at klagenemnda viser til at tildelingskriteriene ikke kan anvendes slik de var tiltenkt, med den konsekvens at innklagede ved å følge konkurransegrunnlaget vil bli tvunget til å inngå kontrakt med en leverandør som ikke har gitt det beste tilbudet. Denne avlysningsretten foreligger uavhengig av lovligheten av tildelingskriteriene, og en eventuell rettslig usikkerhet knyttet til denne.
- (32) På bakgrunn av klagenemndas konklusjon om at innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen, tar ikke nemnda stilling til partenes øvrige anførsler.

Konklusjon:

Os kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur