



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. De generelle kravene i § 4. Krav til ytelsen/teknisk spesifikasjon. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en konkurranse om anskaffelse av flytende svømmebasseng til indre Vågen i Sandnes. Klager anførte at innklagede hadde gjennomført konkurransen etter feil del av forskriften, at det ikke var gjort en forsvarlig verdiberegning av anskaffelsens estimerte verdi, at et krav i kravspesifikasjonen var ulovlig konkurransebegrensende, at konkurransens tildelingskriterier ikke sikret innklagede tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet ved at pris ikke var benyttet som tildelingskriterium, at klager skulle fått bedre uttelling på miljøkriteriet enn de øvrige leverandørene, og at innklagede hadde brutt dokumentasjonsplikten i forskriften. Klagenemnda kom til at innklagede hadde oppstilt et ulovlig konkurransebegrensende krav til ytelsen, og at dette medførte avlysningsplikt. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 27. oktober 2025 i sak 2025/0668

Klager: Csub AS

Innklaget: Sandnes Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Hallgrim Fagervold og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Sandnes Havn KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 20. februar 2025 en åpen konkurranse for anskaffelse av et flytende svømmebasseng til indre Vågen i Sandnes. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til 57 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 2. april 2025.

(2) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at prosjektet var delt inn i faser:

«Prosjektet legges opp i ulike faser og er planlagt som følgende:

- 1. Gjennomgang av tekniske forutsetninger og prosjektets overordnede målsetninger, identifisering av risiko- og usikkerhetsmomenter og utarbeidelse av forenklet beslutningsgrunnlag (omforent konsept og estimer)*
- 2. Designe og prosjektere bassenganlegget*
- 3. Bygge og installere bassenganlegget, inkludert tilhørende infrastruktur og idriftsettelse.*

Fase 1 og 2 omtales som samspillsdelen av prosjektet. Fase 3 omtales som den materielle delen av prosjektet. Oppdragsgiver er avhengig av endelig investeringsbeslutning fra styret for å kunne gå videre etter fase 2.»

(3) Videre var følgende angitt om budsjett og maksimal verdi:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«Oppdragsgiver har et budsjett som er maksimalt kr. 53.000.000 eks. mva., men anskaffelsens maksimale verdi settes til kr. 57.000.000 eks. mva.

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. 53.000.000 eks. mva. Dersom prosjektet, mot formodning, blir tildelt tilleggsfinansiering, er denne begrenset oppad til kr. 4.000.000 eks. mva. utover allerede fastsatt budsjetttramme, slik at totalen maksimalt blir kr. 57.000.000 eks. mva.».

- (4) Om prosjektets økonomiske ramme og målpris var det også angitt:

«1.5 Økonomisk ramme

Som utgangspunkt, har prosjektets fase 1 til fase 3 en øvre budsjetttramme på kr. 53.000.000 eks. mva. Dersom prosjektet, mot formodning, blir tildelt tilleggsfinansiering, er denne begrenset oppad til kr. 4.000.000 eks. mva. utover allerede fastsatt budsjetttramme, slik at totalen maksimalt blir kr. 57.000.000 eks. mva.

Fase 1 har en øvre ramme på kr. 1.000.000 eks. mva.

Fase 1 og fase 2 har en samlet øvre ramme på kr. 5.300.000 eks. mva.

1.6 Målpris

Prosjektet har en målpris som er kr. 50.000.000 eks. mva. Målprisen er fast og kan ikke endres i løpet av prosjektperioden, uavhengig av årsak.

Dersom totalkostnaden for prosjektet ligger an til å overstige målprisen 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 det er behov, må entreprenør gjennomføre tiltak for å inkorporere tredjepartsleveranser inn i prosjektet for å sikre Byggherren en helhetlig leveranse.»

- (5) Kontrakten skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom tildelingskriteriene «Kvalitet», vektet 60 prosent, og «Miljø», vektet 40 prosent. Tildelingskriteriet «Kvalitet» skulle vurderes utfra de ulike vurderingskravene under «Kvalitetskrav» i kravspesifikasjonen, som var «Samspill» og «Personell».

- (6) Det var angitt følgende tekniske mål for prosjektet i kravspesifikasjonen:

«Etablere tre (3) deler som flyter uavhengig av hverandre:

- Flyter 1: Hovedbygg og tilhørende uteområde på langsiden av bygget.*
- Flyter 2: Hovedbasseng med tilhørende gangveier på lang- og kortsidene samt bassengtrekk.*
- Flyter 3: Bygg med rom, toaletter og badstue og barnebasseng».*

- (7) I kravspesifikasjonen kapittel 2.2 var det også angitt følgende om alternativt materialvalg:

«I tidlig fase av prosjektet skal det vurderes om flyteren som utgjør hovedbassenget, flyter 2, skal bygges i et annet materiale enn det som fremkommer av «Vedlegg 4 – Arbeidsdokument for samspillsdelen av prosjektet». Dersom partene blir enige om at det

skal benyttes et annet materiale, gjøres det endringer i arbeidsdokumentet slik at kravene og det som skal besvares harmonerer med dette».

- (8) I Vedlegg 4 – Arbeidsdokument for samspillsdelen av prosjektet var det oppgitt følgende om bassenganleggets konstruksjonsmessige materialkvalitet og oppbygning:

«Flyterne må være laget av armert betong – I henhold til NS-EN 1992-1-1:2004+A1:2014+NA:2018 Eurokode 2: Prosjektering av betongkonstruksjoner – Del 1-1: Allmenne regler og regler for bygninger, eller tilsvarende.».

- (9) Under konkurransen ble det stilt følgende spørsmål:

«[...] Vi ber om at oppdragsgiver spesifiserer prosessen rundt valg av materiale mer detaljert og klarlegger hvilke kriterier som vil bli lagt til grunn ved valg av materiale for bassenget?»

- (10) Til dette svarte innklagede:

«Oppdragsgiver har i «Vedlegg 4 – Arbeidsdokument for samspillsdelen av prosjektet» lagt til grunn et utgangspunkt for prosjektet som ivaretar en stor bredde av hensyn. Dermed er utgangspunktet til prosjektet at anlegget skal bygges i henhold til arbeidsdokumentet.

Oppdragsgiver har allikevel valgt å åpne for å benytte et alternativt materiale for flyter 2, dersom leverandør foreslår et alternativ som åpenbart er bedre enn det som er lagt til grunn i arbeidsdokumentet. Det er ikke lagt opp til at det skal benyttes noe ressurser av betydning på denne vurderingen, da dette utgjør et merarbeid.

For at det skal kunne benyttes et alternativt materiale for flyter 2, må summen av økonomiske, tekniske og estetiske fordeler være av vesentlig betydning. Videre må forslaget få en eventuell godkjenning av administrasjonen og styret for endelig implementering».

- (11) Før tilbudsfristens utløp mottok innklagede fire tilbud, herunder fra CSUB AS (heretter klager), Hako Total AS og Total Betong AS.
- (12) Den 10. april 2025 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Total Betong AS (heretter valgte leverandør). Valgte leverandør fikk full uttelling på både kvalitets- og miljøkriteriet, henholdsvis 60 og 40 poeng. Hako Total AS ble rangert som nummer to med henholdsvis 55,5 og 40 poeng, og klager som nummer tre med henholdsvis 54 og 40 poeng. Kontrakt med valgte leverandør er inngått.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 23. april 2025. Klagebehandling startet 24. april 2025, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. september 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har benyttet feil del av anskaffelsesforordningen. Verdien på konkurransen ville oversteg EØS-terskelverdien dersom innklagede hadde foretatt en forsvarlig beregning

av kontraktsverdien. Innklagede har ikke tatt tilstrekkelig høyde for tilleggs- og endringsarbeider. Det har aldri tidligere i Norge blitt bygget et flytende svømmebasseng i betong, slik at sannsynligheten for endringsordninger under kontraktfasen er høy. Det er også vanlig at det i prosjekter av denne størrelsesordenen kommer tilleggs- og endringsarbeid når prosjektet skal realiseres fysisk. At innklagedes beregning er uforsvarlig underbygges av at konkurransegrunnlaget åpnet for å inngå mengdejusterbare kontrakter, og at innklagede ikke redegjør verken for hvorfor det er valgt en buffer på 17 prosent, eller hva prisene i estimatet er basert på av erfaringstall og statistikk. Dersom de fire millionene ekstra bevilges til prosjektet, ville man havnet over terskelverdi med en buffer på 18,6 prosent. Med tanke på prosjektets kompleksitet og de krav som er stilt, er det også overraskende at innklagede har samlet all betong på en linje. Som allment estimat fremstår 13 000 kr per m³ betong som fornuftig, men for et svømmebasseng som her er det for lavt. At tilbyderne har levert tilbud og dermed akseptert konkurransegrunnlaget, har ingen selvstendig betydning for selve estimatet av anskaffelsens verdi, og heller ikke for at det ikke vil komme tilleggsarbeider i den materielle fasen.

- (16) Innklagede har også brutt regelverket ved å oppstille ulovlige tildelingskriterier. Ved å kun angi en maksimal verdi av kontrakten på 57 millioner kroner, har innklagede ikke forholdt seg til § 18-1 (7). Forskriftsbestemmelsen stiller krav om fastpris, og åpner ikke for å kun spesifisere en maksimal verdi av kontrakten som er gjort i denne konkurransen. Dette sikrer ikke at innklagede velger det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, slik at det uansett foreligger brudd på forskriften § 8-11, om klagenemnda skulle komme til at forskriften del II var riktig. Hverken erfarent personell eller effektivitet i samspillsfasen, sikrer at oppdragsgiver tildeler kontrakten til den som kan bygge det beste eller billigste anlegget, og tildelingskriteriet kvalitet mangler derfor den nødvendige tilknytningen.
- (17) Innklagede har i realiteten utelukket leverandører av fiberarmert basseng fra konkurransen ved å stille krav om at betong må brukes for flyter 2. For det første har innklagede brutt § 15-1 (3) ved å stille krav om armert betong. At det er lagt til «*eller tilsvarende*» hjelper ikke når det er stilt krav om at det må være armert betong, og det er vist til en standard for betongprosjektering. Videre har innklagede vist til en bestemt prosess (sement/betongproduksjon), type (betongbasseng) og produksjon (betongstøping) som fører til at visse leverandører (produsenter av fiberarmerte basseng) utelukkes, og at visse leverandører (produsenter av betongbasseng) favoriseres. Dette er i strid med forskriftens krav om merkevarehenvisning, og innklagede har ikke godtgjort at en slik henvisning er tillatt i denne anskaffelsen. Subsidiært, dersom klagenemnda skulle komme til at forskriften del II var riktig, foreligger det uansett brudd på § 8-5 av tilsvarende begrunnelse.
- (18) Dersom klagenemnda skulle komme til at konkurransegrunnlaget ikke stilte krav om armert betong, er konkurransegrunnlaget uklart. Det er uklart hva innklagede mener med «*standard*» i sitt svar på hvilke vilkår alternative materialer kan være aktuelt. Innklagedes nåværende forståelse av kravet er i strid med den tidligere forståelsen. I den tidligere anskaffelsen ble det presisert at bygget skal bygges i betong, og at det ikke var åpnet for tilsvarende. Dersom innklagedes nye tolkning er riktig, viser det at dokumentasjonen til konkurransen er uklart ettersom to saksbehandlere hos innklagede har forskjellig oppfatning av samme tekst.
- (19) Å bygge bassenget har også flere miljøfordeler, og ville scoret klart best på miljøkriteriet hvis dette var hensyntatt. Når leverandørene har fått lik uttelling på dette kriteriet, tilsier dette at innklagede har sett bort fra at klagers tilbud la opp til at innklagede kunne velge

dette alternative materialet. Klager er nå vurdert på sin betongkompetanse, som ikke er klagers kjerneområde. Ved å ikke ta hensyn til klagers tilbudte alternative materiale, har også innklagede gått bort fra sin forståelse om at alternative materialer er tillatt.

- (20) Videre har innklagede brutt forskriftens dokumentasjonsplikt, ved at det ikke er tilstrekkelig dokumentert viktige endringer i kvalifikasjonskravet om økonomisk- og finansiell kapasitet. I den forrige utlyste konkurranse om det samme bassenget som ble avlyst, var kvalifikasjonskravet på 50 millioner, mens det i denne konkurransen er på 100 millioner. Det mangler derfor en begrunnelse for endring i dette kravet, samt kravet om bruk av forpliktelseserklæring for såkalte tredjemannsressurser.
- (21) Samtlige av bruddene på regelverket medfører avlysningsplikt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Konkurransen er riktig kunngjort etter anskaffelsesforskriften del II. Det er gjennomført en forsvarlig verdiberegning, og det er ikke tilstrekkelig at klager er uenig med innklagede på dette punkt. Estimater for de enkelte punktene har tatt høyde for eventuelle endringer i markedspriser eller økninger i volumbehov og lignende, inkludert tilleggsarbeider. Bygging av flytende betongkonstruksjoner til mange ulike formål er kjent og velutprøvd teknologi som blant annet har blitt benyttet til å bygge flytende marinaanlegg, lektere, forflåter i oppdrettsnæringen, flytende offshore vindmøller, olje- og gassplattformer og mye annet. Innklagede har i tillegg lang erfaring med det bassengtekniske og bassengfaglige forhold. På bakgrunn av erfaringene, samt erfaringstallene, har innklagede under klagebehandlingen beskrevet hvilke beregninger som er gjort på et overordnet nivå i forkant av kunngjøringen. I forsvarlighetsvurderingen er det også relevant at konkurransen gjelder en samspillentreprise, at ingen av leverandørene som har innlevert tilbud har tatt forbehold for de økonomiske rammene i prosjektet. Maksimal kontraktsverdi er under EØS-terskelverdi, og konkurransen er derfor gjennomført etter riktig del av anskaffelsesregelverket. Konkurransen er uansett kunngjort i TED for å nå ut til flere potensielle leverandører.
- (23) Det bestrides også at tildelingskriteriene er ulovlige. Prosjektet skal gjennomføres som en samspillsentreprise, hvor det er lagt opp til en samspills- og en materiell fase av prosjektet. Det er definert en fast kostnad, i form av økonomisk ramme og gjennomsiktighet knyttet til dette. Også tidsramme og fremdrift er definert, og det vil i hovedsak være hva som skal leveres som skal defineres gjennom prosjektet. Det handler om å finne den beste leveransen innenfor de rammene som er fastsatt, gjennom et samspill mellom byggherre og entreprenør. Det er klart at kravene under kvalitetskriteriet legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved tilbudene, og dermed har den nødvendige tilknytningen til leveransen.
- (24) Konkurranses grunnlaget er tilstrekkelig klart, og kravene til materiale er oppstilt i tråd med forskriften § 15-1 (3). Klager viser til en forståelse som gjaldt den avlyste konkurransen, og kravet er endret til denne konkurransen. Forståelsen er derfor ikke relevant. Det er stilt krav i konkurransen om at flyterne må være av armert betong «eller tilsvarende», nettopp for å vise at andre materialer utover betong kunne tilbys så lenge den nevnte standarden, som her beskrives i betong, er oppfylt. Om det skal benyttes et annet materiale avgjøres av vinnende tilbyder og oppdragsgiver i en tidlig oppstartsfase, og er ikke del av konkurransen som tildelingskriterier eller krav. Kravet medfører heller

ikke at produsenter av fiberarmerte basseng utelukkes, ingen har blitt avvist og ingen produsenter av betong har for eksempel fått bedre uttelling på noen punkter.

- (25) Tilbudsevalueringen er gjennomført i tråd med regelverket. Det er ikke riktig at klager har blitt evaluert på deres erfaring med betong. Klager har i tråd med konkurransegrunnlaget blitt evaluert basert på deres erfaring med fiberarmert plast.
- (26) Dokumentasjonsplikten er ikke brutt da beslutningen om skjerping av kravet er tatt mellom to kunngjorte konkurranser, og ikke som del i anskaffelsesprosessen.
- (27) Dersom klagenemnda skulle komme til at det foreligger feil i konkurransen, foreligger det uansett ikke avlysningsplikt. Det er klager som har bevisbyrden for at feilene har hatt innvirkning på konkurransen. Klager har ikke sannsynliggjort at eventuelle brudd har hatt innvirkning. Konkurransen hadde 15 interessenter, hvor 4 leverte tilbud, men det var kun en av de 11 resterende som var en potensiell tilbyder i konkurransen. Man må melde seg som interessent i Merrell for å få tilgang til anskaffelsens dokumenter, så dette betyr ikke at det faktisk er aktuelt å levere tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rådgivnings- og totalentreprisekontrakt som er bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 (heretter *loven*), er anskaffelsen gjennomført etter forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter *forskriften*) del I og del II.
- (29) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har gjennomført anskaffelsen etter korrekt del av forskriften.
- (30) For å avgjøre hvilken del av forskriften som gjelder for anskaffelsen, må anskaffelsens verdi estimeres. Dette gjøres på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva., og beregningen skal være «forsvarlig» på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen, jf. § 5-4 (1) og (2).
- (31) En «forsvarlig» verdivurdering 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 verdivurdering, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2022/1039, avsnitt 21 med videre henvisninger.
- (32) Hva som mer konkret skal til av undersøkelser og vurderinger, vil avhenge av mange forhold, herunder oppdragsgivers kjennskap til markedet og prisnivået. Hvilket «marked» en oppdragsgiver må foreta en forsvarlig vurdering av, må bero på en konkret vurdering av den enkelte anskaffelsen. 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 verdivurderingen 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.

- (33) Det er klart, og heller ikke bestridt, at denne anskaffelsen gjelder er en «*bygge- og anleggskontrakt*», jf. forskriften § 4-1 bokstav d. På kunngjøringstidspunktet var EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter 57,8 millioner kroner, jf. forskriften § 5-3 (1) bokstav c.
- (34) Av kunngjøringen fremgikk det at estimert kontraktsverdi var 57 millioner kroner ekskl. mva. I sin forklaring overfor klagenemnda har innklagede vist til at anskaffelsens estimerte verdi var 53 millioner kroner ekskl. mva. Dette er også oppgitt i konkurransegrunnlaget som budsjettet for anskaffelsen, mens 57 millioner kroner er angitt som anskaffelsens maksimale pris. Ifølge konkurransegrunnlaget er de fire millionene i differanse mellom disse tallene basert på en potensiell, men slik klagenemnda forstår det, mindre sannsynlig tilleggsfinansiering på fire millioner. I sin forklaring har også innklagede utdypet at dersom tilleggsfinansieringen blir innvilget, vil dette kun gå til tiltak som ville øke kvaliteten på prosjektet, som dyrere kvaliteter, og ikke selve utførelsen av prosjektet. Slik klagenemnda forstår innklagede, er derfor 53 millioner den estimerte verdien for kontrakten, men dersom det tas høyde for de fire millionene kan verdien potensielt bli 57 millioner.
- (35) Normalt vil det være naturlig at oppdragsgivers budsjett i utgangspunktet holdes utenfor spørsmålet om anskaffelsens verdi er forsvarlig estimert. Dette fordi budsjettet baserer seg på interne beslutninger og føringer, mens et estimat på hva en anskaffelses verdi vil være, baserer seg på hva markedet kan levere og til hvilken pris. Kontrakten som skal inngås etter denne anskaffelsen, er imidlertid en samspillsentreprise. Denne typen entreprise kjennetegnes ved at partene starter samarbeidet allerede på utviklingsstadiet, og sammen skal finne frem til en løsning som passer til oppdragsgivers behov, herunder budsjett, og hvor oppdragsgiver kan dra nytte av motpartens erfaringer. I denne konkurransen har innklagede valgt å ikke bruke pris som et tildelingskriterium. I stedet har innklagede satt opp en målpris, et budsjett som er basert på egne beregninger, og en absolutt makspris for prosjektet. Det er også oppgitt en maksimal ramme for de tre fasene prosjektet er delt inn i, og innklagede har mulighet til å avslutte prosjektet dersom det viser seg at de oppstilte rammene ikke holder. Leverandørene har dermed fått tydelige føringer på hvilken økonomiske ramme prosjektet skal gjennomføres innenfor, og leverandørene må da inngi sine tilbud basert på dette. Anskaffelsen skiller seg derfor i stor grad fra anskaffelser hvor innklagede på forhånd har detaljerte krav til hva som skal anskaffes, og hvor leverandørene selv setter og konkurrerer på pris.
- (36) Slik innklagede har lagt opp konkurransen, vil den endelige kontrakten ikke kunne overstige maksimalprisen på 57 millioner kroner. Kontrakten vil dermed heller ikke kunne overstige EØS-terskelverdien på 57,8 millioner kroner. Klagenemnda kan heller ikke se at det foreligger holdepunkter for at innklagede har forsøkt å omgå regelverket gjennom beregning av anskaffelsens verdi. Som nevnt har innklagede estimert verdien til 53 millioner kroner uten tilleggsfinansieringen. I sin forklaring har innklagede fremlagt følgende regnestykke på dette estimatet:

<i>Hva</i>	<i>Mengde/Enhet</i>	<i>Enhetspris (eks. mva)</i>	<i>Totalkostnad (eks. mva)</i>
<i>Flytende konstruksjoner</i>	<i>1000 m³ betong</i>	<i>13 000 kr/m³</i>	<i>13 000 000 kr</i>

<i>Bygg (oppå den flytende konstruksjonen)</i>	<i>310 m²</i>	<i>50 000 kr/m²</i>	<i>15 500 000 kr</i>
<i>Solceller</i>	<i>300 m²</i>	<i>5 000 kr/m²</i>	<i>1 500 000 kr</i>
<i>Bassengteknikk, forankring og infrastruktur</i>	-	-	<i>10 000 000 kr</i>
<i>Fase 1 og 2</i>	-	-	<i>5 300 000 kr</i>
<i>Buffer (17 %)</i>	-	-	<i>7 700 000 kr</i>
<i>Totalt</i>	-	-	<i>53 000 000 kr</i>

- (37) Til tabellen har innklagede forklart at mengden og enhetsprisene for de tre øverste postene, samt totalkostnaden for de to neste er basert på erfaringstall fra andre prosjekter i kommunen. Den nederste posten, som er den estimerte bufferen, er lagt inn for å håndtere usikkerheter i kostnadsestimer, og tillegg og endringer. Fase 1 og 2, som planleggings- og prosjekteringsfasen er estimert til 5,3 millioner kroner, slik at fase 3, som er selve utførelsen av prosjektet er estimert til 47,7 millioner kroner. Innklagede har også vist at estimatene er gjennomført ved flere anledninger, herunder før konkurransen kunngjort høsten 2024 som ble avlyst, og senere før denne konkurransen. I konkurransen som ble avlyst, var estimert verdi mellom 25 og 50 millioner kroner. Innklagede har derfor klart oppdatert sin verdiberegning basert på de innkomne tilbudene i den konkurransen.
- (38) Klagenemnda kan heller ikke se at det foreligger holdepunkter i saken for at innklagede har forsøkt å omgå anskaffelsesregelverket ved estimering av verdien. Budsjettet er fastsatt på bakgrunn av mulig finansiering av prosjektet. Dersom det skulle vise seg ved gjennomføringen av de to første fasene med kartlegging og prosjektering, at prosjektet ikke kan gjennomføres innenfor den fastsatte økonomiske rammen, vil ikke kontrakten gjennomføres. Videre vil uforutsette tilleggs- og endringsarbeider i gjennomføringen som nevnt ikke nødvendigvis medføre at estimatet på kunngjøringstidspunktet ikke var forsvarlig. Når innklagede har hatt en økonomisk ramme på i utgangspunktet 53 millioner, potensielt 57 millioner, og har satt av 7,7 millioner til tilleggs- og endringsarbeider, har innklagede klart tatt hensyn til dette usikkerhetsmomentet i den økonomiske rammen. Klagenemnda kan ikke se at bufferen fremstår uforsvarlig.
- (39) Klagenemnda mener også at innklagede i tilstrekkelig grad har dokumentert hva estimatene er bygget på, ved at det er fremlagt hvilket regnestykke som er benyttet, og forklart hva innholdet i de forskjellige postene er.
- (40) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede i denne saken har foretatt en forsvarlig beregning av kontraktens estimerte verdi på tidspunktet for kunngjøring av konkurransen. Klagers anførsel om at konkurransen skulle vært gjennomført etter forskriften del III, fører ikke frem.

Ulovlig tildelingskriterium

- (41) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å benytte pris som tildelingskriterium i konkurransen.

- (42) Det følger av forskriften § 8-11 (1) at oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av objektive tildelingskriterier. Slike kriterier «*kan for eksempel være pris, kvalitet, livssyklus kostnader, miljø, sosiale hensyn og innovasjon*», jf. § 8-11 (2) andre punktum.
- (43) Til forskjell fra § 18-1, som gjelder anskaffelser gjennomført etter forskriften del III, gir ikke ordlyden i § 8-11 direkte svar på om det foreligger et krav om at det må inngå et kostnadselement i anskaffelser som er under EØS-terskelverdi. Dette spørsmålet tok klagenemnda stilling til i sak 2024/285, avsnitt 35 flg. Nemnda konkluderte positivt på dette, og uttalte følgende:

(40) Det må dermed være en forutsetning at tildeling skal skje på basis av hva som utgjør det beste tilbudet i konkurransen. Hva som utgjør det beste tilbudet i konkurransen, er ikke mulig å fastslå, uten at kvalitet relaterer seg til et kostnadselement. Kvalitet og pris har en iboende relasjon og vekselvirkning. Dersom kvaliteten på tilbudet er svært høy, vil ikke dette nødvendigvis være det beste tilbudet, dersom et annet tilbud scorer bagatellmessig lavere på kvalitet, men er vesentlig billigere. Som forenklingsutvalget la til grunn, var det ikke tiltenkt at reguleringen av tildelingskriterier over-, og under terskelverdi, skulle skille seg vesentlig fra hverandre. Hensikten var å videreføre gjeldende rett, altså at tildeling skulle skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige.

(41) Forskriften § 8-11 videreførte ikke formuleringen «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet». Dette betyr imidlertid ikke at det økonomiske aspektet ikke er relevant i tildelingsevalueringen. Oppdragsgivere kan velge å utelukkende fastslå kvalitet som eneste tildelingskriterium, men i så fall må det økonomiske aspektet komme inn på annet vis i anskaffelsen.

- (44) Basert på det siterte ovenfor, mener denne klagenemnda i likhet med den siterte nemnda, at det ikke kan innfortolkes et like strengt krav for anskaffelser etter § 8-11, som for anskaffelser etter § 18-1 (7). Dermed kan det økonomiske aspektet også ivaretas på andre måter for anskaffelser etter forskriften del II, enn gjennom en på forhånd fastsatt fast pris eller kostnad som kreves etter § 18-1 (7).
- (45) I denne saken er det oppstilt to tildelingskriterier – «*Kvalitet*», vektet 60 prosent, og «*Miljø*», vektet 40 prosent. Det avgjørende er derfor om det økonomiske aspektet er kommet inn på annet vis i anskaffelsen.
- (46) Det var presisert flere steder i konkurransegrunnlaget at innklagedes budsjett i utgangspunktet var 53 millioner kroner ekskl. mva., og med en eventuell tilleggsfinansiering 57 millioner kroner ekskl. mva., som også ble også angitt som anskaffelsens maksimale pris. Videre var det inntatt en målpris på 50 millioner kroner. Det var angitt at denne var fast, og at den ikke kunne endres i løpet av prosjektperioden. I kontrakten var det videre gitt innklagede mulighet til å ta fase tre ut av kontrakten og lyse den ut på nytt som en separat anskaffelse dersom totalprisen lå an til å overstige målprisen. I tillegg ville leverandøren få en bonus dersom den endelige prosjektkostnaden var lavere enn målprisen. Dette gav dermed et insentiv til å redusere kostnadene. I tillegg var det fastsatt øvre rammer for både fase 1 og 2 i prosjektet.

- (47) Basert på det ovennevnte var derfor det økonomiske aspektet ivaretatt i denne anskaffelsen. Innklagede har dermed ikke brutt regelverket ved ikke å oppstille pris som tildelingskriterium. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (48) Slik klagenemnda forstår klager, har klager også anført at tildelingskriteriene mangler tilknytning til leveransen fordi leverandørene ikke får konkurrere på pris, og at det som skal vurderes under tildelingskriteriene – effektiviteten i samspillsfasen og det tilbudte personellens erfaring – ikke sikrer at kontrakten tildeles leverandøren som kan bygge det beste eller det billigste anlegget. Til dette bemerker klagenemnda at innklagede i denne konkurransen har satt en makspris, og gjennomfører en samspillsentreprise for å avgjøre hva markedet kan levere innenfor budsjett og makspris. Dersom innklagede ønsket å bygge det billigste anlegget som var mulig, kunne innklagede gjennomført en ren priskonkurranse. I denne konkurransen har imidlertid innklagede synliggjort en betalingsvillighet opp til makspris, og det avgjørende for hvilket tilbud innklagede anser som best er kvaliteten som tilbys. En oppdragsgiver står også fritt til å velge hvilke forhold som er viktige og ivaretas gjennom tildelingskriteriene, slik at hva som er det beste tilbudet vil variere fra anskaffelse til anskaffelse og fra oppdragsgiver til oppdragsgiver. Klagers anførsel fører ikke frem.

Krav til ytelsen/teknisk spesifikasjon

- (49) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig konkurransebegrensende krav.
- (50) Det følger av forskriften § 8-5 (1) at kravspesifikasjonen skal angi «*kravene som stilles til egenskapene til [...] bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiveren skal anskaffe*». Videre følger det av § 8-5 (3) at det ikke kan vises til bestemte «*fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer, eller en bestemt opprinnelse eller produksjon*» som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. Bestemmelsens tredje ledd har lik ordlyd som den tilsvarende bestemmelsen i § 15-1 (4), som gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdien. Klagenemnda finner det derfor relevant å se hen til kilder som knytter seg til denne bestemmelsen. EU-domstolen har i sak C-424/23 *DYKA*, avsnitt 57, som gjelder direktivbestemmelsen som er implementert gjennom § 15-1 (4), uttalt at et krav om å benytte et bestemt materiale, er å anse som en «*type*» eller en «*bestemt produksjon*» som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes.
- (51) Slik spesifikke henvisninger er likevel tillatt etter § 8-5 (3) dersom det enten er «*nødvendig utfra anskaffelsens formål*», jf. bokstav a, eller om det «*ikke er mulig for oppdragsgiveren å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig på en annen måte*», jf. bokstav b. Dersom unntaket i bokstav b benyttes, skal henvisningen følges av uttrykket «*eller tilsvarende*». Se også C-424/23 *DYKA*, avsnitt 61. Når dette er unntak fra en hovedregel, må det være innklagede som sannsynliggjør at unntaksbestemmelsen er oppfylt.
- (52) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at anlegget skulle etableres gjennom tre deler som skulle flyte uavhengig av hverandre. Flyter 1 skulle inneholde hovedbygg og tilhørende uteområde på langsiden av bygget, flyter 2 skulle inneholde hovedbassenget med tilhørende gangveier på lang- og kortsidene samt bassengtrekk, og flyter 3 skulle inneholde bygg med rom, toaletter og badstue og barnebasseng.

- (53) I dokumentet kalt «*Arbeidsdokument for samspillsdelen*» var det blant annet inntatt krav til «*Bassenganleggets konstruksjonsmessige materialkvalitet og oppbygning*», se sakens bakgrunn avsnitt 8. Her fremgikk det blant annet:

«Flyterne må være laget av armert betong – I henhold til NS-EN 1992-1-1:2004+A1:2014+NA:2018 Eurokode 2: Prosjektering av betongkonstruksjoner – Del 1-1: Allmenne regler og regler for bygninger, eller tilsvarende».

- (54) Det er klart at det er stilt krav om at alle tre flyterne skal bygges i materialet armert betong, og dermed også krav til bruk av en gitt «*type*» eller «*bestemt produksjon*». Den angitte standarden viser hvilken kvalitet den armerte betongen må være i. Henvisningen til armert betong er så etterfulgt av «*eller tilsvarende*», som i utgangspunktet åpner for å tilby et annet materiale, men av tilsvarende kvalitet som armert betong etter den nevnte standarden.
- (55) Videre fremgikk det av kravspesifikasjonen, se sakens bakgrunn avsnitt 7, at det i tidlig fase av prosjektet skulle «*vurderes om flyteren som utgjør hovedbassenget, flyter 2, skal bygges i et annet materiale*» enn det som er angitt over. Før tilbudsfristen besvarte innklagede et spørsmål om når alternativt materiale for flyter 2 var aktuelt, og oppga at dette var dersom leverandøren foreslo et alternativ som «*åpenbart er bedre*» enn det som var lagt til grunn i arbeidsdokumentet, og hvor «*summen av økonomiske, tekniske og estetiske fordeler være av vesentlig betydning*», se sakens bakgrunn avsnitt 10.
- (56) Gjennom sitt svar på spørsmål før tilbudsfristen, har derfor innklagede satt terskelen for når et alternativt materiale kan benyttes for flyter 2, høyere enn «*eller tilsvarende*». Når materialkravet ikke kan oppfylles ved bruk av tilsvarende materialer, får ikke unntaket i § 8-5 (3) bokstav b anvendelse.
- (57) Slik saken er opplyst, kan klagenemnda heller ikke se at innklagede har sannsynliggjort at unntaket i bokstav a, om at det var «*nødvendig utfra anskaffelsens formål*» å stille strengere krav til alternative materialer for flyter 2 enn for armert betong, får anvendelse. Det er verken i anskaffelsesdokumentene, eller overfor klagenemnda, fremlagt en vurdering eller begrunnelse som viser hvorfor unntaket var oppfylt. Som nevnt er det innklagede som har bevisbyrden for dette.
- (58) Innklagede har dermed oppstilt et ulovlig konkurransebegrensende krav ved at det er stilt krav om at flyter 2 skal bygges i materialet armert betong, uten at det er etterfulgt av «*eller tilsvarende*». Klagers anførsel fører frem.
- (59) Klagenemnda tar så stilling til om bruddet medfører at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (60) Avlysningsplikt foreligger der det er begått en feil, og denne feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen. I tillegg må det være en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltakelsen, se blant annet Underretten (General Court) sin dom i sak T-345/03, premiss 147 og klagenemndas avgjørelse i sak 2023/346, avsnitt 31. En teoretisk mulighet for at feilen har virket inn, er ikke tilstrekkelig for å konstatere avlysningsplikt, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2023/460, avsnitt 31

- (61) Som det fremgår ovenfor, har oppdragsgiver stilt et ulovlig konkurransebegrensende krav. Klagenemnda kan ikke se at denne feilen kunne ha vært rettet på annen måte enn ved avlysning og ny kunngjøring. Det ligger i feilens natur – at det ble satt ulovlige begrensninger for adgangen til å tilby alternative materialer – at det er en nærliggende mulighet for at den kan ha påvirket deltakerinteressen. Oppdragsgiver hadde dermed avlysningsplikt, hvoretter klagers anførsel fører frem.
- (62) På denne bakgrunn tar klagenemnda ikke stilling til klagers øvrige anførsler.
- (63) Da bruddet «*kan*» ha påvirket resultatet av konkurransen, tilbakebetales klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Sandnes Havn KF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å oppstille et ulovlig konkurransebegrensende krav til ytelsen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur