



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avlysning/totalforkastelse. De generelle kravene i § 4. Evaluerings- eller prismodell. Tilbudsevaluering.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av nytt omsorgsbygg/institusjonsplasser ved Kloppedalen Bo- og omsorgssenter. Klager anførte at det var gjort ulovlige endringer av tildelingskriteriet «Design», at det var gjort en ulovlig endring av evalueringsmodellen etter tilbudsåpning, og at forhandlingene var gjennomført i strid med regelverket. Subsidiært anførte klager at evalueringen var gjort i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å endre vekten på underkriteriene underveis i konkurransen og ved å gi klager uriktige opplysninger om vektningen av underkriteriene. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.*

### Klagenemndas avgjørelse 30. april 2026 i sak 2025/1720

**Klager:** Backe Stor-Oslo AS

**Innklaget:** Asker kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Hallgrim Fagervold, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus

### Bakgrunn:

- (1) Asker kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. januar 2025 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av en totalentreprise for Kloppedalen Bo- og omsorgssenter. Anskaffelsens verdi var estimert til 500 000 000 kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 3. april 2025.
- (2) Av konkurransegrunnlagets punkt 2.2, fremgikk det at innklagede planla å invitere fem til seks leverandører til å gi tilbud, under forutsetning av at det var et tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører som deltok. Dersom flere enn seks kvalifiserte leverandører leverte forespørsel om deltagelse i konkurransen, ville innklagede velge ut fem til seks blant disse leverandørene på grunnlag av utvelgelseskriteriene i konkurransegrunnlagets punkt 6. Disse kriteriene var «Erfaring for TE fra oppdrag av tilsvarende type, størrelse og kompleksitet» vektet 30 prosent, «Best kompetanse leverandør (Totalentreprenør)» vektet 30 prosent og «Best erfaring, CV, attester og prosjektreferanser for: PL, PGL, ARK, LARK» vektet 40 prosent (ti prosent for hvert fag).
- (3) Innklagede ville innkalle tre til fem av leverandørene som innga tilbud, til forhandlinger. Utvelgelsen av hvem som skulle innkalles til forhandlinger, skulle baseres på en første evaluering av tilbudene opp mot de oppgitte tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Det var opplyst at tilbud som inneholdt vesentlige avvik fra konkurransedokumentene, skulle avvises etter forskrift om offentlige anskaffelser § 24-8 (1) bokstav b), og dermed ville bli utelukket fra forhandlinger om tilbudet.

**Postadresse:**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

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

- (4) Tildelingskriteriene var «Pris» vektet 40 prosent, og «Design» vektet 60 prosent. For evalueringen av tildelingskriteriet «Design» var det blant annet angitt at:

«Det vil bli gitt poeng på en skala fra 0 til 100, der 100 er best. Det tilbud som vurderes som best oppnår den høyeste poengsummen. De øvrige tilbud får poeng ut i fra et skjønn som er basert på hvordan det enkelte tilbud fremstår i forhold til det beste tilbudet.»

- (5) Det var også gitt en tabell som viste evalueringskriterier:

<i>Evalueringskriterier - Designkonkurranse</i>		
<i>Arkitektonisk uttrykk/ konsept/ volumoppbygging, samt organisering i forhold til adkomst og omgivelsene</i>	<i>Bygningenes indre organisering og funksjonalitet</i>	<i>Gjennomførbarhet og prosjektøkonomi</i>
<i>Adkomst, parkering og foaje</i>	<i>Universell utforming iht Husbandens veileder.</i>	<i>Arealprogram i forhold til oppgitt ramme</i>
<i>Uteområde og forhold til eksisterende terreng</i>	<i>Logistikk, smittevern og drift</i>	<i>Energi og miljø</i>
<i>Forhold til utsikt og sol</i>	<i>Kontorer og fellesarealer</i>	<i>Fase- / gjennomføringsplan.</i>
<i>Masseoppbygging, skala og fasader</i>	<i>Adgangskontroll/soner</i>	<i>Innovative løsninger for bemanningseffektivitet.</i>
<i>Romlige kvaliteter</i>	<i>Støtte- og driftsareal, blant annet varelevering, søppelhåndtering, renholdssentral og renovasjon.</i>	
<i>Materialkvaliteter</i>	<i>Sambruk og flerbruk (fleksibilitet)</i>	
<i>Arealeffektivitet</i>	<i>Ulik bruk over tid (generalitet)</i>	
	<i>Tekniske rom og plassering</i>	

- (6) Det var syv leverandører som leverte søknad i prekvalifiseringen. Følgende seks leverandører ble ansett kvalifisert og invitert til å inngi tilbud: Backe Stor-Oslo AS (heretter *klager*), HENT AS, NCC Norge AS, Skanska Norge AS, Solid Entreprenør AS og Veidekke AS. Samtlige leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristen. Basert på en evaluering av tildelingskriteriene, ble klager, HENT AS og Solid Entreprenør AS valgt ut til å delta i videre forhandlinger.

- (7) I forhandlingsfasen sendte klager spørsmål relatert til det som kom fram under forhandlingene, herunder hva som gjaldt for vekting av underkriteriene for tildelingskriteriet «Design» og tilhørende vekting av evalueringskriteriene knyttet til disse. Klager utarbeidet en oversikt hvor den oppfattede vektingsprosenten var inntatt ved kriteriene, og ba innklagede om bekreftelse på at dette var riktig forstått:

«OK,

*Vi jobber for fullt med å innarbeide ønskene/behovene vi oppfattet i møtet, så det er viktig for oss å sikre felles forståelse av hva som ble snakket om.*

*Vi brukte noen dager på å løse ny avfallsløsning i forrige uke, men nå må vi reversere dette, så det er viktig at vi unngår flere slike situasjoner.*

*I møtet stilte vi spørsmål om hvordan poengene under konsept skulle fordeles, og fikk følgende svar. Fint om dere tar dette inn i referatet, så vi er sikker på at vi har forstått dette riktig.»*

Evalueringskriterier - Designkonkurranse		
Arkitektonisk uttrykk/ konsept/ volumoppbygging, samt organisering i forhold til adkomst og omgivelsene  33 %	Bygningenes indre organisering og funksjonalitet  33 %	Gjennomførbarhet og prosjektøkonomi  33 %
Adkomst, parkering og foaje  14,2 %	Universell utforming iht Husbandens veileder.  12,5 %	Arealprogram i forhold til oppgitt ramme  25 %
Uteområde og forhold til eksisterende terreng  14,2 %	Logistikk, smittevern og drift  12,5 %	Energi og miljø  25 %
Forhold til utsikt og sol  14,2 %	Kontorer og fellesarealer  12,5 %	Fase- / gjennomføringsplan.  25 %
Masseoppbygging, skala og fasader  14,2 %	Adgangskontroll/soner  12,5 %	Innovative løsninger for bemanningseffektivitet.  25 %
Romlige kvaliteter  14,2 %	Støtte- og driftsareal, blant annet varelevering, søppelhåndtering,	

	<i>renholdssentral og renovasjon.</i>	
		<i>12,5 %</i>
<i>Materialkvaliteter</i>	<i>Sambruk og flerbruk (fleksibilitet)</i>	
<i>14,2 %</i>		<i>12,5 %</i>
<i>Arealeffektivitet</i>	<i>Ulik bruk over tid (generalitet)</i>	
<i>14,2 %</i>		<i>12,5 %</i>
	<i>Tekniske rom og plassering</i>	
		<i>12,5 %</i>

- (8) Klager sendte den 26. mai 2025 en ytterligere e-post med henvisning til tabelloversikten ovenfor:

«Hei,

*Ref. utsendt oppsummering av møtet så står det ikke noe om vår dialog knyttet til intern vektning av de ulike punktene innenfor designkriteriet.*

*Ber om en bekreftelse på at vår forståelse er korrekt gjengitt i tabellen [...]*»

- (9) Innklagede bekreftet i e-post den 27. mai 2025 at klagers forståelse var riktig:

«Hei. Jeg bekrefter.»

- (10) Av meddelelsesbrevet den 4. juli 2025 fremgikk det hvordan innklagede hadde evaluert tilbudene. Ved utvelgelsen av hvilke leverandører som gikk videre til forhandling, fremgikk det av meddelelsesbrevet at underkriteriene var gitt en vektingsprosent, i tillegg til at underkriteriet «Arkitektonisk uttrykk/ konsept/ volumoppbygging, samt organisering i forhold til adkomst og omgivelsene» hadde fått navnet «Arkitektonisk helhet og konsept». «Arkitektonisk helhet og konsept» var vektet med 40 prosent, «Bygningenes indre organisering og funksjonalitet» var vektet med 40 prosent, og «Gjennomførbarhet og prosjektøkonomi» var vektet med 20 prosent. Det var også angitt prosentvis vektning for hvert kriterium under disse igjen. Poengfordelingen mellom tilbudene og vektning av evalueringskriteriene var gjengitt i følgende tabell hvor klager er «01 Kloppeløkka», Hent AS «02 Kloppedalen Bos» og Solid Entreprenør AS «05 Oasen»:

	<i>Vektning i %</i>	<i>01 KLOPPELØKKA</i>	<i>02 KLOPPEDALEN BOS</i>	<i>03 KLOPPELY</i>	<i>04 HEGGELUNDEN</i>	<i>05 OASEN</i>	<i>06 ET HJEM MED MED OMSORG</i>
<i>1. Arkitektonisk helhet og konsept</i>	<i>40</i>						

Masseoppbygging, skala, fasader, disponering på tomt.	50	2	9	8	2	6	2
Uteområder og forhold til eksisterende terreng & Romlige kvaliteter	20	2	8	6	3	5	2
Forhold til utsikt og sol (inne og ute)	10	2	10	9	3	6	2
Adkomst og parkering	10	1	9	3	4	3	1
Romlige kvaliteter (ute)	10	2	10	7	3	4	2
<b>Sum score</b>		<b>1,90</b>	<b>9,00</b>	<b>7,10</b>	<b>2,60</b>	<b>5,30</b>	<b>1,90</b>
<b>2. Bygningens indre organisering og funksjonalitet</b>	<b>40</b>						
Overordnet funksjonsfordeling (inkl. robusthet i løsningen)	20	3	9	2	4	8	7
Logistikk, drift og organisering	30	2	3	2	3	8	3
Utforming av bogrunder med fellesareal og støtteareal	40	8	3	3	6	7	2
Kravføringer i henhold til Husbankens veileder	10	10	8	10	10	10	10
<b>Sum score</b>		<b>5,40</b>	<b>4,70</b>	<b>3,20</b>	<b>5,10</b>	<b>7,80</b>	<b>4,10</b>
<b>3. Gjennomførbarhet og prosjektøkonomi</b>	<b>20</b>						
Arealprogram i forhold til oppgitt ramme	35	10	10	7	10	10	5
Energi og miljø	45	9	9	3	9	9	9
Fase-/gjennomføringsplan	20	9	9	9	9	10	9
<b>Sum score</b>		<b>9,35</b>	<b>9,35</b>	<b>5,60</b>	<b>9,35</b>	<b>9,55</b>	<b>7,60</b>
<b>Totalscore</b>		<b>4,79</b>	<b>7,35</b>	<b>5,24</b>	<b>4,95</b>	<b>7,15</b>	<b>3,92</b>

(11) Ved vurderingen av de bearbejdede tilbudene fremgikk følgende oversikt:

	Vekting i %	01 KLOPPELØKKA – del 1	01 KLOPPELØKKA – del 2	02 KLOPPEDALEN BOS – del 1	02 KLOPPEDALEN BOS – del 2	05 OASEN – del 1	05 OASEN – del 2
<b>1. Arkitektonisk helhet og konsept</b>	<b>33,3</b>						
Masseoppbygging, skala, fasader, disponering på tomt.	25	2	4	9	9	6	8
Uteområder og forhold til eksisterende terreng & Romlige kvaliteter	25	2	5	8	9	5	6
Forhold til utsikt og sol (inne og ute)	25	2	4	10	10	6	7
Adkomst og parkering	25	1	4	9	8	3	6
Romlige kvaliteter (ute)	0	2		10		4	
<b>Sum score</b>		1,75	4,25	9,00	9,00	5,00	6,75
<b>2. Bygningens indre organisering og funksjonalitet</b>	<b>33,3</b>						
Overordnet funksjonsfordeling (inkl. robusthet i løsningen)	25	3	5	9	10	8	7
Logistikk, drift og organisering	25	2	9	3	3	8	5
Utforming av bogrunder med fellesareal og støtteareal	25	8	5	3	8	7	8
Kravføringer i henhold til Husbankens veileder	25	10	10	8	9	10	10
<b>Sum score</b>		5,75	7,25	5,75	7,50	8,20	7,50
<b>3. Gjennomførbarhet og prosjektøkonomi</b>	<b>33,3</b>						
Arealprogram i forhold til oppgitt ramme	33	10	10	10	10	10	10
Energi og miljø	33	9	8	9	10	9	7
Fase-/gjennomføringsplan	33	9	6	9	9	10	8
<b>Sum score</b>		9,24	8,00	9,24	9,67	9,57	8,33

<i>Totalscore</i>		5,57	6,50	7,99	8,71	7,60	7,52

- (12) Leverandørene ble informert om at HENT AS ble tildelt kontrakt, med en samlet poengsum på 8,51 poeng. Solid Entreprenør AS fikk 8,05 poeng og var rangert som nummer to, mens klager fikk 7,90 poeng og var rangert som nummer tre.
- (13) Innklagede mottok flere klager på tildelingen fra deltagende leverandører. Av nytt meddelelsesbrev datert 16. september 2025 fremgikk det at HENT AS var avvist fra konkurransen og tildelingen av kontrakt omgjort. Leverandørene ble informerte om at kontrakt dermed ville tildeles Solid Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*). Poengsummene fra tildelingen den 4. juli 2025 var uendret, og klager var dermed rangert som nummer to. Nederst under evalueringsmatrisen for tilbudet var det skrevet at:
- «Scoring: Beste løsning for hvert kriterie er gitt score 10 og dårligste gitt score 1. Det er brukt hele skalaen fra 1 til 10 for alle kriteriene. Score 1 vil ikke nødvendigvis si at det er en dårlig løsning. «Romlige kvaliteter» er lagt under pkt «Uteområder og forhold til eksisterende terreng».»*
- (14) Klager purret etter svar på sin klage fremsatt i brev av 26. august 2025, og sendte flere supplerende klager. Innklagede tok ikke klagen til følge.
- (15) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 21. november 2025. Klagebehandling startet 4. desember 2025, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (heretter *klagenemndsforordningen*) § 13 siste punktum.
- (16) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 6. oktober 2025.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. april 2026.

#### **Anførsler:**

#### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (18) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket. Det foreligger feil ved konkurransegjennomføringen som kan ha påvirket deltagelsen og/eller utfallet av konkurransen, slik at det forelå plikt til å avlyse konkurransen. For det første, er både innholdet i og vektingen av underkriteriene til tildelingskriteriet «*Design*» endret underveis i prosessen, herunder etter tilbudsåpningen. Dette strider mot anskaffelsesloven § 4 og prinsippene om forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Vektingen er justert flere ganger i løpet av konkurransen ved at klager først fikk opplyst én vekting, deretter ble denne skriftlig bekreftet før den meddelelsesbrevet viste to andre vektinger og sammensetninger av kriteriene. Endringene kan ikke forklares som rene struktureringer eller sammenslåinger av vurderingstemaer gjennom språklige justeringer. Utskiftning og strukturering av kriteriene ville ha påvirket poengsummene, noe de ikke har ut ifra innklagedes forklaring. Klager disponerte sine ressurser basert på opplysningene som ble gitt i forhandlingsmøtet. De senere endringene som ble gjort ved evalueringen, har gitt innklagede mulighet til å styre utfallet av konkurransen etter hvilket tilbud innklagede

ønsket å tildele kontrakt til. Selv små forskyvninger i kriterier og vektning kan ha hatt avgjørende betydning for hvilke leverandører som ble invitert videre til forhandlinger.

- (19) For det andre, evalueringsmodellen som fulgte av konkurransegrunnlaget endret etter tilbudsåpning. Den relative modellen på 0-100 som var beskrevet i konkurransegrunnlaget, ble erstattet av en skala på 0-10 uten forhåndsvarsling. Det er også evaluert etter en absolutt modell der beste tilbud ikke nødvendigvis gir toppscore og poengsettingen ikke er satt i forhold til det beste tilbudet. Heles skalaen skulle benyttes, noe som ikke er gjort. Modellen mangler også definerte terskler for poenggivning, og tilbyderne vet følgelig ikke hva som kreves for å oppnå høy score, slik at juryen kan tildele poeng uten målbare holdepunkter. Marginene i poenguttelling mellom tilbudene er også svært små, noe som forsterker betydningen av at evalueringsmodellen ikke er fulgt. Evalueringsmodellen er dermed endret og anvendt inkonsekvent etter tilbudsåpning, i strid med LOA § 4 og kravet til forutberegnelighet.
- (20) For det tredje, er forhandlingene gjennomført i strid med forskriften § 23-10 og anskaffelsesloven § 4 ved at det er gitt uriktige og misvisende opplysninger om evalueringen, manglende reelle forhandlinger og ved at utvelgelsen av tilbydere til forhandlinger ikke har skjedd i samsvar med konkurransegrunnlaget. Vekten som klager fikk bekreftet at skulle brukes ved evalueringen var avgjørende for hvilke endringer klager valgte å prioritere i forbindelse med endelig tilbudsinngivelse. Innklagede har unnlatt å påpeke forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tilbudsevalueringen selv om det var svært tett mellom tilbyderne, slik de har en skjerpet plikt til å gjøre. Dette er et brudd på det grunnleggende kravet til reell konkurranse og forholdsmessighet. HENT AS skulle heller ikke vært invitert til forhandlinger ettersom tilbudet deres skulle vært avvist dersom det opprinnelige tilbudet også inneholdt et vesentlig avvik. Dermed skulle en annen leverandør vært invitert til forhandlinger i stedet.
- (21) Subsidiært anføres det at evalueringen er gjort i strid med anskaffelsesloven § 4. En korrekt evaluering ville medført at klager skulle vært rangert som nummer en og tildelt kontrakten. Innklagede har ikke benyttet sin egen oppgitte modell for poenggivning ved tildelingskriteriet «*Design*», og har ikke forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget ettersom tilsynelatende flere evalueringskriterier ikke er hensyntatt i evalueringen. Innklagede har heller ikke forholdt seg til den vektingen av evalueringskriteriene som de opplyste om at ville bli benyttet ved evalueringen av tilbudene. Evalueringen av tilbudet til klager er basert på feil faktum, og evalueringen som er gjort, er vilkårlig og i strid med kravet til likebehandling. Det er gitt uriktige poengtrekk under evalueringen av «*Fase-/gjennomføringsplan*» ved at HENT AS fikk i utgangspunktet ni poeng selv om deres tilbudte løsning kom i konflikt med vannledningene på bakkeplan. Klagers løsning innebærer ikke at bygningen er plassert over infrastruktur i bakken, men ble i motsetning til HENT AS ikke avvist, kun trukket i poeng. Dette viser at evalueringen er vilkårlig. Det foreligger ikke noe grunnlag for at klagers tilbud skal trekkes i poeng. Hva angår kriteriet «*Adkomst og parkering*», er klagers tilbud vurdert til å ha en for lav fri høyde på 4,5 meter. Dette er feil ettersom den frie høyden er på 5,1 meter. Dersom klager hadde fått lik uttelling for under-underkriteriet «*Adkomst og parkering*», ville klager ha vunnet over valgte leverandør med stor margin.
- (22) I alle tilfeller har klager rettslig klageinteresse. Det foreligger et reelt behov for å få prøvd anførselene. Anførselen om at klager skulle vært tildelt kontrakten bygger på selvstendige anførsler om brudd på likebehandlingsprinsippet ved poengsettingen. En manglende

avlysning og/eller feilaktig tildeling i dette tilfellet vil dermed få betydning for klagers erstatningsposisjon. Videre foreligger det saklig klageinteresse ettersom det ble gitt feil og misvisende informasjon om hvordan tildelingskriteriet «*Design*» ville bli anvendt og vektet. Dette innebærer et brudd på forutberegnelighetsprinsippet. At utfallet ville blitt det samme uansett, er irrelevant ettersom det avgjørende er om feilen *kan* ha hatt betydning for konkurransen. Endringer i tildelingskriterienes innhold, og vekting underveis i konkurransen, er egnet til å påvirke konkurransen, og feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning. Når det gjelder feil som er gjort i forbindelse med forhandlingene, kan disse ha hatt betydning både for utvelgelsen av leverandører til forhandlinger, utformingen av de endelige tilbudene og dermed også den endelige rangeringen. Feilene kunne ikke vært rettet på annen måte enn ved avlysning av konkurransen. En avlysning kunne ha gitt mulighet til å delta i en ny konkurranse og dermed hatt betydning for klagers rettsstilling.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (23) Klager mangler saklig klageinteresse i flere av anførselene som er fremsatt. Klager har ikke saklig interesse i få behandlet anførselene knyttet til endringer av tildelingskriteriet «*Design*», at klager er gitt mer informasjon enn konkurrentene om nedbrytingen av designkriteriet og at Hent AS ikke skulle vært invitert til forhandlingene. Dette er forhold som ikke har påvirket eller har styrket klagers konkurranseposisjon. Klager kan ikke nå frem med påstanden om at konkurransen skal avlyses ettersom kontrakt allerede er inngått. En avlysningsplikt forutsetter at det er begått feil som kan ha virket inn på deltakerinteressen eller utfallet av konkurransen, og som ikke kan korrigeres på annen måte enn ved avlysning av konkurransen. Det er ingen nærliggende faktisk mulighet for at klager kunne ha vunnet konkurransen, og det er heller ingen feil som kunne ha virket inn på deltakerinteressen. Konkurransen ble gjennomført med en prekvalifiseringsfase, og de påståtte feilene knytter seg til tidsrommet etter at leverandørene var kvalifiserte og invitert til konkurransen. Det er dermed ingen nærliggende faktisk mulighet for at andre eller flere leverandører ville ha deltatt i konkurransen dersom feilene tenkes bort.
- (24) Innklagede har ikke brutt regelverket gjennom strukturering av vurderingsmomenter på tredje nivå under tildelingskriteriet «*Design*». Verken tildelingskriteriene eller deres vekt er endret i konkurransen. En konkretisering av tildelingskriteriene kan gjøres etter tilbudsåpning. Innklagede har benyttet seg av det handlingsrommet EU-domstolen har konstatert i C-6/15 til å strukturere evalueringen. De justerte betegnelsene er kun struktureringer og språklige justeringer, herunder at vurderingstemaer som er knyttet til hverandre, behandles sammen. Det er de samme vurderingstemaene som er bedømt, selv om det er gjort språklige justeringer. Den struktureringen som er gjort, er saklig, basert på innklagedes behov og innenfor hva klager måtte regne med. Struktureringen har ikke endret designkriteriet, og har heller ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen ettersom valgte leverandør har det beste tilbudet uansett hvordan designkriteriet struktureres. Valgte leverandør ville vunnet med enda større margin dersom den opprinnelig opplyste struktureringen var blitt brukt. Dermed foreligger det ikke brudd på forutberegnelighetsprinsippet eller andre krav i anskaffelsesregelverket.
- (25) Poengene som er gitt, samsvarer med den evalueringsmetoden som ble kommunisert i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget sier at det beste tilbudet skal få den høyeste poengsummen. Det er ikke presisert at det beste tilbudet skal få maksimal poengsum i evalueringen. Hva som utgjorde den høyeste poengsummen, var ikke forhåndsbestemt, men avhenger av hvor godt det beste tilbudet var. Det er heller ikke

beskrevet eller brukt en relativ metode ved poengsettingen, noe som innebærer at poengene som ble gitt til klager og valgte leverandør, ble beholdt uendret i den omgjorte tildelingen. Tilbudene vurderes opp mot en absolutt standard slik at avvisningen av HENT AS ikke påvirket bedømmelsen av de øvrige tilbudene.

- (26) Det er ingen rettslige mangler ved gjennomføringen av forhandlingene. Innklagede har ikke brutt regelverket ved å gi klager mer informasjon om hvordan tildelingskriteriet «*Design*» ville vektes. Informasjonen som klager fikk, kan kun ha styrket klagers konkurranseposisjon. Valgte leverandør leverte likevel et bedre tilbud enn klager uten å ha fått denne informasjonen. Dersom HENT AS ikke skulle vært invitert til å delta i konkurransen, ville det ha medført at leverandøren innstilt som nummer fire skulle vært invitert. Klager ville uansett ha blitt nummer to eller nummer tre ettersom valgte leverandør uansett ville hatt høyere poengsum enn klager. Klager og de to andre leverandørene har videre fått konkrete tilbakemeldinger på mulige forbedringspunkter i tilbudene. Disse tilbakemeldingene gis på grunnlag av informasjon som innklagede hadde på forhandlingstidspunktet. Leverandørene kan arbeide videre med informasjonen de får slik at tilbudet revideres. Det er følgelig naturlig at konkurransesituasjonen kan endre seg i den endelige evalueringen. Endringene som klager valgte å gjøre etter tilbakemeldingene og forhandlingene, er ikke noe som kunne vært forutsett eller kommentert på fra innklagede på forhånd. Utgangspunktet som klager viser til om at det er en plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene, er ikke opplagt, men får ikke betydning her ettersom det er ført reelle forhandlinger med leverandørene.
- (27) De grunnleggende prinsippene er overholdt i evalueringen og det foreligger ingen rettslige feil. Struktureringen av evalueringen er lovlig. Klagers tilbud er videre bedømt på grunnlag av et korrekt faktum. Klagers plassering av bygningskroppen over kommunale ledninger medførte kun poengtrekk og ikke avvisning ettersom bygget ikke kom i konflikt med ledningene på bakkeplan, slik derimot HENT AS sitt tilbud gjorde. Løsningen til klager var likevel uønsket og ansett som en dårlig løsning, noe som medførte at klager fikk poengtrekk i vurderingen av «*Fase-/gjennomføringsplan*». Når det gjelder «*Adkomst og parkering*», så er klagers reduserte uttelling basert på svakheter ved adkomst, ved avfallshåndtering og ved varelevering, og løsningen er dårligere enn valgte leverandørs løsning. Heller ikke dette innebærer at vurderingen er basert på uriktige faktiske forutsetninger, og det er gjort en korrekt innkjøpsfaglig vurdering i samsvar med de grunnleggende prinsippene.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av totalentreprise for Kloppedalen Bo- og omsorgssenter som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 500 000 000 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.

#### *Saklig klageinteresse*

- (29) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om klagers anførsler knyttet til endring av tildelingskriteriet, misvisende informasjon i forhandlingene og avvisning av HENT AS må avvises fra behandling grunnet manglende saklig klageinteresse.

- (30) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 (2) første punktum at klage kan fremsettes av «*enhver som har saklig interesse*» i å få avgjort lovmessigheten av en gjennomført anskaffelse. Klagers interesse i å få avgjort anførselen, må være aktuell, og må avgjøres konkret for hver enkelt anførsel, basert på hvilken betydning en vurdering av disse vil kunne ha for klager, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/426, avsnitt 59.
- (31) Klagenemnda tar først stilling til om klager har saklig interesse i å få avgjort anførselen om at HENT AS skulle vært avvist før forhandlingene og at en annen leverandør skulle vært invitert.
- (32) HENT AS ble i den første tildelingen kåret til vinner av konkurransen og tildelt kontrakt. Klager var i opprinnelig tildelingsmelding rangert som nummer tre. HENT AS ble senere avvist. Tildelingen ble som følge av avvisningen omgjort. I den nye tildelingen ble valgte leverandør tildelt kontrakt, og klager ble rangert som nummer to. En eventuell avvisning av HENT AS på et tidligere tidspunkt, ville ikke i seg selv kunne endre rangeringen mellom klager og valgte leverandør. Dersom en annen leverandør hadde blitt invitert til forhandlingene, ville dette medført at klager ville bli rangert som nummer to eller tre. Som følge av dette, kan ikke klagenemnda se at klager har en aktuell interesse i å få prøvd denne anførselen. Anførselen om at innklagede brøt anskaffelsesregelverket ved å invitere HENT AS, og at andre leverandører skulle vært invitert til forhandlinger i stedet, avvises for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (33) Når det gjelder klagers anførsler om endring av tildelingskriteriet og misvisende informasjon i forhandlingene, mener innklagede at disse anførselene, dersom de fører frem, ikke har påvirket klagers konkurranseposisjon. Videre mener innklagede at klager ikke kan vinne frem med sin påstand om avlysningsplikt ettersom kontrakt allerede er inngått, og eventuelle feil uansett ikke kan ha påvirket deltagerinteressen eller utfallet av konkurransen.
- (34) Klagenemnda er enig i at konkurransen ikke kan avlyses slik at klager kan delta på nytt dersom det konstateres avlysningsplikt. Selv om kontrakt er inngått og konkurransen er avsluttet, knytter klagers anførsler seg til forhold som kunne hatt direkte betydning for konkurransens utfall, og som dermed kan gi grunnlag for å fremme eventuelle erstatningskrav, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/344, avsnitt 33 og 2019/426, avsnitt 61. Dersom det viser seg at konkurransen skulle vært avlyst, er det noe som åpenbart kunne påvirket konkurransens utfall. På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at klager har en reell og aktuell interesse i å få avgjort disse anførselene, jf. klagenemndsforordningen § 6.

#### *Endring av konkurransegrunnlag*

- (35) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig endring av tildelingskriteriet «*Design*».
- (36) I forordningen er oppdragsgivers adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget blant annet regulert i § 14-2 (1) og § 23-7 (3). Det følger av forordningen § 14-2 (1) at oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp kan foreta endringer av konkurransegrunnlaget «*som ikke er vesentlige*» og at slike endringer skal sendes til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget. Videre følger av forordningen § 23-7 (3) at eventuelle «*endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlingene*», umiddelbart skal «*sendes til alle de gjenværende leverandørene*».

- (37) EU-domstolen uttaler i sak C-298/15 (Borta), avsnitt 70 at oppdragsgiver «*ikke kan ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne*» som leverandørene har basert seg på ved avgjørelsen av om de skulle inngi tilbud.
- (38) Det følger av EU-domstolens sak C-6/15 *Dimarso* at en oppdragsgiver ikke er forpliktet til å opplyse om bedømmelsesmetoden som er benyttet ved vurderingen og klassifiseringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene og vektingen av disse. Dommen fastslår videre at «*et bedømmelsesudvalg skal råde over en vis frihed ved opfyldelsen af dets opgave, og det kan således uden at ændre de i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen fastsatte tildelingskriterier strukturere sit arbejde med at undersøge og analysere de afgivne tilbud*».
- (39) EU-domstolens sak i C-331/04 *ATI EAC* premiss 32 og C-532/06 *Lianakis* premiss 19 flg. legger imidlertid visse begrensninger i oppdragsgivers mulighet til å foreta vekting av underkriterier etter at konkurransen er kunngjort. For det første må vektingen ikke «*ændre[...] kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen*». For det andre kan den ikke «*indeholde[...] forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflytelse på denne forberedelse*». For det tredje kan ikke vektingen skje «*under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende*». Det er følgelig mulig å konkretisere innhold i tildelingskriteriene, så lenge disse vilkårene overholdes.
- (40) Klager har anført at innklagede ved gjennomføringen av anskaffelsen både har endret underkriterienes innhold og vekt. Klagenemnda skal først ta stilling til om tildelingskriteriets innhold er endret.
- (41) Tildelingskriteriet «*Design*» var delt inn i tre underkriterier. Under hvert underkriterium var det oppgitt flere evalueringskriterier. For underkriteriet «*Arkitektonisk uttrykk/ konsept/ volumoppbygging, samt organisering i forhold til adkomst og omgivelsene*» var det i konkurransegrunnlaget oppgitt syv evalueringskriterier. For underkriteriet «*Bygningenes indre organisering og funksjonalitet*» var det oppgitt åtte kriterier, og for underkriteriet «*Gjennomførbarhet og prosjektøkonomi*» var det oppgitt fire kriterier. Alle disse fremgår av sakens bakgrunn avsnitt 7. Innklagede har forklart at de i forkant av utvelgelsen av hvilke leverandører som skulle inviteres til forhandlingene, foretok en omstrukturering av evalueringskriteriene. Klagenemnda vil i det følgende gjennomgå disse kriteriene.
- (42) Klager har for det første vist til at selve underkriteriet «*Arkitektonisk uttrykk/ konsept/ volumoppbygging, samt organisering i forhold til adkomst og omgivelsene*» ble endret til «*Arkitektonisk helhet og konsept*». Utover den rent språklige endringen har klager ikke argumentert for at dette utgjør en materiell endring av kriteriet.
- (43) Under underkriteriet «*Bygningenes indre organisering og funksjonalitet*» er kriteriet «*Universell utforming iht Husbankens veileder*» slik konkurransegrunnlaget opprinnelig opplyste, endret til «*Kravføringer i henhold til Husbankens veileder*». Klager mener da at universell utforming ikke lenger er oppstilt som et selvstendig evalueringskriterium. Innklagede har forklart at det kun er gjort justering i form av en språklig endring og at universell utforming fremdeles er vurdert da dette er krav som står sentrale i Husbankens

veileder. At universell utforming er evaluert, fremgår blant annet av juryens begrunnelse som er lagt ved den opprinnelige meddelelsen om resultatet av konkurransen.

- (44) Evalueringskriteriet «*Logistikk, smittevern og drift*» er justert til «*Logistikk, drift og organisering*». Innklagede har forklart at smittevern er slått sammen med «*Utforming av bogrupper med fellesareal og støtterom*» siden smittevern er en naturlig del av denne vurderingen.
- (45) De opprinnelige kriteriene «*Kontorer og fellesarealer*», «*Adgangskontroll/soner*», «*Støtte- og driftsareal, blant annet varelevering, søppelhåndtering, renholdssentral og renovasjon*», «*Sambruk og flerbruk (fleksibilitet)*», «*Ulik bruk over tid (generalitet)*», «*Tekniske rom og plassering*» er etter omstruktureringen fjernet som selvstendige evalueringskriterier. Innklagede har forklart at disse kriteriene er slått sammen og evaluert under aktuelle kriterier for å bedømme nært relaterte temaer i sammenheng, og at kriteriene er samlet under «*Utforming av bogrupper med fellesareal og støtterom*» og «*Overordnet funksjonsfordeling*». Det fremgår av juryens begrunnelse at blant annet støtteareal, varelevering, avfallshåndtering, fellesareal, kontor, adgangskontroll og sambruk er evaluert.
- (46) Under underkriteriet «*Gjennomførbarhet og prosjektøkonomi*» er «*Innovative løsninger for bemanningseffektivitet*» fjernet. Det fremgår av juryens kommentarer og innspill til klagers opprinnelige tilbud at disse er vurdert i prosjektet under kriteriet «*Utforming av bogrupper med fellesareal og støtteareal*», som da inngår under underkriteriet «*Bygningenes indre organisering og funksjonalitet*». Innklagede har videre forklart overfor klagenemnda at dette er bedømt sammen med øvrige momenter og at det aldri var meningen å premiere løsninger bare fordi de var innovative. Poenget med kriteriet var hvordan innovasjon kunne bidra til kvalitativt gode løsninger, og kriteriet er hensyntatt i evalueringen.
- (47) Evalueringskriteriene slik de var angitt i konkurransegrunnlaget, viste hvilke vurderingstema som var relevant under hvert underkriterium. Slik saken er opplyst, fremstår det som innklagedes omstrukturering nettopp var en omstrukturering som tok sikte på å legge til rette for at relevant momenter ble sett i sammenheng. I de begrunnelser og tilbakemeldinger som er gitt, fremgår det at innklagede har tatt med alle evalueringsmomentene som opprinnelig var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan derfor ikke se at innholdet tildelingskriteriet «*Design*» er endret. Struktureringen som er gjort må anses for å ligge innenfor handlefriheten som oppdragsgiver er gitt, jf. det ovennevnte i sak C-6/15 *Dimarso*.
- (48) Klagers anførsel om at omstruktureringen av tildelingskriteriene medførte at tildelingskriteriene var ulovlig endret, fører ikke frem.
- (49) Klagenemnda skal videre ta stilling til om underkriterienes vekt er endret i strid med regelverket.
- (50) Konkurransegrunnlaget la opp til at tildelingskriteriet «*Design*» skulle vektes med 60 prosent. For de tre underkriteriene og tilhørende evalueringskravene var det i konkurransegrunnlaget ikke oppgitt vektning.
- (51) Av meddelelsesbrevet fremgikk det at innklagede hadde vektet tildelingskriteriets underkriterier og de tilknyttede evalueringskravene. Meddelelsesbrevet viste at ved

utvelgelsen av hvilke leverandører som skulle inviteres til forhandlingene var underkriteriene «*Arkitektonisk helhet og konsept*» og «*Bygningens indre organisering og funksjonalitet*» vektet med 40 prosent hver, mens «*Gjennomførbarhet og prosjektøkonomi*» var vektet med 20 prosent.

- (52) Klager har ikke anført at den første fastsettelsen av underkriterienes vekt, på henholdsvis 40, 40 og 20 prosent, i seg selv er i strid med regelverket. Klagenemndas behandling begrenses derfor til den etterfølgende endringen.
- (53) I forhandlingsrunden fikk klager bekreftet at underkriteriene ville vektes med 33,3 prosent hver, og at de øvrige evalueringskavene under disse slik de var angitt i konkurransegrunnlaget, ville vektes likt innbyrdes under underkriteriene. Omstruktureringen av evalueringskriteriene har ført til at evalueringskriteriene fikk en annen vekt enn den klager fikk bekreftet. Av de tre leverandørene som var invitert til forhandlingene, var det bare klager som hadde fått bekreftet vektingsprosentene. Ettersom bekreftelsen bare ble sendt til klager, kan ikke denne legges til grunn som en presisering av innholdet i konkurransegrunnlaget og hvilken vekt evalueringskriteriene skulle ha, se til sml. klagenemndas avgjørelse i sak 2023/729. Bekreftelsen sendt til klager utgjør dermed ingen endring av underkriterienes vekt.
- (54) Etter forhandlingen ble underkriteriene vektet likt med 33,3 prosent hver. Dette utgjør en endring fra den første vektingen på henholdsvis 40, 40 og 20 prosent. Denne endringen i vekt skjer på et tidspunkt hvor store deler av tilbudenes innhold er kjent og i etterkant av at innklagede har gjennomført forhandlinger. Klagenemnda vurderer at en endring av underkriterienes vekt på dette tidspunktet medfører en risiko for favorisering og diskriminering. En slik endring vil dermed være i strid med det grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (55) Klagenemnda er etter dette kommet til at underkriteriets vekt er endret i strid med regelverket.

#### *Gjennomføring av forhandlingene*

- (56) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å gi uriktige opplysninger under forhandlingene.
- (57) Det fremgår av forskriften § 23-10 (1) at oppdragsgiveren skal behandle leverandørene «*likt*» i forhandlingene. Videre kan ikke oppdragsgiveren på «*en diskriminerende måte*» gi opplysninger som kan gi noen av leverandørene en «*fordel fremfor andre*». At leverandørene skal behandles likt, er også et utslag av likebehandlingsprinsippet i loven § 4.
- (58) Som gjengitt ovenfor, var ikke vekten til underkriteriene og de tilhørende evalueringskriteriene opplyst i konkurransegrunnlaget. Videre ble bekreftelsen på vekten utelukkende sendt til klager. Klager har forklart at vekten på de ulike evalueringskriteriene var avgjørende for hvilke endringer klager valgte å prioritere i forbindelse med endelig tilbudsinngivelse.
- (59) Vekten av underkriteriene som klager fikk bekreftet, var den samme som underkriteriene ble gitt ved endelig tilbudsevaluering. Slik klagenemnda forstår klager, mener klager at innklagede har gitt uriktige opplysninger ettersom vektingen av evalueringskriteriene ikke stemte med bekreftelsen som klager fikk underveis i forhandlingene. Det er på det

rene at evalueringskriteriene ble gitt en annen vekt enn det klager fikk bekreftet. Innklagede mener klager er gitt en fordel ved å være den eneste leverandøren som visste vekten av underkriteriene. Klager på sin side mener de er gitt en ulempe ved at vekten av evalueringskriteriene viste seg å ikke stemme. Uavhengig av om opplysningene utgjør en fordel eller ulempe, vurderer nemnda at opplysningene om vekt av evalueringskriteriene er uriktige og at innklagede har brutt regelverket ved bare å gi opplysninger om vekt til klager jf. forskriften § 23-10 (1) og loven § 4. Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager uriktige opplysninger om vekten av underkriteriene og evalueringskriteriene i forhandlingene.

#### *Avlysning/totalforkastelse*

- (60) Klagenemnda skal så ta stilling til om bruddene medfører at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (61) 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.
- (62) Det er klart at feilene ikke kan ha påvirket deltakerinteressen ettersom vekten av underkriteriene og evalueringskriteriene ikke var kommunisert i konkurransegrunnlaget. Spørsmålet videre blir om bruddene kan ha påvirket utfallet av konkurransen.
- (63) Klagenemnda har kommet til at innklagedes endring av underkriterienes vekt etter forhandlingene var ulovlig. Vekten ble endret fra 40, 40 og 20 prosent, til en lik vekting med 33,3 prosent på hvert underkriterium. Dette bruddet kan isolert repareres ved at innklagede går tilbake til den opprinnelige vektingen. Nemnda vil imidlertid bemerke at en retting tilbake til opprinnelig vekting fører til at klager har innrettet sitt tilbud basert på uriktige informasjon om lik vekting av underkriteriene.
- (64) Innklagede har ovenfor klagenemnda forklart at uavhengig av hvilken vekting av underkriteriene og evalueringskriteriene som legges til grunn, vil valgte leverandør få flest poeng og dermed vinne konkurransen. Til støtte for dette har innklagede utarbeidet alternative matriser som viser at valgte leverandør ville vunnet konkurransen uavhengig av hvilken vekting som legges til grunn.
- (65) Innklagede har selv omtalt de alternative matrisene som delvis hypotetiske. Klagenemnda forstår matrisene slik at de ikke bygger på nye evalueringer, men at det er gjort endringer av vekt og strukturering av underkriterier og evalueringskriterier. Klagenemnda finner derfor ikke å kunne legge avgjørende vekt på de alternative matrisene ved vurderingen av mulige konsekvenser som følge av endringene i vektingen av underkriteriene.
- (66) Klagenemnda bemerker her særlig at poengfordelingen var svært jevn mellom leverandørene og at det ved den endelige tildelingen kun skilte 0,15 poeng mellom leverandørene. Dette medfører at det skal lite til for at feilene som er konstatert, kan ha hatt innvirkning på resultatet. For å rette feilen knyttet til endringen av underkriterienes vekt, må innklagede gå tilbake til en vekt hvor underkriteriene er vektet 40, 40 og 20 prosent. Klager er videre gitt dårligst uttelling på de to underkriteriene som er vektet med

40 prosent. Dersom klager ikke hadde fått bekreftet den uriktige vekten til underkriteriene og evalueringskriteriene, er det mulig at de ville prioritert annerledes ved revisjon og endelig tilbudsutforming. Det er derfor nærliggende at den uriktige informasjonen om vektingen kan ha påvirket den uttellingen klager er gitt på de nevnte kriteriene.

- (67) Klagenemnda mener at det er en nærliggende mulighet for at feilene til sammen kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Anskaffelsen skulle derfor vært avlyst.
- (68) På bakgrunn av det resultatet klagenemnda er kommet til, tar ikke klagenemnda stilling til klagers øvrige anførsler.
- (69) Bruddet klagenemnda har konstatert kan ha virket inn på konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

***Konklusjon:***

Asker kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å endre underkriterienes vekt og ved å gi klager uriktige opplysninger om vekt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*