



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Krav til ytelsen/tekniske spesifikasjoner. Avvisning av tilbud. Ulovlig tildelingskriterium. Uklart konkurransegrunnlag. Tildelingsevaluering. De generelle kravene i loven § 5. Innsyn. Begrunnelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av bygge- og anleggsarbeid for oppføring av nye sykehjemsplasser på Haugmotun omsorgssenter og oppgradering av eksisterende bygg. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde åpnet for alternative tilbud i forskriftens forstand ved å tillate "alternative løsninger" til løsningene beskrevet i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsler om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av avvik fra kravspesifikasjonene, og at tildelingsevalueringen var ulovlig, førte ikke frem. Klagenemnda kom imidlertid til at innklagede hadde gitt en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt ved kun å gjengi tildelingskriteriene og angi tilbydernes poeng under hvert kriterium.

Klagenemndas avgjørelse 19. oktober 2015 i sak 2015/93

Klager: Betonmast MTE AS

Innklaget: Notodden kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Karin Fløistad og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Notodden kommune (heretter innklagede) kunngjorde 1. april 2015 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av bygge- og anleggsarbeid for oppføring av 53 nye sykehjemsplasser på Haugmotun omsorgssenter, samt oppgradering av eksisterende bygg. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 15. mai 2015.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.9) ble det opplyst at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning. I konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 0.2 ble det imidlertid åpnet for "alternative løsninger":

"Der det i tilbudsgrunnlaget er beskrevet at noe skal leveres/dokumenteres, eksempelvis med "skal", så kan det likevel leveres alternative løsninger som prises i eget vedlegg. Alle alternativer skal prises. Dersom det er beskrevet krav i tilbudsgrunnlaget som ikke er tilfredsstilt i tilbudet så er det opp til byggherre å avgjøre om tilbudet oppfattes som komplett nok til å bli vurdert på linje med de andre tilbud eller om tilbudet vil bli forkastet."

- (3) Tilbudene skulle ifølge konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 0.2.1 vurderes etter tildelingskriteriene "Brukerkriterier og energiforbruk" (40 %), "Funksjon" (20 %) og "Pris" (40 %).
- (4) Kriteriet "Brukerkriterier og energiforbruk" var presisert ved stikkordene "Kommunens brukerkriterier bestandighet, drift og vedlikehold og levekostnader".

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (5) Vedrørende dette kriteriet ble det publisert følgende spørsmål og svar på Doffin 20. mai 2015:

"I bok 0, pkt 0.2.1 Utvelgelses- og tildelingsprosess, er det angitt i første ledd kriterium for vurdering, ref stikkord «kommunens brukerkriterier bestandighet, drift og vedlikehold og levetidskostnader».

Vi finner ingen steder i konkurransegrunnlaget hvor det er angitt en prispåbærende del, eller andre deler som skal opplyses spesielt for å danne grunnlag for denne vurderingen.

I og med at dette kriteriet tillegges en vektning på 40 %, noe som er en stor del av vektningen for anbudet, må det være noe kommunen ønsker at skal fremheves eller vies oppmerksomhet i tilbudet.

Hvor i konkurransegrunnlaget finner vi det som etterspørres i vurderingskriteriet?

Svar:

Vi viser her til bok-0 punkt 0.2.1 side 4. (For brukerkriterier og funksjon, vil det gis poeng etter byggherrens vurdering.) Det betyr at det er kommunens prosjekt gruppe som vurderer dette.

Dette er en totalentreprise der kommunen har laget en beskrivelse med kommunens minimumskrav til leveransen. Det betyr at leverandørene kan levere noe som er bedre. Derfor ønsker kommunen og belønne en leverandør som greier å levere og dokumentere det lille ekstra som gir bedre bestandighet, mindre driftskostnader og mindre vedlikehold og levetidskostnader."

- (6) I konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 0.3.1 ble innklagedes prosjektgruppe listet opp, hvor det blant annet fremgikk at innklagede ville bruke Søndergaard & Rickfelt AS som prosjekterende arkitekt (ARK). Tilbyderne ble bedt om å oppgi sine prosjektansvarlige i punkt 0.3.2. Det ble her sagt at leverandørene ikke kunne benytte "rådgivere/prosjekterende for et fag fra samme firma som byggherre benytter for det samme faget".

- (7) På spørsmål om hvem som hadde ansvar for ARK publiserte innklagede 20. april 2015 følgende svar:

"ARK er entreprenørens ansvar. Byggherre leverer om ønskelig arbeidstegninger fra byggherrens arkitekt iflg. tegningsliste oppgitt i Bok 1."

- (8) I konkurransegrunnlaget bok 1 punkt 1.1.2 gikk det frem at innklagedes arkitekt skulle utarbeide følgende arbeidstegninger:

"Alle fag:

- Plantegninger
- Snittegninger
- Detaljer

- *Skjemaer*
- *Utsparingtegninger*
- **Bygg:**

ARK er engasjert av tiltakshaver og utarbeider arbeidstegninger iflg. liste nedenfor. Øvrige tegninger, skjema og detaljer utover dette er totalentreprenørens ansvar.

 - 1 *Plantegninger oppdelt til målestokk 1:50*
 - 2 *Tverrsnitt og lengdesnitt 1:50*
 - 3 *Fasadeoppriss / Perspektiv 1:100 / 1:50,*
 - 4 *Himlingsplaner oppdelt 1:50*
 - 5 *Detaljer gjennom yttervegger / tak*
 - 6 *Dør- og vindusskjema*
 - 7 *Fargeoppsett*
 - *Formtegninger betong*
 - *Armeringstegninger/bøvelister*
 - *Skjemategninger – dører, vinduer, kjøkken med mer*
 - *Innredningstegninger [...]*
- **Rådgivere som vil bli benyttet skal oppgis og godkjennes av byggherre. Dette på grunn av at det ikke skal være interessekonflikter mellom byggherrens prosjekterende og totalentreprenørens prosjekterende."**

- (9) De bygningsmessige arbeidene ble beskrevet i konkurransegrunnlaget bok 2. Krav til innervegger ble angitt i punkt 2.4.5. Det ble her beskrevet en løsning med vegger i 2-3 lags 13 mm gipsplater med innlagte spikerslag. For gulv ble det i punkt 2.4.8 beskrevet en løsning med bruk av Weber vannbåren gulvvarme. I punkt 2.10, som gjaldt vinduer, ble det beskrevet *"isolerte profiler i aluminium, innervinduer med bøkprofiler"*.
- (10) I konkurransegrunnlaget bok 4 kapittel 4.06 punkt 44 ble det gitt opplysninger om rehabilitering av lysanlegget i det eksisterende sykehjemmet. For prising av dette arbeidet ble det vist til vedlegg E7 (*"COWIs beskrivelse av rehabilitering av lysanlegg"*). Det fremgikk at *"[b]elysningsanlegget i eksisterende bygg skal prises direkte i vedlegget og legges ved dette dokumentet ved tilbudsgivning. Sum overføres til anbudsskjema kap. 4.01"*.
- (11) I bok 4 (på side 4.5) ble også enhetspriser på elkraft etterspurt. Det ble presisert at *"alle etterfølgende enhetspriser for elkraft skal summeres og summen skal overføres til anbudsskjema over. Summen av enhetsprisene skal så multipliseres med en faktor 50"*.

- (12) Innen tilbudsfristens utløp kom det inn tre tilbud, herunder fra Betonmast MTE AS (heretter klager) og Skorve AS (heretter valgte leverandør).
- (13) I brev datert 1. juni 2015 informerte innklagede om at valgte leverandør var tildelt kontrakten. Beslutningen ble begrunnet ved å gjengi tildelingskriteriene og angi tilbydernes poeng under hvert kriterium. På "*Brukerkriterier og energi forbruk*" fikk klager 9,9 poeng. Valgte leverandør fikk 9,95 poeng.
- (14) I valgte leverandørs tilbud fremgikk følgende om prosjekterende ARK:

"Bruker tegninger fra Søndergaard."

- (15) Under punktet "*Brukerkriterier og energiforbruk*" og underkriteriet "*Bestandighet*" ble det beskrevet noen løsninger som valgte leverandør mente ville "*reduere vedlikeholds- og driftskostnader i byggets levetid, men som også har medført noen ekstra kostnader for prosjekt prisen [...]*":

- *Vindu: her har vi valgt trevindu med aluminiums kledning utvendig med u-verdi på 0,8 W/(m²K) mot krav i TEK10 som sier 1,2 W/(m²K) dvs redusert oppvarmingsbehov [...]*
- *Innvendige vegger: her er det beskrevet 13mm gipsplater 2-3 lag med innlagte spikerlag til diverse innredninger / oppheng. Her har vi valgt plater type Gyproc Habito, som ytterste lag i alle rom med høy personbelastning, dette er en mye tyngre/sterkere plate hvor innredninger / bilde etc kan henges direkte i plata, samt at den har en mye sterkere overflate (sterkere enn gips robust) [...]*
- *Golv / dekker: her har vi planlagt å bruke plasstøpt betong dekker i alle etg, dvs vi vil bruke plattendekke med påstøp i etasjeskille og også for teknisk rom i 3 etg. Fordelen vi ser med dette er blant annet: vi unngår alt av dragere ned i etg under (armerer opp og støper «drager» i dekke), med dette reduserer vi varmetap gjennom kuldebruer i ståldragere etc [...]*

- (16) I klagers tilbud var følgende alternative løsning beskrevet:

"Alternativ løsning

Vi har sett på alternativ leveranse med TEK 10+ standard. Vi har i denne leveransen gjort mindre avvik fra anbudsgrunnlaget, men leverer iht gjeldende lover og forskrifter med samme areal og planløsning. Beregning utført av vår Bygningsfysiker med Energiberegningsprogrammet Simien viser en energibesparelse på kr. 140 000,- pr. år i forhold til kravene i TEK 10, og at bygget vil tilfredsstille energiklasse B. LED belysning er ikke hensyntatt i denne utregningen. Se for øvrig vedlagt utskrift fra Simien.

Alternativ løsning tilbys med et fradrag på kr. 1.000.000,-"

- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 14. august 2015. Innklagede bekreftet i e-post 27. august 2015 å utsette kontraktsinngåelse til etter klagenemnda har behandlet saken.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. oktober 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å åpne for alternative tilbud uten å fastsette alternative minstekrav til ytelse og funksjon, jf. forskriften § 20-4. Innklagede har også brutt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 ved å gi seg selv et for vidt skjønn i vurderingen av om tilbudene oppfyller kravene i konkurransegrunnlaget.
- (20) Valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene på flere punkter, herunder ved at valgte leverandør har oppgitt samme arkitektfirma som innklagede. Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (21) Det er videre uklart hva som er gjenstand for en vurdering under tildelingskriteriet "*Brukerkriterier og energiforbruk*". Innklagede har således brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å utforme et uklart tildelingskriterium.
- (22) Også evalueringen under tildelingskriteriet "*Brukerkriterier og energiforbruk*" er i strid med regelverket. Innklagedes poenggivning reflekterer ikke de relevante forskjellene i kvalitet mellom klagers og valgte leverandørs tilbud.
- (23) Innklagede har under enhver omstendighet brutt forskriften § 20-16 (1) ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Det er ikke åpnet for alternative tilbud i forskriftens forstand. Innklagede har imidlertid ønsket å åpne for, og premiere, løsninger som avviker fra konkurransegrunnlaget, men som innebærer bedre bestandighet, mindre drifts- og vedlikeholdskostnader osv.
- (25) Valgte leverandørs alternative løsninger er vurdert dels som likeverdige og dels som bedre enn løsningene beskrevet i konkurransegrunnlaget. Ingen av avvikene har vært av en slik karakter at det har vært aktuelt å vurdere avvisning av valgte leverandørs tilbud.
- (26) Tildelingskriteriet "*Brukerkriterier og energiforbruk*" var presisert ved stikkordene bestandighet, drift og vedlikehold og levetidskostnader. På spørsmål om dette svarte innklagede at løsninger med bedre bestandighet, mindre drifts- og vedlikeholdskostnader og levetidskostnader enn løsningene i konkurransegrunnlaget, ville bli premiert i tildelingsevalueringen. Etter dette må det ha vært klart for leverandørene hva som skulle vurderes under dette tildelingskriteriet.
- (27) Tildelingsevalueringen er ikke i strid med regelverket. På underkriteriene bestandighet og levetidskostnader ble klagers og valgte leverandørs tilbud vurdert som like. Når det gjelder drifts- og vedlikeholdskostnader, har valgte leverandør beskrevet en løsning som er bedre enn den som fremgår av konkurransegrunnlaget.
- (28) Tildelingsbrevet sammenholdt med evalueringsmatrisen gir etter innklagedes oppfatning en tilstrekkelig god begrunnelse for tildeling av kontrakt.

Klagenemndas vurdering:

(29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder oppføring av nye sykehjemsplasser og oppgradering av eksisterende bygg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til mellom 100 og 120 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Åpningen for å inngi "alternative løsninger"

(30) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å åpne for alternative tilbud uten å fastsette alternative minstekrav til ytelse og funksjon, jf. forskriften § 20-4. Klager anfører også at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 ved å gi seg selv et for vidt skjønn i vurderingen av om tilbudene oppfyller kravene i konkurransegrunnlaget.

(31) Anførselen knytter seg til konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 0.2 hvor innklagede skriver at *"[der] det i tilbudsgrunnlaget er beskrevet at noe skal leveres/dokumenteres, eksempelvis med "skal", så kan det likevel leveres alternative løsninger som prises i eget vedlegg. Alle alternativer skal prises. Dersom det er beskrevet krav i tilbudsgrunnlaget som ikke er tilfredsstilt i tilbudet så er det opp til byggherre å avgjøre om tilbudet oppfattes som komplett nok til å bli vurdert på linje med andre tilbud eller om tilbudet vil bli forkastet."*

(32) Klagenemnda er ikke enig i at innklagedes åpning for *"alternative løsninger"* skal forstås som en åpning for alternative tilbud i forskriftens forstand.

(33) Konkurransegrunnlaget gir ikke på generelt grunnlag adgang til å tilby alternative løsninger. Selv om konkurransegrunnlaget kunne ha vært utformet mer optimalt på dette punktet, er det naturlig å forstå det siterte utdraget slik at oppdragsgiver har gitt informasjon om hvordan avvik fra de detaljerte spesifikasjonene ville bli vurdert.

(34) Det er naturlig å lese bok 0 punkt 0.2 i lys av forskriftens regler om betydningen av at et tilbud avviker fra de tekniske spesifikasjonene som er fastsatt. Etter § 17-3 (5) har oppdragsgiver, ved henvisning til tekniske spesifikasjoner som nevnt i bestemmelsens fjerde ledd bokstav a, plikt til å vurdere tilbud som *"på en egnet måte og til oppdragsgivers tilfredshet påviser at løsningene som foreslås, på tilsvarende måte oppfyller kravene som er definert i de tekniske spesifikasjonene"*. Dersom oppdragsgiver, som her, angir et bestemt merke (Weber vannbåren gulvvarme), har oppdragsgiver dermed også plikt til å akseptere tilsvarende løsninger. For krav som omfattes av disse reglene, vil en alternativ oppfyllelse ikke utgjøre et *avvik* i forskriftens forstand. I tilfeller som faller utenfor disse reglene, og hvor det dermed foreligger avvik i forskriftens forstand, inntreer avvisningsplikt først når avviket er *vesentlig*, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.

(35) I foreliggende sak ble det ikke åpnet for å løse det kunngjorte oppdraget på en grunnleggende annerledes måte. Det ble heller ikke åpnet for å levere tilbud med avvik fra overordnede krav til utforming eller lignende. Innklagedes åpning for alternative løsninger gjelder de konkrete tekniske spesifikasjonene. Åpningen for alternative løsninger gjelder til dels forhold som innklagede i medhold av forskriften uansett måtte

ha tatt i betraktning. Oppdragsgiver ville også vektlegge alternative løsninger til de konkrete tekniske spesifikasjonene som oppnådde "*bedre bestandighet, mindre driftskostnader og mindre vedlikehold og levetidskostnader*". Åpningen for alternative løsninger på de tekniske spesifikasjonene, kan derfor ikke rettslig sett karakteriseres som en åpning for alternative tilbud i forskriftens forstand.

- (36) Det er enkelte uavklarte spørsmål knyttet til sammenhengen mellom reglene om alternative tilbud og plikten til å avvise tilbud med vesentlige avvik. Denne saken har imidlertid ikke gitt grunnlag for å gå inn på disse.
- (37) Klagenemnda er heller ikke enig med klager i at innklagede har innrømmet seg selv et for vidt skjønn. Utsagnet om at det er opp til innklagede å vurdere om et tilbud er komplett nok til å bli vurdert, reflekterer i utgangspunktet kun reguleringen i forskriften § 17-3 om tekniske spesifikasjoner, og § 20-13 om at mangelfulle eller avvikende tilbud vil kunne bli avvist fra konkurransen.

Avvisning av tilbud

- (38) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Tilbudet fra valgte leverandør skulle ifølge klager vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (39) Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver skal avvise tilbud som "*... inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*".
- (40) Til støtte for at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist etter denne bestemmelsen har klager vist til flere konkrete forhold i tilbudet, som etter klagers oppfatning utgjør vesentlige avvik fra innklagedes kravspesifikasjoner.
- (41) Som det fremgår av vurderingen foran, forstår klagenemnda konkurransegrunnlaget slik at avvik fra spesifikasjonene ikke uten videre ville føre til avvisning. Også der hvor konkurransegrunnlaget beskriver at noe "*skal*" leveres eller dokumenteres, er det åpnet for alternative løsninger. Vurderingen av om et avvik skal anses som *vesentlig*, avhenger dermed av hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen.
- (42) Denne vurderingen er konkret og bygget på de individuelle faktiske omstendighetene, samt at den forutsetter en bestemt fagkunnskap. Klagenemnda er – med nemndas skriftlige saksbehandling og type sammensetning – ikke spesielt innrettet mot å foreta en slik vurdering. Klagenemndas vurdering vil i slike tilfeller måtte baseres på en gjennomgang av saken, slik den er presentert for nemnda, og uten spesiell fagkompetanse på de enkelte saksområdene nemnda behandler.
- (43) Klager har for det første vist til at valgte leverandørs tilbud bygger på en løsning hvor det brukes plattendekke med innstøpt varmerør i gulv. Konkurransegrunnlaget beskriver en løsning hvor det brukes Weber vannbåren gulvvarme. Når det gjelder vinduer beskriver konkurransegrunnlaget en løsning med "*isolerte profiler i aluminium, innervinduer med bøkprofiler*". Valgte leverandør har tilbudt vinduer i tre med aluminiumskledning. Konkurransegrunnlaget beskriver vegger i 2-3 lags 13 mm gipsplater med innlagte spikerslag. Her har valgte leverandør tilbudt "*plater type Gyproc Habito*".

- (44) Avvikene er beskrevet under tildelingskriteriet "*Brukerkriterier og energiforbruk*" i valgte leverandørs tilbud. Valgte leverandør opplyser at de avvikende løsningene er valgt fordi man mener de vil gi en bedre kvalitet, men at de også vil medføre noen ekstra kostnader.
- (45) Innklagede har forklart at de avvikende løsningene ble vurdert dels som likeverdige og dels som bedre enn innklagedes beskrevne løsninger. For gulv og vinduer har valgte leverandør beskrevet løsninger som er rimeligere enn det konkurransegrunnlaget beskriver. Både teknisk og med hensyn til levealder, er løsningene imidlertid likeverdige med det som beskrives i konkurransegrunnlaget. Løsningen for innervegger er både dyrere og bedre enn løsningen i konkurransegrunnlaget. Denne løsningen har derfor gitt positiv uttelling under tildelingskriteriet "*Brukerkriterier og energiforbruk*". Ingen av de alternative løsningene har gjort det aktuelt å vurdere avvisning av tilbudet.
- (46) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har utøvd et uforsvarlig skjønn på dette punkt. Klagers anførsler om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist på grunn av de nevnte avvikene, kan ikke føre frem.
- (47) Klager anfører videre at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fordi valgte leverandør har angitt samme arkitekt som innklagede.
- (48) Av konkurransegrunnlaget punkt 03.2 fremgikk det at tilbyderne "*ikke [kan] benytte rådgivere/prosjekterende for et fag fra samme firma som byggherre benytter for det samme faget.*"
- (49) På spørsmål om hvem som hadde ansvar for arkitekt svarte innklagede at dette var entreprenørens ansvar, men at innklagede "*leverer om ønskelig arbeidstegninger fra byggherrens arkitekt*". I konkurransegrunnlaget ble det sagt at "*tegninger, skjema og detaljer **utover dette** er totalentreprenørens ansvar*" (uthevet her).
- (50) Om prosjekterende ARK fremgikk det i valgte leverandørs tilbud: "*Bruker tegninger fra Søndergaard*", altså innklagedes arkitekt. Konkurransegrunnlaget åpnet for dette, og bruken av tegningene til innklagedes arkitekt representerer derfor ikke et brudd på konkurransegrunnlagets forbud mot å bruke rådgivere fra samme firma som innklagedes rådgivere.
- (51) Selv om innklagedes arkitekt ville utarbeide arbeidstegninger, var øvrige tegninger leverandørens ansvar. Det gjenstår derfor å ta stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at tilbudet ikke oppga en arkitekt som ville kunne utarbeide disse tegningene. Konkurransegrunnlaget ga anvisning på at "*[r]ådgivere som vil bli benyttet skal oppgis og godkjennes av byggherre*". Konkurransegrunnlaget sier ikke uttrykkelig hvilke konsekvenser det vil få om rådgivere ikke oppgis, eller hvilke konsekvenser det vil ha dersom det foreligger en interessekonflikt. Ut fra sammenhengen er det imidlertid ikke holdepunkter for å lese konkurransegrunnlaget slik at det er uaktuelt med utskifting av rådgivere ved interessekonflikt. Det er heller ikke holdepunkter for å lese konkurransegrunnlaget slik at manglende angivelse av rådgivere vil medføre ubetinget avvisningsplikt. På denne bakgrunn er det ikke grunnlag for å konstatere at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av at tilbudet ikke oppga en arkitekt som kunne utarbeide tegninger utover tegningene utarbeidet av innklagedes arkitekt. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Uklart tildelingskriterium

- (52) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 ved utformingen av tildelingskriteriet "*Brukerkriterier og energiforbruk*", fordi det ikke er klart hva som skal vurderes under dette tildelingskriteriet.
- (53) Av praksis fra EU-domstolen følger det at "*alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsprosedyren skal formuleres klart, præcist og utvetydige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimelig velinformerte og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måte, og for det andet således at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om de bydendes bud oppfyller kriterierne for den pågældende kontrakt*", jf. sak C-42/13 (Cartiera dell'Adda) premiss 44.
- (54) Tildelingskriteriet ble i det foreliggende tilfellet presisert gjennom stikkordene "*Kommunens brukerkriterier bestandighet, drift og vedlikehold og levekostnader*". På spørsmål fra en av tilbyderne om hva som skulle vurderes under dette kriteriet, svarte innklagede at "*[d]ette er en totalentreprise der kommunen har laget en beskrivelse med kommunens minimumskrav til leveransen. Det betyr at leverandørene kan levere noe som er bedre. Derfor ønsker kommunen og belønne en leverandør som greier å levere og dokumentere det lille ekstra som gir bedre bestandighet, mindre driftskostnader og mindre vedlikehold og levetidskostnader*".
- (55) Kravet om at tildelingskriteriene skal angis klart, presist og utvetydig, innebærer ikke at tildelingskriteriene må utformes slik at vurderingstemaet avgrenses endelig. Kravet er heller ikke ansett å være til hinder for at tildelingskriteriene angis på en måte som forutsetter en viss tolkning fra leverandørens side.
- (56) Slik tildelingskriteriet ble presentert og utdypet må det ha fremstått tilstrekkelig klart for tilbyderne at innklagede ville premiere løsninger med bedre bestandighet, mindre driftskostnader, mindre vedlikehold og mindre levetidskostnader enn løsningene presentert i konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriet var dermed tilstrekkelig klart utformet.

Ulovlig tildelingsevaluering

- (57) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Brukerkriterier og energiforbruk*". Klager begrunner dette med at klagers tilbud, basert på den fremlagte dokumentasjonen, burde ha fått en høyere poengsum enn valgte leverandørs tilbud. Det er i denne sammenheng vist til ulike forhold som klager mener utgjør svakheter ved valgte leverandørs tilbud, blant annet med hensyn til energiforbruk. Klagenemndas vurdering vil også i dette tilfellet måtte baseres på en gjennomgang av saken, slik den er presentert for nemnda, og med den faglige sammensetning som nemnda har, se ovenfor.
- (58) Ved tildelingsevalueringen utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som kun i begrenset grad overprøves rettslig. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers evaluering er saklig, forsvarlig, basert på riktig faktisk grunnlag, og om evalueringen er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5.

- (59) Innklagede har forklart at klagers og valgte leverandørs tilbud ble vurdert likt med hensyn til bestandighet og levetidskostnader, herunder energiforbruk. Verken klager eller valgte leverandør har ifølge innklagede beskrevet løsninger med lavere energiforbruk enn det som fremgår av konkurransegrunnlaget. Valgte leverandørs løsning for gulvvarme er av innklagede vurdert som likeverdig med løsningen beskrevet i konkurransegrunnlaget. Løsningen i valgte leverandørs tilbud innebærer et høyere energiforbruk ved regulering av temperaturen, men holder lenger på varmen enn et Weber-gulv. Grunnen til at valgte leverandør ble gitt noe bedre uttelling var at valgte leverandør, i motsetning til klager, viste at den tilbudte løsningen vil bidra til lavere drifts- og vedlikeholdskostnader enn konkurransegrunnlagets løsning.
- (60) På denne bakgrunn har klager og valgte leverandør fått henholdsvis 9,9 og 9,95 poeng på tildelingskriteriet "*Brukerkriterier og energiforbruk*". Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har utøvd et uforsvarlig skjønn ved evalueringen av tildelingskriteriet. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (61) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å legge til kostnader for rehabilitering av lysanlegg i tilbudssummen til klager.
- (62) Prisen for rehabilitering av det eksisterende lysanlegget fremgår av vedlegg E7 i klagers tilbud. Det er enighet om at denne prisen ikke var inkludert i klagers totalpris. Klager anfører imidlertid at det ikke var riktig av innklagede å legge den til totalprisen, fordi det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at disse kostnadene skulle inngå i tilbudssummen.
- (63) Det fulgte av konkurransegrunnlaget bok 4 kapittel 4.06 punkt 44 ("*Lysanlegg*") at rehabilitering av lysanlegget skulle prises direkte i vedlegg E7, men at summen skulle overføres til anbudsskjemaet i kapittel 4.01 ("*Elkraft*"). Av sistnevnte skjema fremgikk det at totalsummen for kapittel 4.01 skulle overføres til sammendragsskjemaet for hele kapittel 4 ("*Elektroniske anlegg*"), som igjen skulle overføres til tilbudssammendraget i konkurransegrunnlaget bok 0. Klagers anførsel om at det var i strid med regelverket å legge prisen for rehabilitering av lysanlegg til totalprisen, kan således ikke føre frem.
- (64) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i loven § 5 ved å legge til enhetspriser for elkraft i tilbudssummen, uten at det kan overprøves hva som ligger til grunn for de enhetsprisene innklagede har lagt til.
- (65) I konkurransegrunnlaget er enhetspriser på elkraft imidlertid uttrykkelig etterspurt i tilbudsskjema og bedt overført til tilbudssammendraget. På hvilken måte kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet skal være brutt på dette punkt er derfor uklart. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.
- (66) Klager anfører også at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å evaluere klagers alternative løsning.
- (67) Klagers alternative løsning lød på en "*alternativ leveranse med TEK 10+ standard. Vi har i denne leveransen gjort mindre avvik fra anbudsgrunnlaget, men leverer iht gjeldende lover og forskrifter med samme areal og planløsning. Beregning utført av vår Bygningsfysiker med Energiberegningsprogrammet Simien viser en energibesparelse på*

kr. 140 000,- pr. år i forhold til kravene i TEK 10, og at bygget vil tilfredsstillere energiklasse B. Se for øvrig vedlagt utskrift fra Simien".

- (68) Det beskrives imidlertid ikke hvilke "mindre avvik" som ville gjøres fra konkurransegrunnlaget, eller hva klagers alternative løsning for øvrig går ut på. Det var således i realiteten ikke noen alternativ løsning for innklagede å evaluere. Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å evaluere løsningen kan ikke føre frem.

Innsyn

- (69) Klager anfører at det er grunn til å tro at det foreligger andre feil ved evalueringen, men at det ikke er mulig å etterprøve dette uten å ha tilgang på samtlige tilbud. Klager anfører derfor at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i loven § 5.
- (70) Klagenemnda tar normalt ikke stilling til anførsler om brudd på regelverket grunnet unnlatt innsyn. Både etter offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) er systemet at en avgjørelse om nektet innsyn kan påklages til det organet som er nærmest overordnet organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda verken skal eller er ment å være et ytterligere overordnet klageorgan når det gjelder innsynsbegjæringer. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2012/103 hvor en anførsel om brudd på forskriften §§ 3-5 og 3-6 ble avvist som uhensiktsmessig for behandling etter klagenemndsloven § 9 fordi vurderingen ville kreve en overprøving av hvorvidt de unntatte opplysningene var underlagt lovbestemt taushetsplikt. Også i foreliggende sak vil en vurdering av klagers anførsel kreve en overprøving av hvorvidt opplysninger unntatt fra innsyn er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsloven § 9.

Mangelfull begrunnelse

- (71) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-16 (1) ved å gi en mangelfull begrunnelse for valget om å tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (72) Det fremgår av denne bestemmelsen at oppdragsgiver skal gi "en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier".
- (73) I dette ligger det et krav om at begrunnelsen må inneholde "en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene", jf. klagenemndas sak 2013/21 premiss (77). Begrunnelsen skal gis samtidig med at oppdragsgiver meddeler sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt, jf. forskriften § 22-3 (2). Det er denne første begrunnelsen som er gjenstand for klagenemndas vurdering, jf. blant annet klagenemndas sak 2013/26 premiss (58).
- (74) Tildelingsbeslutningen ble i foreliggende sak utelukkende begrunnet ved å gjengi tildelingskriteriene og angi tilbydernes poeng under hvert kriterium. Innklagedes informasjon om tilbudenes poengscore viser resultatet i konkurransen, men er ikke en begrunnelse for dette utfallet. For å oppfylle begrunnelsesplikten måtte innklagede ha forklart hvorfor valgte leverandør ble gitt denne poengscoren i vurderingen av tildelingskriteriene.

- (75) Innklagedes begrunnelse gjorde det ikke mulig for klager å bedømme "... om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning", jf. klagenemndas sak 2013/21 premiss (77).
- (76) Innklagede har dermed brutt forskriften § 20-16 (1) ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.

Konklusjon:

Notodden kommune har brutt forskriften § 20-16 (1) ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.

Klagers anførsler om avvisning av valgte leverandørs tilbud, alternative tilbud, innklagedes skjønn, ulovlig tildelingskriterium, ulovlig tildelingsevaluering og innsyn, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk