



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning, valg av anskaffelsesprosedyre, forhandlingsforbud, ulovlig tildelingskriterium, krav til begrunnelse, kontraktsinngåelse etter vedståelsesfristen og krav om innsyn.

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av en samspillavtale for bygge- og anleggsarbeid på Vossabadet. Klagenemnda kom til at det forelå en ulovlig endring av tildelingskriteriene, at tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag" var ulovlig, at det var gjort en ulovlig vesentlig endring etter kontraktsinngåelse og at kravene til begrunnelse ikke var oppfylt. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 4. april 2017 i sak 2016/116

Klager: Montasje Kompagniet AS

Innklaget: Voss kommune

Klagenemndas medlemmer: Kristian Jåtog Trygstad, Gro Amdal og Arve Rosvold Alver

Bakgrunn:

- (1) Voss kommune (heretter innklagede) kunngjorde 31. juli 2015 en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeid på Vossabadet. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Frist for prekvalifisering var i kunngjøringens punkt II. 2.1 angitt til 4. september 2015. Innklagede ville invitere 5 til 6 leverandører til å delta i konkurransen, jf. kunngjøringen punkt IV.1.2).
- (2) Konkurransen ble kunngjort ved bruk av kunngjørings skjema som gjelder for anskaffelser som følger forskriften del I og III. Under del IV i kunngjøringen var det opplyst at konkurransen ville bli gjennomført som en begrenset anbudskonkurranse.
- (3) I kunngjøringen del II punkt II.1.2 var anskaffelsen beskrevet som "*bygge- og anleggsarbeid*", "*samarbeidskontrakt*". I punkt II.1.5 og punkt II.2.1 var anskaffelsen omtalt på følgende måte:

"Pris- og designkonkurranse med samspill og etterfølgende totalentreprise for nytt badeanlegg i Voss – Vossabadet.

Prekvalifisering av grupper bestående av byggentreprenør, arkitekt og rådgivere.

Frist for prekvalifisering: fredag 4. september 2015".
- (4) I punkt II.1.8 var det opplyst at kontrakten ikke ville bestå av delkontrakter.
- (5) I punkt II.1.6 CPV-klassifisering var det angitt følgende: "***[h]ovedvokabular 45212212 Byggearbeid i forbindelse med svømmebassenger***" samt "***[t]illeggs vokabular 71240000 Arkitekt-, ingeniør- og planleggingstjenester 71300000 Ingeniørtjenester***".

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

- (6) I kunngjøringens punkt IV.2.1 "Tildelingskriterier" var følgende opplyst:

"Det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av Kriteriene listet under

1. Byggentreprenør m/prosjektleder. Vekting 30

2. Arkitekt. Vekting 40

3. Rådgiver i bygningsfysikk. Vekting 30"

- (7) Innklagede inviterte seks tilbydere til å delta i konkurransen, og fem leverte forslag. Et av prosjektforslagene ble forkastet og fire var derfor med i den endelige evalueringen. Blant leverandører som ble invitert var Constructa AS (heretter valgte leverandør) og Montasje Kompagniet AS (heretter klager). Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget punkt 1 angitt til 29. februar 2016.

- (8) I konkurransegrunnlaget bok 0 punkt 2 var prosjektet beskrevet som "*[e]n pris- og designkonkurranse med samspill. Etter samspillfasen vil det bli inngått en totalentreprisekontrakt basert på omforent forprosjekt.*"

- (9) I punkt 5 om tildelingskriterier het det:

"Tildeling av kontrakten skjer på basis av det for oppdragsgiveren økonomisk mest fordelaktige tilbudet der følgende kriterier legges til grunn for bedømmingen av konkurransen:

5.1 Gruppens prosjektforslag (40 %)

Bedømmelseskomiteen vil ut fra en samlet helhetsvurdering begrunne rangeringen av prosjektforslagene. Prosjektforslagene vil få karakter innenfor en skala på 1-100, hvor 100 gis til beste forslag. [...]

5.1 pris (45 %)

Det inngis et bindende pristilbud per 29. februar 2016 for hele prosjektet. Som en del av det bindende pristilbudet skal det spesifiseres en fast pris for videreutvikling av innlevert prosjektforslag frem til komplett forprosjekt med revidert pristilbud per 27. juni 2016. Dette prisen skal ikke prisreguleres. [...]

5.3 Samspillkompetanse (15 %)

Det vil bli en vurdering av samspillkompetanse knyttet til tilbudte nøkkelpersoner og ikke til det enkelte firmaets generelle samspillkompetanse. Gruppens sannsynlige evne til å samarbeide for å utvikle et så godt prosjekt som mulig, vil bli vurdert ut fra følgende to forhold:

A. Dokumentert samspillkompetanse hos nøkkelpersoner (5 %)

B. Intervju med gruppens medlemmer (10 %)"

- (10) Konkurransesgrunnlagets bok 0 punkt 6 var titulert "*Kontraktsbestemmelser*". Dette punktet var delt opp i to underpunkter; 6.1 "*samspillfasen*" og 6.2 "*totalentreprise*". Her fremgikk det at kontraktsforholdet ble regulert av NS 8407, med noen endringer.
- (11) I kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget bok 1 punkt 6.1 var det stilt nærmere krav til byggets grunn og fundament: "*Det påhviler totalentreprenøren å sette seg inn i tomtens beliggenhet, beskaffenhet og geotekniske forhold, herunder ansvar for fundamentering. Vossabadet skal dimensjoneres for flomnivå i samsvar med flaumskadekart NVE 2015. Flomgrense per april 2015 er satt til 53,2 moh i Vosskommune.*"
- (12) Valgte leverandør ble tildelt kontrakt i tildelingsbrev av 10. mars 2016, hvor det fremgikk at innklagede hadde evaluert tilbudene, og at valgte leverandør var vinner. Det var vedlagt en matrise som viste poenggivningen for de tre tildelingskriteriene og en evalueringsrapport fra bedømmelseskomiteen som gjaldt tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*". Løsningsforslag fra de tre leverandørene som ikke vant konkurransen var vedlagt, mens vinnerforslaget ikke var vedlagt.
- (13) I bedømmelseskomiteens innstilling opplyses følgende om prosjektene:

"Som utgangspunkt for prosjektet er gitt følgende bestilling;

- *Nytt svømmeanlegg, 25m basseng, opplæringsbasseng 8,5x12,5m, stupebasseng, stupetårn 1m, 3m, 5m og vannsklie*
- *Det skal tas hensyn til nærheten til kirkegård og skoleanlegg*
- *Utleverte prosjektdokumenter, romprogram og distribuert supplerende informasjon*
- *Skal tilfredsstillende alle krav til å oppnå spillemidler*

Etter gjennomgang av prosjektforslagene er bestillingen vurdert oppfylt."

- (14) Videre het det:

"Bedømmelseskomiteen har i sitt arbeid behandlet ulike sider av løsningsforslagene, og konkludert sin innstilling ut fra en samlet vurdering av en rekke tema som er drøftet omkring det enkelte prosjekt.

Følgende temaer omtales i det følgende for det enkelte prosjekt

- *Plassering*
- *Ankomst-opplevelsen ved å møte anlegget*
- *Arkitektur, badet som nytt element i situasjonen, utforming og materialbruk*
- *Hvordan fungerer bevegelsen frem til bassengkanten*
- *Organisering av bassengflatene, innbyrdes plassering og arealene rundt disse*
- *Stup og sklie - plassering*
- *Opplevelsen av bassengrommet*

- *Salg og opphold i tørr sone*

- *Tribuneplass*

- *Tekniske anlegg*"

- (15) Tildelingsbeslutningen ble påklaget ved brev av 30. mars 2016. Innklagede avsto klagen 31. mars 2016. I avslaget ble det redegjort for at bedømmelseskomiteen var oppmerksom på at valgte leverandørs tilbud forutsatte at deler av bygget ble liggende under flomsikkert nivå, men at dette ble vurdert som akseptabelt i henhold til TEK 10 § 7-2.
- (16) Den 6. april 2016 ble samspillskontrakten signert. I etterkant av samspillsfasen bestemte innklagede seg for å gå videre med prosjektet og den 2. august 2016 signerte innklagede og valgte leverandør en totalentreprisekontrakt.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. mars 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Feil anskaffelsesprosedyre

- (18) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å benytte den særskilte anskaffelsesprosedyren plan- og designkonkurranse. Det er ikke adgang til å benytte plan- og designkonkurranse ved anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider.

Krav om innsyn

- (19) Innklagede har urettmessig avvist krav om innsyn i dokumenter. Innsynsretten ved offentlige anskaffelser er like vid som retten til bevis tilgang ved rettergang. Det er ikke adgang til å unnta dokumenter fra samspillsfasen under henvisning til taushetsplikten.
- (20) Klager anmoder klagenemnda om å omgjør sekretariatets beslutning om ikke å fremlegge krav om bevisfremleggelse for klagenemnda. Klager fastholder sitt krav om innsyn i kontraktens bilag 2 og 4, jf. klagenemndsforskriften § 11.

Adgangen til å benytte samspillfase

- (21) Konkurransesgrunnlaget legger opp til en samspillfase i perioden 4. april til 27. juni 2016, hvor valgte leverandør og innklagede skal forhandle om blant annet prisen på prosjektet. Det skal deretter inngås en totalentreprisekontrakt. Dette er klart i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1).

Motstridende opplysninger om tildelingskriteriene

- (22) Det er motstrid mellom tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, noe som er i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket.

Vesentlig avvik/forbehold

- (23) Innklagede har unnlatt å identifisere valgte leverandørs forbehold/avvik og å vurdere avvising. Valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik mot kontraktvilkårene og skulle av den grunn ha vært avvist. Valgte leverandørs tilbud legger opp til at deler av

bygget skal plasseres under flomgrensen. Dette er i strid med konkurransegrunnlaget, som forutsetter at prosjektet skal dimensjoneres for flomnivå med flomgrense 53,2 moh.

- (24) For det tilfellet at det ikke anses å være et avvik eller forbehold ved valgte leverandørs tilbud er det uansett uforsvarlig at valgte leverandør fikk maksimal poenguttelling på sitt løsningsforslag.

Tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag"

- (25) Tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*" er i strid med regelverket, fordi det ikke fremgår av materialet hvilke nærmere forhåndsfastsatte kriterier som skulle vektlegges ved poenggivning utover en samlet helhetsvurdering, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5.2. Tildelingskriteriet er utformet slik at innklagede i realiteten gis et fritt valg. Videre er kriteriet i strid med kravet om at det skal gi en uttømmende angivelse av hva som skal være utslagsgivende for rangeringen, jf. de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarehet.

- (26) Videre er ikke poenggivningen under tildelingskriteriet "*samspillkompetanse*" etterprøvbare, da det ikke er gitt noen begrunnelse.

Ulovlig endring

- (27) Kommunestyret i Voss kommune vedtok en kostnadsramme på kroner 133,5 millioner for prosjektet. Dette er vesentlig høyere enn valgte leverandørs tilbudssum. Tildelingen av arbeid som har ført til kostnadsøkningen har skjedd uten konkurranse, noe som er i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven §§ 1 og 5. Endring av kontraktens bestemmelser om prisstigning er en ulovlig endring av konkurransegrunnlaget.

Inngåelse av avtale etter vedståelsesfristen

- (28) Innklagede inngikk totalentrepriseavtalen med valgte leverandør etter vedståelsesfristen den 30. juni 2016. Dette representerer et brudd på regelverket.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Feil anskaffelsesprosedyre

- (29) Det er ikke benyttet en ulovlig anskaffelsesprosedyre. Det er en ordinær begrenset anbudskonkurranse med samspill for anskaffelse av bygg- og anleggsarbeid, ofte benevnt som "*anbudskonkurranse om totalentreprise med samspill*". Selv om benevnelsen plan- og designkonkurranse kan misforstås er det innholdet i konkurransen og konkurransegrunnlaget som er avgjørende.

Krav om innsyn

- (30) Det er gitt innsyn i de fleste dokumenter klager har bedt om innsyn i. De øvrige er interne dokumenter som er unntatt offentligheten/underlagt taushetsplikt. Avslag på innsynsbegjæringen er ikke påklaget til fylkesmannen.

Adgangen til å benytte samspillfase

- (31) Innklagede inngikk bindende kontrakt med valgte leverandør den 6. april 2016 i tråd med konkurransegrunnlaget. Kontrakten binder tilbyder i tråd med konkurransegrunnlaget og tilbudet. Den binder tilsvarende innklagede, men dog slik at innklagede hadde forbeholdt seg retten til å avslutte kontrakten dersom det forelå saklig grunn til det. I etterkant av

kontraktinngåelsen ble det gjennomført en samspillperiode i tråd med konkurransegrunnlaget. Denne samspillperioden er ikke å anse som en forhandling før kontrakt ble inngått og derfor heller ikke i strid med forhandlingsforbudet.

Motstridene opplysninger om tildelingskriteriene

- (32) Utvelgelseskriteriene er riktignok angitt som "tildelingskriterier" i kunngjøringen, men det fremstår utvilsomt slik, også for klager, at dette er utvelgelseskriterier i prekvalifiseringen. Tildelingskriteriene er angitt i konkurransegrunnlaget, og det foreligger ingen feil som er i strid med regelverket eller har innvirket på konkurransen, jf. også f.eks. KOFA 2013/96.

Vesentlig avvik/forbehold

- (33) Valgte leverandørs tilbud er ikke i strid med TEK 10 § 7-2 og det foreligger da verken avvsningsplikt eller avvsningsrett. Bedømmelseskomiteen vurderte forholdet og kom til at det var i tråd med både regelverket og konkurransegrunnlaget å plassere teknisk rom uten vannømtålig utstyr under flomsikkert nivå. Valgte leverandørs forslag forutsatte at konstruksjonen skal leveres som vanntett konstruksjon under flommålet. Innklagede har gjort en konkret skjønsmessig vurdering av forholdet og denne vurderingen kan ikke overprøves.

Tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag"

- (34) Tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag" er lovlig. Prosjektforslaget må oppfylle kravene i konkurransegrunnlaget punkt 4.2, og det er følgelig ikke slik at innklagede i realiteten har et fritt skjønn ved bedømmingen av kriteriet. Tilsvarende tildelingsmatriser og tildelingskriterium brukes i alle konkurranser av denne type og det er ikke mulig i forkant å klargjøre nøyaktig hvordan et løsningsforslag vil bli bedømt. Det er nettopp det som ligger i faget til en bedømmelseskomité.

Ulovlig endring

- (35) Klagers påstand om at den inngåtte kontraktssummen er så vidt mye høyere enn tilbudet er uriktig. Det er foretatt noen endringer i samspillsperioden, i henhold til konkurransegrunnlaget. Det opprinnelige tilbudet var på kroner 91 millioner ekskl. mva. Gjennom samspillsperioden skjedde noen endringer som samlet førte til et fradrag på kroner 2 665 389. Justert for lønns- og prisstigning i tråd med konkurransegrunnlaget og en oppnådd rabatt på kroner 1 million, ble samlet kontraktssum i totalentreprisen kroner 90 234 615.

Inngåelse av avtale etter vedståelsesfristen

- (36) Det ble kontrahert innen vedståelsesfristen. Avtalen ble inngått den 6. april 2016, mens vedståelsesfristen var den 30. juni 2016.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise av ny svømmehall som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 ("forskriften") del I og III, jf. dennes §§ 2-1 og 2-2.

Feil anskaffelsesprosedyre

- (38) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å benytte seg av anskaffelsesprosedyren "*plan- og designkonkurranse*". Denne prosedyren er imidlertid ikke benyttet. Anskaffelsen er kunngjort med kunngjøringsskjemaet som gjelder for anskaffelser som følger forskriften del I og del III, og det fremgår av punkt IV.1.1 at prosedyren "*begrenset anbudskonkurranse*" ville bli benyttet. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Krav om innsyn

- (39) Det følger av forskriften § 3-5 at "*for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova*". Etter offentleglova § 32 (1) kan avslag på innsynsanmodninger påklages til nærmeste overordnede organ, i dette tilfellet Fylkesmannen i Hordaland. Klagenemnda er ikke et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, jf. blant annet 2014/101 avsnitt 66, og anførselen avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Adgangen til å benytte samspillfase og spørsmål om vesentlig endring av kontrakt

- (40) Totalentreprise med samspill innebærer at det gjennomføres en samspillfase etter kontraktsinngåelse, hvor prosjektet videreutvikles mot en endelig totalentreprisekontrakt. Klager har anført at forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 er brutt ved gjennomføringen av samspillfasen mellom innklagede og valgte leverandør før totalentreprisekontrakten ble signert.
- (41) Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser gjelder frem til konkurransen avsluttes ved inngåelse av kontrakt med valgte leverandør. Konkurransen ble avsluttet ved at valgte leverandør og innklagede signerte en bindende kontrakt 6. april 2016. Frem til kontraktsinngåelsen ble konkurransen etter det opplyste gjennomført uten forhandlinger mellom innklagede og leverandørene.
- (42) Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser er etter nemndas vurdering ikke til hinder for at det avtales endringer i en kontrakt etter kontraktsinngåelse. I juridisk teori er det riktignok åpnet for at en avtalt endring like etter kontraktsinngåelse kan måtte anses som en omgåelse av forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser. Se i denne forbindelse Steinicke og Groesmeier, EUs Udbudsdirektiver, s.392 flg., hvor det blant annet uttales: "*Hvis byggherren foretager større ændringer i opgaven umiddelbart efter tildelingen af kontrakten, og aftalen er indgået, vil dette formentlig være i strid med forhandlingsforbuddet. Forhandlingsbuddet strækker sig formelt udelukkende til det tidspunkt, hvor konkurrencen afgøres, dvs. til tildelingen. Der er formentlig ikke tvivl om, at det i det omfang der foretages dispositioner umiddelbart efter tildelingen, der kunne have haft afgørende virkning på konkurrencen, kan disse også rammes af forhandlingsforbuddet. Hvis dette ikke var tilfældet, ville ordregiver (byggherre) frit kunne ændre kontraktens indhold umiddelbart efter tildelingen, og udbuddet ville således ikke længere være det reelle grundlag for konkurrencen. Konkurrencen ville i større eller mindre omfang blive illusorisk.*" Etter nemndas vurdering vil imidlertid slike omgørelser av forhandlingsforbudet fanges opp av forbudet mot vesentlige endringer.
- (43) Hvis en kontrakt endres *vesentlig* i kontraktsperioden, innebærer det at det i realiteten inngås en ny avtale. Forbudet mot vesentlige endringer er slått fast i rettspraksis, se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (Presstext). I den nevnte avgjørelsen uttalte Domstolen i avsnitt 34 flg. at det foreligger en vesentlig endring når

de nye kontraktsbestemmelsene er ”*avgørende forskjellige fra bestemmelsene i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer*”. Deretter uttalte Domstolen i avsnitt 35 flg, at en endring skal anses vesentlig dersom den:

”..... indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

36 *Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale.*

37 *En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.*”

- (44) I denne konkurransen er det nedfelt en forutsetning i konkurransegrunnlaget om at det allerede fra starten av avtalen skal skje en «videreutvikling av innlevert prosjektforslag frem til komplett forprosjekt med revidert pristilbud [...]». Konkurransegrunnlaget med vedlegg inneholder ikke klare føringer om hvilke endringer som kan avtales i samspillsfasen. Det ligger i samspillskontraktens natur at dette nettopp ikke skal fastsettes av oppdragsgiver alene, og derfor ikke kan fastsettes i konkurransegrunnlaget. Samtidig oppstilte konkurransegrunnlaget et krav om at leverandøren i sitt tilbud i konkurransen ga et *"bindende pristilbud [...] for hele prosjektet"*, dvs. en fast pris både for den innledende samspillfasen, og for den eventuelt påfølgende totalentreprisekontrakten. Dette setter klare rammer for hva som kan være lovlige endringer i kontraktsfasen.
- (45) Hvis endringen gjelder forhold som var relevant under bedømmelsen av tildelingskriteriene, skal det også lite til for at en endring skal anses vesentlig, siden endringen da kan ha påvirket utfallet av konkurransen. I dette tilfellet var et av tildelingskriteriene *"gruppens prosjektforslag"*, og dette var vektet 40% ved evalueringen. Dersom de avtalte endringene innebar endringer i tilbudt prosjektforslag, vil dette kunne ha medført et annet utfall av konkurransen, dersom endringene hadde vært en del av tilbudet som ble levert og evaluert i anbudskonkurransen. Slik saken er opplyst, har nemnda ikke grunnlag for å ta endelig stilling til om det er foretatt slike endringer.
- (46) Klager har videre anført at den endelige prisen på prosjektet etter samspillsfasen, ble kroner 131 millioner, og at dette må ha vært en konsekvens av en vesentlig endring av valgte leverandørs tilbud. Innklagede har innvendt at dette er uriktig, og at totalprisen rent faktisk har gått ned i etterkant av samspillsfasen. Revidert totalpris er oppgitt å være kroner 90 234 615 eks mva. Det vil si at det er avtalt en netto reduksjon på kroner 765.385 eks mva. Av dette er kroner 2.665.389 eks mva. en reduksjon som følge av avtalte materielle endringer i ytelsen, noe som utgjør i underkant av 3% av opprinnelig tilbudssum for totalentreprisen. Nemnda kan ikke se at dette kan anses vesentlig. Det

resterende er imidlertid et avtalt tillegg på kroner 2.900.000 for lønns- og prisstigning. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at det skal gis et bindende pristilbud for hele prosjektet, og at prisen ikke skal prisreguleres. Endringen innebærer følgelig en endring av kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren, og må derfor anses som en ulovlig vesentlig endring, jf. EU- domstolens uttalelse i sak C-454/06 premiss 37, gjengitt ovenfor.

- (47) For øvrig vil nemnda bemerke at det også er opplyst at ytterligere endringer er "diskutert", men ikke avklart, men at disse "forventes å komme til utførelse". Slik saken er opplyst, har ikke nemnda grunnlag for å vurdere om disse endringene er avtalt i strid med anskaffelsesregelverket.

Motstridende opplysninger om tildelingskriteriene

- (48) Klager anfører at det er motstrid mellom tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget og at dette er i strid med regelverket. I kunngjøringens punkt IV.2.1 "Tildelingskriterier" ble det opplyst at valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli vurdert på grunnlag av tre angitte kriterier. Disse er inntatt i redegjørelsen for sakens bakgrunn i avsnitt 6 foran. I konkurransegrunnlaget punkt 5 er det opplyst at tre andre kriterier ville bli benyttet, se redegjørelsen for sakens bakgrunn avsnitt 9.
- (49) Innklagede har opplyst at kriteriene som var angitt i kunngjøringen punkt IV.2.1 var ment å være utvelgelseskriterier til bruk i avgjørelsen av hvilke av de kvalifiserte leverandørene som skulle inviteres til konkurransen. De tre kriteriene var imidlertid listet opp i punktet om "Tildelingskriterier", hvor det også fremgår at kriteriene ville bli brukt i vurderingen av hvilket tilbud som var økonomisk mest fordelaktig.
- (50) Kunngjøringens rubrikk for "Tildelingskriterier" kan uansett ikke brukes til å angi utvelgelseskriterier. Når en oppdragsgiver velger å fylle ut punktet om tildelingskriterier i kunngjøringen punkt IV.2.1, er kravet til forutberegnelighet til hinder for at det benyttes andre tildelingskriterier på et senere tidspunkt av konkurransen. Det fremgår blant annet av EU-domstolens avgjørelse i sak C-448/01 (Wienstrom).
- (51) Klagenemndas avgjørelse i sak 2013/96 gjaldt en endring av grunnlaget for tildeling fra økonomisk mest fordelaktig tilbud i kunngjøringen (uten angitte tildelingskriterier), til lavest pris i konkurransegrunnlaget. Avgjørelsen innklagede har vist til behandler altså en annen problemstilling, og den kan ikke sammenlignes med situasjonen når tildelingskriteriene er listet opp i kunngjøringen.
- (52) Endringen av tildelingskriteriene innebar følgelig et brudd på kravet til forutberegnelighet.

Vesentlig avvik/forbehold

- (53) Klager anfører at innklagede har unnlatt å identifisere valgte leverandørs vesentlige forbehold/avvik og at tilbudet skulle ha vært avvist.
- (54) I konkurransegrunnlaget bok 1, punkt 6.1 var det stilt krav om at "Vossabadet skal dimensjoneres for flomnivå i samsvar med flaumskadepart NVE 2015. Flomgrense per april 2015 er satt til 53,2 moh i Vosskommune". Spørsmålet er om valgte leverandørs plassering av deler av bygget under flomnivået er å anse som et avvik fra konkurransegrunnlaget.

- (55) Partene synes å være enige om at oppfyllelse av dette kravet avhenger av om vilkårene i TEK 10 § 7-2 (2) er oppfylt. I TEK 10 § 7-2 (2) heter det at for *"byggverk i flomutsatt område skal sikkerhetsklasse for flom fastsettes. Byggverk skal plasseres, dimensjoneres eller sikres mot flom slik at største nominelle årlige sannsynlighet i tabellen nedenfor ikke overskrides"*.
- (56) I veilederen til TEK 10 § 7-2 heter det at *"[s]ikkerhetskravene i § 7-2 annet ledd kan oppnås enten ved å plassere byggverket utenfor flomutsatt område, ved å sikre det mot oversvømmelse eller ved å dimensjonere og konstruere byggverket slik at det tåler belastningene og skader unngås. Der det er praktisk mulig bør en velge det første alternativet, dvs. plassere byggverket utenfor området som oversvømmes ved flom med det aktuelle gjentakintervallet."* (Nemndas understrekninger.) Klagenemnda legger etter dette til grunn at det åpnes for alternative tiltak for flomsikring. Med andre ord at bygninger kan plasseres, dimensjoneres eller sikres mot flom.
- (57) Innklagede var oppmerksom på at valgte leverandør i sitt prosjektforslag hadde plassert deler av bygget under flommålet, og valgte å få kommunens byggesaksavdeling til å vurdere forholdet opp mot den nevnte bestemmelsen. Konklusjonen var at den valgte plassering av bygget, med en vanntett kjeller under flommålet og vannømtålig utstyr plassert på et høyere nivå i bygget, var tilstrekkelig til å oppfylle kravene i forskriften.
- (58) I veilederen anbefales det å velge plassering over flomnivået dersom det er mulig. Kravet om flomsikring, innebærer derimot ikke et krav om at bygget ble plassert over flomnivået på kote 53,2. Klagenemnda kan ikke se at den valgte plasseringen av bygget, med de sikringstiltak som er gjort, er i strid med TEK 10 § 7-2. Plasseringen utgjør dermed heller ikke et avvik fra kravspesifikasjonene. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag"

- (59) Klager anfører videre at tildelingskriteriet *"Gruppens prosjektforslag"* er i strid med regelverket.
- (60) Ut fra praksis fra EU-domstolen er det utledet krav til utformingen av tildelingskriteriene. I sak 31/87 (Beentjes) slo EU-domstolen fast at det ikke er tillatt å bruke tildelingskriterier som gir oppdragsgiver et fritt valg ved vurderingen. I sak C-19/00 (SIAC Construction) avsnitt 42 oppstilte EU-domstolen i tillegg et klarhetskrav til utformingen av tildelingskriteriene. Tildelingskriteriene skal utformes på en måte som gjør det *"muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måte."*
- (61) I konkurransegrunnlaget ble det oppgitt at tildelingskriteriet *"Gruppens prosjektforslag"* ville bli bedømt ut fra en *"samlet helhetsvurdering"*. Hvilke sider av tilbudene som ville bli bedømt i relasjon til dette kriteriet, er ikke selvforklarende. Etter hva klagenemnda kan se, kan tildelingskriteriets innhold heller ikke klargjøres ved å lese kriteriet i lys av de øvrige delene av konkurransegrunnlaget. Av konkurransegrunnlaget fremgår det at leverandørens prosjektforslag skulle oppfylle vilkårene i konkurransegrunnlaget punkt 3 og 4, samt de angitte kravspesifikasjonene. Kjennskap til at prosjektforslaget skulle oppfylle nærmere angitte krav, ga imidlertid ikke veiledning om hvilke sterke og svake sider ved prosjektforslagene som ville bli vurdert.

- (62) Ved levering av tilbud i konkurransen, visste tilbyderne derfor ikke hvilke forhold som ville bli bedømt under evalueringen av tildelingskriteriet. Dette ble først gjort kjent for tilbyderne i tildelingsbrevet av 10. mars 2016.
- (63) Tildelingskriteriet kan på denne bakgrunn ikke anses utformet slik at enhver rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder kunne forstå det på samme måte. Tildelingskriteriet er derfor ulovlig. Klagenemnda føyer til at slik saken er opplyst, ser det også ut til at leverandørene har hatt ulik oppfatning av hvilke fortrinn som ville bli bedømt under dette tildelingskriteriet.
- (64) Som følge av at tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*" anses ulovlig, finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til klagers anførsel om at evalueringen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriet var uforsvarlig. Klagenemnda bemerker imidlertid at dette regelbruddet ikke kan anses reparert under evalueringen. Selv om vurderingsmomentene som ble trukket frem av bedømmelseskomiteen fremstår som saklige og knyttet til det aktuelle prosjektet, var det ikke kjent for leverandørene at akkurat disse forholdene ville bli vektlagt. Dersom tilbyderne på forhånd hadde vært gjort kjent med hvordan prosjektforslagene ville bli bedømt, er det grunn til å tro at dette kunne ha hatt betydning for tilbudsutformingene. Den etterfølgende konkretiseringen av tildelingskriteriets innhold er derfor ulovlig, se blant annet klagenemndas sak 2014/95 med videre henvisninger til EU-domstolens praksis.
- (65) Klager har også anført at poenggivningen under tildelingskriteriet "*samspillkomptanse*" ikke er etterprøvbar og at dette i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5. Klagenemnda forstår dette som en anførsel om manglende begrunnelse. For tildelingskriteriet "*samspillkompetanse*" ble det, i forbindelse med tildelingen, utelukkende fremlagt en poengmatrise uten noen medfølgende redegjørelse for poenggivningen.
- (66) 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.
- (67) Det er etter dette ikke gitt en begrunnelse som gjør det mulig å vurdere om innklagede har evaluert tilbudene i samsvar med regelverkets krav, i forhold til tildelingskriteriet "*samspillkompetanse*". Den mangelfulle begrunnelsen representerer et brudd på forskriften § 20-16 (1).

Inngåelse av avtale etter vedståelsesfristen

- (68) Klager har anført at det er i strid med anskaffelsesregelverket at det ble inngått avtale om totalentreprise etter utløpet av vedståelsesfristen. I denne konkurransen var det forutsatt at det først skulle gjennomføres en samspillfase og deretter besluttes om prosjektet skulle videreføres, ved at det ble gjennomført en totalentreprise. Det vil si at oppdragsgiver i realiteten har kun en rett, men ikke en plikt til å gjennomføre resten av prosjektet etter at samspillfasen er avsluttet og forprosjektet er fullført. Det ble avgitt rettslig bindende tilbud på både samspillfasen og totalentreprisen. Nemnda kan ikke se at det faktum at totalentreprisen i realiteten var en opsjon for oppdragsgiver er i strid med anskaffelsesregelverket. Bindende kontrakt ble inngått 6. april 2016, både for samspillfasen og for opsjonen på totalentreprise, basert på det vinnende tilbudet. Kontrakt er følgelig inngått før vedståelsesfristen den 30. juni 2016.

Konklusjon:

Voss kommune har brutt kravet til forutberegnelighet ved å endre tildelingskriteriene som var angitt i kunngjøringen.

Voss kommune har brutt forskriften § 22-1 ved utformingen av tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*".

Voss kommune har brutt de grunnleggende kravene til likebehandling og konkurranse i loven § 5 ved å avtale en vesentlig endring etter kontraktsinngåelse.

Voss kommune har brutt begrunnelsesplikten i forskriften § 20-16 (1).

Klagers anførsel om innsyn har ikke blitt behandlet.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk