



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Ulovlig tildelingskriterium. Evalueringsmodell. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for bygging av nytt sykehjem og omsorgsboliger på Sandsli. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å undersøke om valgte leverandørs tilbudsopplysninger var korrekte, ble avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud ble delvis behandlet, og førte ikke frem. En del av anførselen berodde på bevissspørsmål som var uegnet for skriftlig saksbehandling, og ble derfor avvist fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Anførselen om at det var anvendt en ulovlig evalueringsmodell, og at tildelingskriteriet kvalitet var ulovlig, førte ikke frem. Innklagede hadde heller ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 29. juni 2018 i sak 2017/163

Klager: LAB Entreprenør AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Marianne Dragsten og Halvard Haukeland Fredriksen

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (innklagede) kunngjorde 28. juni 2016 en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for bygging av nytt sykehjem og omsorgsboliger på Sandsli. Etter det opplyste hadde anskaffelsen en estimert verdi på 400 000 000 kroner. Tilbudsfrist var 3. oktober 2016. Ved endringskunngjøring 27. september 2016 ble tilbudsfristen utsatt til 7. oktober 2016.
- (2) Kontrakten ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene pris (60-70 %) og kvalitet (30-40 %).
- (3) Tildelingskriteriet pris skulle evalueres på følgende grunnlag:

<i>Opplysning om eventuelle forbehold eller avvik i tilbudsbrief</i>
<i>Utfyllt tilbudsskjema i svardokumenter med opplysninger om totalpris, timesatser, påslagsfaktorer og opsjoner.</i>

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

Tilbudene evalueres på grunnlag av totalpris, timepris for PL/oppdragsansvarlig multiplisert med et antall timer, tilbudte påslagsprosjenter multiplisert med evalueringssummer og total opsjonssum.

Det understrekes at antall timer og summer for påslag kun er å forstå som evalueringsmengder for å kunne sammenligne de ulike tilbudene.

- (4) Svardokumentet vedlagt konkurransegrunnlaget inneholdt flere prisskjema som skulle fylles ut av tilbyderne. Det skulle oppgis en pris som skulle omfatte felleskostnader, bygning, VVS-installasjoner, Elkraftinstallasjoner, tele- og automatisering, andre installasjoner og utomhus. Det skulle også oppgis timepriser for tilleggsarbeid bestilt av byggherren. Videre skulle det oppgis påslagsprosjenter og priser for materiell og utstyr, og for underentreprenør. Tilbyderne skulle også oppgi en pris for PL/oppdragsansvarlig, hvor det var pris for 1000 timer som skulle fylles inn. Svardokumentet inneholdt også et prisskjema for opsjoner.
- (5) Det skulle tilbys én prosjektleder/oppdragsansvarlig for prosjektet. CV-en for den tilbudte personen skulle vedlegges tilbudet. Tildelingskriteriet kvalitet skulle evalueres slik:

Kvalitet	CV for tilbudt prosjektleder/oppdragsansvarlig.
<i>Tilbudte prosjektleders/oppdragsansvarliges dokumenterte erfaring og kompetanse fra tilsvarende roller i sammenlignbare prosjekter.</i>	<i>CV-en skal inneholde opplysninger om utdanning og tidligere utførte oppdrag (byggherre, størrelse, verdi og type/art og medarbeiderens rolle i prosjektet).</i>
	<i>Det vil ikke være anledning til å bytte ut tilbudte medarbeidere i prosjektets levetid uten at dette godkjennes av oppdragsgiver. Evt. nytt tilbudt personell skal minst ha samme (eller bedre) relevant kompetanse.</i>

- (6) I konkurransegrunnlaget del II, A, «Generelt om prosjektet», var det angitt følgende om tiltransport av prosjekteringsfirmaet DBC AS:

«Ettersom prosjektet skal gjennomføres i en totalentreprise er det totalentreprenør som har prosjekteringsansvar. Konkurransegrunnlaget er basert på et langt fremskredet skisseprosjekt med beskrivelse. Til utarbeidelse av forannevnte er DBC AS engasjert. Engasjert prosjekteringsfirma skal tiltransporteres engasjert totalentreprenør med avtalt honorar. Det skal før oppstart byggeplass gjennomføres komplett fagmessig koordinert prosjektering for alle fag. Underlag fremlegges for byggherren før oppstart.»

- (7) Det var angitt følgende om vederlaget i konkurransegrunnlaget del II, D:

«D.1 Svardokument inkl. tilbudsskjema

Tilbudsskjema inngår i Svardokumentet vedlagt konkurransegrunnlaget

D.2 Byggherrens medvirkning

Engasjert rådgivergruppe DBC AS skal tiltransporteres engasjert totalentreprenør for samtlige fagdisipliner inkl. VEG, RIM og GEO.»

- (8) Konkurransegrunnlaget var vedlagt utkast til tiltransportavtale mellom innklagede, DBC AS og leverandøren som ville bli tildelt totalentreprenøroppdraget. Rådgiverkontrakten mellom DBC AS og innklagede var også vedlagt.
- (9) I tiltransportavtalen var det angitt at rådgiverkontrakten med DBC AS var delt inn i to faser. Fase 1 var skisseprosjekt og forprosjekt, og fase 2 var detaljprosjekt/- byggefase. Det var videre angitt at fase 1 av rådgiverkontrakten var gjennomført, og at *«I denne avtalen tiltransporteres Rådgiverkontrakten Fase 2 til Totalentreprenøren som underkontrakt»*.
- (10) Det var angitt følgende i tiltransportavtalen punkt 2, *«Forholdet mellom Byggherre og Totalentreprenør»*:

«Totalentreprenøren påtar seg et selvstendig kontraktsansvar overfor Byggherren for oppfyllelse av Rådgiverkontrakten.

Kontraktsforholdet mellom disse parter reguleres av kontrakt med rådgiver, slik at Totalentreprenøren har slike rettigheter og forpliktelser overfor Byggherren som Rådgiveren hadde overfor Byggherren før tiltransporten, mens Byggherren har slike rettigheter og forpliktelser overfor Totalentreprenøren som Byggherren hadde overfor Rådgiveren før tiltransporten, men slik at Totalentreprenøren honoreres i henhold til Totalentreprisekontrakten hvor det er oppgitt fast pris på prosjektering.

Totalentreprenøren kan ikke avbestille rådgiverkontrakten uten Byggherrens samtykke. Samtykke kan nektes på fritt grunnlag.

Byggherren kan likevel gjøre gjeldende krav mot Rådgiveren, samt gjeninnføre i Rådgiverkontrakten, såfremt dette følger av kontraktsbestemmelsene i Rådgiverkontrakten. Byggherren kan også fremme andre krav mot Rådgiveren når det måtte følge av lov eller annet rettsgrunnlag.»

- (11) Det var angitt i punkt 3 i tiltransportavtalen:

«Ved undertegnelse av denne avtale overdrar Byggherren Rådgiverkontrakten i sin helhet til Totalentreprenøren, som trer inn i og overtar Byggherrens rettigheter og forpliktelser overfor Rådgiveren.

Det foreligger etter dette intet kontraktsforhold mellom Byggherren og Rådgiveren for Rådgiverkontrakten, med mindre annet er spesifisert i denne avtale.»

- (12) I tiltransportavtalen punkt 5 var det angitt at «Rådgiveren skal sende sine fakturaer til Totalentreprenøren. Totalentreprenøren honoreres i henhold til Totalentreprisekontrakten».
- (13) Det fulgte av rådgiverkontrakten med DBC AS at oppdraget skulle påbegynnes 1. juni 2015, og være ferdig i februar 2019, inkludert oppfølging i tre års garantitid. Fastprisen for oppdraget var på 13 925 000 kroner ekskl. mva.. Kontrakten inneholdt en bestemmelse om at endringsarbeider ville honoreres etter satser angitt, basert på NS 8401 punkt 10.4.
- (14) Det ble stilt spørsmål til innklagede om hvordan tiltransporten av rådgiverkontrakten skulle håndteres:

«Spørsmål 3.10

Vi synes det er noe uklart hvordan tiltransport av prosjekteringsytelser skal håndteres.

a) I svarokumentet under pkt 3.1.3 Påslagsprosent står det at tiltransport av rådgivingstjenester skal være uten påslag. Er dette riktig? Skal TE ikke ha påslag for den risiko- og administrasjon som medfølger overtakelsen av prosjekteringsgruppen?

Svar: Risikoen ved å overta prosjekteringsansvaret må være innbakt i de ulike postene i tilbudssummen.

b) Videre står det følgende i funksjonsbeskrivelsen: "Totalentreprenøren skal medta kostnader for komplett prosjektering". Får vi tilsendt størrelsen på honoraret som vi skal medta i vårt tilbud?

Svar: Dette vil bli lagt ut på prosjektplassen.

[...]

Spørsmål 18.2

Med bakgrunn i at utdypende informasjon om tiltransport av prosjekteringsgruppe ble kunngjort etter frist for spørsmål håper vi at dere har mulighet til å komme med noen presiseringer rundt dette.

Vi ser at det er grobunn for usikkerhet rundt honorarene som er avtalt.

Kan dere bekrefte følgende oppsett:

- Fastpris entreprenørfase: 9.316.150,- (sum disipliner i kap 3.1.1 revidert svarokument)
- Opsjonspris PRO omsorgsboliger: 4.047.493,- (ca 5000m² x 1.208.207,- x brøkfase 1 & 2)
- Reisekostnader TE vurderer omfang etter behov. Enhetspriser iht. punkt 3.1.4

- *IARK* *Tilleggsytelser i punkt 3.1.5 antas berøre forhold mellom BH og IARK.*
- *RiByFy / RIVA* *Antas medtatt i fastpris ovenfor ref. meddelelse 3.*

Svar:

Prosjekteringsavtalen som er vedlagt konkurransegrunnlaget skal tiltransporteres i sin helhet.

Spørsmål 18.3

Informasjon om ytelser og honorarer til prosjekterende ble lagt ut på webhotell 22.09.2016 - altså 2 dager etter frist for spørsmål.

Håper derfor dere kan vurdere spørsmål stilt her samt i mail fra tidligere i dag.

Vi ønsker en klarhet angående hvem som bærer risikoen med at tiltransportert rådgivergruppe oppfyller sine ytelser i prosjektet.

Oppgitte honorar er etter vårt inntrykk langt lavere enn ved sammenlignbare prosjekter.

DBC AS har per nå en økonomisk rating som kan stilles spørsmål rundt, og dersom disse skulle gå konkurs vil en måtte fullføre prosjektet med prosjekterende i en annen prisklasse.

Svar:

Totalentreprenøren bærer risikoen for at tiltransportert rådgivergruppe oppfyller sine ytelser i prosjektet.»

- (15) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, heriblant fra LAB Entreprenør AS (klager).
- (16) I klagers tilbud var det angitt følgende om tiltransport av rådgiverkontrakten med DBC AS:

«Tiltransport av prosjekteringsgruppe

Som angitt i forespørselsdokumentene og i meddelelser skal prosjekteringsgruppen tiltransporteres til totalentreprenøren. Vi har derfor ikke medtatt denne summen i vårt tilbud. Vi har kun medtatt påslag for tiltransport av prosjekteringsgruppen i entreprenørfasen.»

- (17) Ved tildelingsbrev 27. oktober 2016 ble det opplyst at innklagede hadde intensjon om å inngå kontrakt med Constructa Entreprenør AS (valgte leverandør). Det fremgikk av tildelingsbrevet at den endelige vektingen av tildelingskriteriene var 70 % på priskriteriet, og 30 % på kvalitetskriteriet.
- (18) Det var angitt i tildelingsbrevet at totalsummen i valgte leverandørs tilbud var 373 505 728 kroner. Valgte leverandør var nr. 2 på priskriteriet, med en vektet score på 6,97

poeng. Klagers totalsum var på 371 850 124 kroner, og fikk full uttelling på priskriteriet, med en vektet score på 7 poeng.

- (19) Det fremgikk videre av tildelingsbrevet at valgte leverandør hadde fått full uttelling på tildelingskriteriet kvalitet, en vektet score på 3 poeng. Klager fikk en vektet score på kvalitetskriteriet på 2,57 poeng. Det fremgikk av tildelingsbrevet at valgte leverandør og klager var vurdert likt på utdannelse, og at valgte leverandør var vurdert som bedre på relevant praksis. Det var videre angitt følgende om evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet:

«Innsendt dokumentasjon knyttet til tilbudt prosjektleder/oppdragsvarlige erfaring og kompetanse fra tilsvarende roller i sammenlignbare prosjekt er vurdert.

Tilbudte PL har solid relevant erfaring fra store prosjekter, deriblant Sparebanken vest-Jonsvollkvartalet, Ikea og Clarion Hotell Flesland. Kandidaten anses som den beste og valgte tilbyder var nr. 1 på dette kriteriet.»

- (20) Etter forespørsel fra klager, ble klager tilsendt evalueringsnotatet som ble laget for evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet.
- (21) Etter å ha mottatt evalueringsdokumentet fra innklagede, fremmet klager innsigelser mot tildelingsbeslutningen. Klagen inneholdt en gjennomgang av referanseprosjektene i CV-en til valgte leverandørs tilbudte prosjektleder/oppdragsansvarlige.
- (22) Innklagede varslet tilbyderne om forlengelse av karensperioden som følge av klagen, og sendte klagers innsigelser til valgte leverandør. Innklagede besvarte klagen 24. november 2016. Besvarelsen var vedlagt et brev fra valgte leverandørs advokat, hvor klagers innsigelser ble besvart.
- (23) Klager begjærte midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelsen. I kjennelse av 2. januar 2017, konkluderte Bergen tingrett med at vilkårene for midlertidig forføyning var oppfylt.
- (24) Innklagede anket tingrettens kjennelse. I kjennelse av 3. juni 2017 kom Gulating lagmannsrett til at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt.
- (25) Kontraktsmøte mellom innklagede og valgte leverandør ble avholdt 21. august 2017. I referatet fra møtet fremgår det blant annet:

«• Kontraktsum

Det ble diskutert hvorvidt rådgiverhonorar var del av totalentreprenørs tilbud.

Konklusjon: *rådgiverhonorar er ikke del av tilbudssum og skal således tillegges totalentreprenørens tilbudssum.»*

- (26) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 24. august 2017.
- (27) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. november 2017. Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. juni 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Undersøkelses-/reaksjonsplikt

- (28) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å undersøke om opplysningene i CV-en til valgte leverandørs tilbudte prosjektleder/oppdragsansvarlige var korrekte. Innsigelsene fra klager var tilstrekkelige til å utløse en undersøkelses-/reaksjonsplikt. Denne plikten ble ikke oppfylt ved å foreligge opplysningene for valgte leverandør. De forholdene som ble dokumentert i saksforberedelsene for tingretten og i tingrettsbehandlingen var tilstrekkelige til å utløse en ny undersøkelsesplikt. De nye opplysningene ble tilsynelatende ikke engang vurdert. Også de forhold som kom frem da valgte leverandør meldte sin partsinntreden 20. februar 2017, var tilstrekkelige til å utløse en reaksjonsplikt.

Tildelingsevalueringen

- (29) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet «Kvalitet». Henvisningen til «tilsvarende» rolle, må etter klagers oppfatning forstås slik at relevant erfaring er avgrenset til prosjekter der kandidaten har vært entreprenørens prosjektleder, og at denne rollen har blitt utført fra kontrahering og helt frem til ferdigstillelse. Det er denne rollen som skal fylles i kontrakten. Det måtte uansett være slik at erfaring fra rollen som entreprenørens prosjektleder skulle premieres høyere enn erfaring fra andre roller. Tildelingskriteriet åpnet ikke for å likestille erfaring som byggherrens prosjektleder, byggherreombud og prosjekteringsleder med rollen som skulle fylles i Sandsli-prosjektet – entreprenørens prosjektleder.
- (30) Innklagede har evaluert erfaringen til valgte leverandørs kandidat som om han var prosjektleder på de prosjektene det senere er avdekket at han hadde tittelen som prosjektsjef. Innklagede har ikke gitt et klart svar på om de anser erfaring fra en prosjektsjefrolle som like relevant og verdifull som en prosjektlederrolle. I andre prosjekter har valgte leverandørs kandidat kun vært prosjektleder i forprosjektet, og ikke i utførelsesfasen.
- (31) Tildelingskriteriet åpnet heller ikke for å vektlegge antall år i byggebransjen som et tungtveiende element i evalueringen. Etter et visst antall års erfaring fra en rolle, kan det ikke legges til grunn at all mererfaring skal telle like mye ved sammenligningen.
- (32) Legges innklagedes forståelse av tildelingskriteriet til grunn, ville dette ført til at andre personer ble tilbudt i rollen som prosjektleder dersom denne forståelsen var gjort kjent i konkurransegrunnlaget.

Ulovlig evalueringsmodell

- (33) Innklagede har også brutt regelverket ved å anvende en ulovlig evalueringsmodell, ved at tilbudsprisene og tilbudskvalitetene er vurdert helt uavhengige av hverandre. Uten kjennskap om den prismessige betydningen av poengutslaget på kvalitet, blir selve evalueringsmodellen uforsvarlig og vilkårlig.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (34) Innklagede hadde alternativt plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. De feilene, ufullstendighetene og uklarhetene som er avdekket i valgte leverandørs tilbud, sammenholdt med at klager hadde det laveste pristilbudet, gjør at det hefter betydelig tvil ved bedømmingen av valgte leverandørs tilbud relativt sett til klagers tilbud.

Ulovlig tildelingskriterium og avlysningsplikt

- (35) Dersom klagenemnda kommer til at det ikke var mulig å kontrollere hvorvidt tilbudsopplysningene var korrekte, anføres det at tildelingskriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriet er dermed ulovlig. Det vises til EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16 (Fosen-Linjen) premiss 120 følgende. Bruddet medfører at konkurransen skulle vært avlyst.

Brudd på forhandlingsforbudet og ulovlig direkte anskaffelse

- (36) Innklagede har brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1) ved å tillegge valgte leverandørs tilbudssum 14 500 000 kroner eks. mva. for «*Honorar rådgiverkontrakt*». Det vises i denne forbindelse til klagenemndas sak 2015/134 premiss (30) følgende.
- (37) Prisendringen gjør også at kontraktsinngåelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Vederlaget til valgte leverandør er økt med om lag 15 millioner kroner uten noen motytelse. Dette utgjør en vesentlig endring. Valgte leverandør hadde tatt med honoraret til rådgivergruppen i sin opprinnelige tilbudspris. Dette har valgte leverandør selv fremhevet overfor innklagede i brev 20. november 2016. Valgte leverandør fremholdt det samme i lagmannsretten.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Saken bør avvises

- (38) Klagen må avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9. Behandlingen av klagen forutsetter at nemnda legger til grunn et annet faktum enn det lagmannsretten la til grunn etter muntlige forhandlinger. Klagen retter seg reelt sett mot lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelsen under subsumsjonen av hvordan tildelingskriteriet kvalitet skal anvendes på den CV som ble levert for valgte leverandørs prosjektleder/oppdragsansvarlige.

Undersøkelses-/reaksjonsplikt

- (39) Innklagede undersøkte holdbarheten i innsigelsene fra klager. Som grunnlag for klagebehandlingen ble klagen oversendt til valgte leverandørs advokat. Innholdet i klagers innsigelser ble vurdert i lys av innvendingene som valgte leverandørs advokat gav, og utfallet av denne vurderingen var at det ikke var grunnlag for å endre tildelingen.
- (40) Klager har ikke påvist nye faktiske forhold som kan lede til en annen vurdering av tildelingen. Klagers anførsler har vært av samme type siden tildelingen. Innklagede har ikke hatt grunnlag for å foreta ytterligere undersøkelser.

Tildelingsevalueringen

- (41) Innklagedes evaluering av tildelingskriteriet er lovlig, og bygger på en konkret vurdering av utpekte prosjektleder/prosjektansvarlig som tilbyderne oppgav i sine tilbud. Ordlyden i tildelingskriteriet «*tilsvarende roller i sammenlignbare prosjekter*» omfatter både totalentreprenør, byggherren og over prosjektets tidsakse. Flertallsformen i ordlyden viser i seg selv at flere roller og funksjoner kan ha relevans ved vurderingen.
- (42) Innklagede har ikke foretatt noen kvantitativ vektlegging av antall prosjekter, uavhengig av hvilken rolle som er utøvd eller antall år i bransjen. Som lagmannsretten fremhevet var poengforskjellen relativt liten, og reflekterer ikke bare antall år, men vekten av den totale erfaringen.

Ulovlig evalueringsmodell

- (43) Det er etter innklagedes syn korrekt å evaluere pris og kvalitet hver for seg. Innklagede deler lagmannsrettens vurdering om at det var forutberegnelig for leverandørene at kvalitet ville kunne bli utslagsgivende når prisdifferansen var liten.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (44) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Valgte leverandørs tilbud var ikke uklart. Det inneholdt alle opplysninger som var etterspurt i konkurransegrunnlaget.

Ulovlig tildelingskriterium og avlysningsplikt

- (45) Innklagede bestrider at tildelingskriteriet ikke var egnet til å utpeke det totalt sett beste tilbudet, jf. forskriften § 22-2 (2). Innklagede kan ikke se at tildelingskriteriet etter sin art og innhold ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Opplysningene i tilbudet er egnet for en objektiv sammenligning.

Brudd på forhandlingsforbudet og ulovlig direkte anskaffelse

- (46) Innklagede bestrider at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det er ikke foretatt noen endringer av valgte leverandørs tilbud i forbindelse med kontraktsmøtet 21. august 2017. Ved en gjennomgang av konkurransedokumentene, spørsmål og svar og tilbudet fra valgte leverandør, ble det konkludert med at honoraret for prosjekteringen ikke var inkludert i tilbudet. Dette fremgår av referatet fra kontraktsmøtet. Kontraktssummen ble derfor tillagt posten «*honorar for rådgiverkontrakt*». Kostnaden for prosjekteringskontrakten som skulle tiltransporteres var fast, og dermed ikke noe tilbyderne skulle konkurrere om. Kostnaden fremgikk av prosjekteringsavtalen som var vedlagt konkurransedokumentene. Kostnaden var ikke inkludert i oppstillingen i svardokumentet hvor tilbyderne oppgav de ulike prisene som ble summert til tilbudssummen. Det påslag tilbyderne skulle ta for risikoen ved å få tiltransportert prosjekteringskontrakten skulle være omfattet av tilbudssummen. Kostnaden var tema på kontraktsmøtet, før den, som forutsatt i konkurransedokumentene, ble tillagt tilbudssummen.
- (47) På tidspunktet for kontraktsinngåelsen med valgte leverandør, utgjorde honoraret for prosjekteringen 14 550 000 kroner ekskl. mva. Kostnaden tar opp i seg korrigering av tilleggshonorar på grunn av manglende indeksregulering, samt kostnader forårsaket av at

prosjektet var blitt forsinket. Prosjekteringsgruppen varslet innklagede tidlig om sitt krav knyttet til at prosjektgjennomføringen ble forsinket.

Klagenemndas vurdering:

- (48) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for bygging av nytt sykehjem og omsorgsboliger på Sandsli, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 7.april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (49) Under henvisning til at saken allerede har vært gjenstand for tingretts- og lagmannsrettsbehandling, har innklagde anført at klagen bør avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforskriften § 9. Innklagede har i denne forbindelse fremholdt at klagen forutsetter at nemnda bygger på et annet faktum enn det lagmannsretten la til grunn etter muntlige forhandlinger med omfattende vitneførsel.
- (50) Nemnda forstår klagenemndsforskriften § 9 slik at bestemmelsen ikke er til hinder for at nemnda kan velge å avvise bare deler av en klage. Dette er praktisk i tilfeller hvor noen, men ikke alle av klagers anførsler fremstår som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.
- (51) Den omstendighet at deler av en klage tidligere har vært behandlet av en domstol som ledd i prøvingen av en begjæring om midlertidig forføyning, innebærer ikke uten videre at disse delene av saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforskriften § 9. Nemnda påpeker for ordens skyld at situasjonen er en annen dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved dom i første instans, jf. klagenemndsforskriften § 6.
- (52) I den foreliggende sak finner klagenemnda ikke grunn til å avvise hele klagen som uhensiktsmessig for behandling. Flere av klagers anførsler forutsetter imidlertid at nemnda bygger på et annet faktum enn det lagmannsretten la til grunn etter muntlige forhandlinger med omfattende vitneførsel. Som det vil fremgå av det følgende, er nemnda kommet til at enkelte av disse anførselene bør avvises fra behandling.

Undersøkelses-/reaksjonsplikt

- (53) Klager mener at innklagede har brutt regelverket ved ikke å undersøke om opplysningene i CV-en til valgte leverandørs tilbudte prosjektleder/oppdragsansvarlige var korrekte etter at klager kom med innsigelser mot kontraktstildelingen.
- (54) Klagers innsigelser har vært gjenstand for behandling i tingretten og lagmannsretten i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. Klagenemnda ser det slik at en avgjørelse av dette spørsmålet beror på bevisspørsmål som ikke er egnet for skriftlig saksbehandling. At lagmannsretten har lagt til grunn et dokumenterbart uriktig faktum, slik klager anfører, har nemnda ikke grunnlag for å konstatere. Klagers anførsel avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Tildelingsevalueringen

- (55) Klager fremholder at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. Dette er begrunnet med at det ikke var adgang til å legge vekt på erfaring fra andre roller enn som entreprenørens prosjektleder i perioden fra kontrahering med entreprenøren til ferdigstillelse av prosjektet.
- (56) Tildelingskriteriet kvalitet skulle evalueres basert på tilbudt prosjektleders/oppdragsansvarliges dokumenterte erfaring og kompetanse fra «*tilsvarende roller i sammenlignbare prosjekter*». Oppfyllelse av tildelingskriteriet skulle dokumenteres ved innlevering av den tilbudte personens CV, hvor det skulle opplyses om utdanning og tidligere utførte oppdrag.
- (57) Som innklagede påpeker, viser tildelingskriteriet til erfaring fra «*tilsvarende roller*» i flertall. Flertallsbetegnelsen tilsier at også erfaring fra andre roller enn entreprenørens prosjektleder ville være relevant i evalueringen av tildelingskriteriet. Det at det skulle dokumenteres erfaring fra «*tilsvarende*» roller, innebærer ikke at erfaringen måtte være fra identiske roller. Det var også angitt at erfaringen skulle være fra «*sammenlignbare prosjekter*». Dette begrenser seg ikke til prosjekter i gjennomføringsfasen. I CV-en skulle det gis opplysninger om prosjektenes byggherre, størrelse, verdi og type/art, og medarbeiderens rolle i prosjektene. Tildelingskriteriet ville altså vurderes ut fra en sammensatt vurdering av opplysningene i CV-en.
- (58) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at tildelingskriteriet kvalitet ikke begrenset seg til erfaring som entreprenørens prosjektleder i perioden fra kontrahering til ferdigstillelse.
- (59) Klager fremholder at erfaring fra rollen som byggherrens prosjektleder uansett måtte tillegges størst betydning ved evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. I denne forbindelse fremholder klager at innklagede har likestilt erfaring fra roller og prosjekter som ikke er sammenlignbare. Videre mener klager at innklagede ikke har lagt til grunn riktig faktum i evalueringen av CV-en til valgte leverandørs tilbudte prosjektleder/oppdragsansvarlig. Det vises også til at innklagede har lagt for høy vekt på antall års erfaring i byggebransjen.
- (60) Tildelingskriteriet kvalitet skulle som nevnt være gjenstand for en sammensatt vurdering. I tillegg til hvilken rolle den tilbudte personen hadde hatt i prosjektene, var også prosjektets størrelse, verdi og type/art en del av vurderingen. Slik tildelingskriteriet var utformet gav det innklagede et visst rom for skjønn ved denne vurderingen.
- (61) Hvilken erfaring valgte leverandørs tilbudte prosjektleder faktisk hadde, har vært gjenstand for omfattende vitneførsel i sakene om midlertidig forføyning for både tingretten og lagmannsretten. Klagenemnda ser det slik at en avgjørelse av dette spørsmålet beror på bevissspørsmål som ikke er egnet for skriftlig saksbehandling. Denne delen av anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. For øvrig gir klagers anførsel ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes evaluering av den tilbudte kvaliteten.

Ulovlig evalueringsmodell

- (62) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å anvende en ulovlig evalueringsmodell, ettersom tildelingskriteriene pris og kvalitet er vurdert uavhengig av hverandre.
- (63) Klager mener at innklagedes manglende kjennskap til den prismessige betydningen av poengutslaget på kvalitet, gjør at evalueringsmodellen er uforsvarlig og vilkårlig. Lagmannsretten la til grunn at det var forutberegnelig for leverandørene at kvalitet ville kunne bli utslagsgivende når prisdifferansen, som her, var liten. Nemnda er enig i dette. Klager har ikke vist til konkrete holdepunkter for at innklagedes fremgangsmåte har ført til uforsvarlige eller vilkårlige resultater i denne saken. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Ulovlig tildelingskriterium

- (64) Klager anfører subsidiært at tildelingskriteriet kvalitet er ulovlig, fordi det ikke er mulig å kontrollere at tilbudsopplysningene er korrekte.
- (65) I vår sak er det oppstilt et tildelingskriterium om kvalitet, som skulle evalueres på bakgrunn av *«Tilbudte prosjektleders/oppdragsansvarliges dokumenterte erfaring og kompetanse fra tilsvarende roller i sammenlignbare prosjekter.»* Oppfyllelse av tildelingskriteriet skulle dokumenteres med CV for tilbudt prosjektleder/oppdragsansvarlig, som skulle inneholde *«opplysninger om utdanning og tidligere utførte oppdrag (byggherre, størrelse, verdi og type/art og medarbeiderens rolle i prosjektet)»*. For klagenemnda er det klart at dette er opplysninger som er etterprøvbare. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og EFTA-domstolens sak E-16/16 (Fosenlinjen) skiller seg klart fra saksforholdet i vår sak.
- (66) Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Brudd på forhandlingsforbudet/Ulovlig direkte anskaffelse

- (67) Klager anfører at innklagede har brutt forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1), og foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dette begrunner klager med at valgte leverandørs tilbudssum ble tillagt 14 500 000 kroner eks. mva. for «honorar rådgiverkontrakt» i kontraktsmøtet med valgte leverandør. Klager fremholder at dette representerer en vesentlig endring fordi valgte leverandørs opprinnelige tilbudspris inkluderte honoraret til rådgivergruppen.
- (68) Det følger av praksis fra EU-domstolen at oppdragsgiver ikke kan gjøre vesentlige endringer i kontrakten med den valgte tilbyderen, jf. sak C-454/06 (presstext). Man står i slike tilfeller overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til anskaffelsesregelverket.
- (69) Ved avgjørelsen av om det er skjedd en endring, må det først tas stilling til hvordan valgte leverandørs tilbud er å forstå. Dette beror på en tolkning av tilbudet i lys av det konkurransegrunnlaget det besvarer. At valgte leverandørs advokat i ettertid har gitt uttrykk for at honoraret til DBC AS var inkludert i valgte leverandørs tilbudspris er ikke avgjørende.

- (70) Det var i konkurransegrunnlaget angitt at innklagedes avtale med prosjekteringsfirmaet DBC AS «*skal tiltransporteres engasjert totalentreprenør med avtalt honorar*». I tråd med dette la konkurransegrunnlaget heller ikke opp til at tilbyderne skulle oppgi prisen som skulle betales rådgivningsfirmaet. Videre ble det klargjort gjennom innklagedes svar at «*Risikoen ved å overta prosjekteringsansvaret må være innbakt i de ulike postene i tilbudssummen*».
- (71) I tråd med det konkurransegrunnlaget og tilhørende prisskjemaer la opp til, inneholder ikke valgte leverandørs tilbud opplysninger om eller en pris for det honorar som skulle betales til prosjekteringsfirmaet DBC AS. Dette innebærer at det ikke representerer en endring at prisen i valgte leverandørs tilbudssum ble tillagt honoraret for rådgiverkontrakten.
- (72) Det foreligger etter dette ikke en endring, og dermed er det ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det representerer heller ikke et brudd på forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1 (1) at honoraret i medhold av rådgiverkontrakten var et punkt på agendaen i kontraktsmøtet med valgte leverandør.
- (73) Klager har stilt spørsmål ved størrelsen på honoraret som ble avtalt i kontraktsmøtet.
- (74) Det er opplyst at økningen av dette honoraret, som altså var et vederlag valgte leverandør skulle betale rådgiveren DBC AS, var forårsaket av at oppstarten ble forsinket. Det er ingen holdepunkter for å konstatere at dette representerte en vesentlig endring av avtalen med valgte leverandør.
- (75) Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Klagers anførsel om at Bergen kommune har brutt regelverket ved ikke å undersøke om valgte leverandørs tilbudsopplysninger var korrekte, ble avvist som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagers anførsel om at Bergen kommune har brutt regelverket ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud ble delvis behandlet, og førte ikke frem. En del av anførselen berodde på bevissspørsmål som var uegnet for skriftlig saksbehandling, og ble derfor avvist fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagers anførsler om at det er anvendt en ulovlig evalueringsmodell, og at tildelingskriteriet kvalitet er ulovlig, har ikke ført frem.

Bergen kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk