

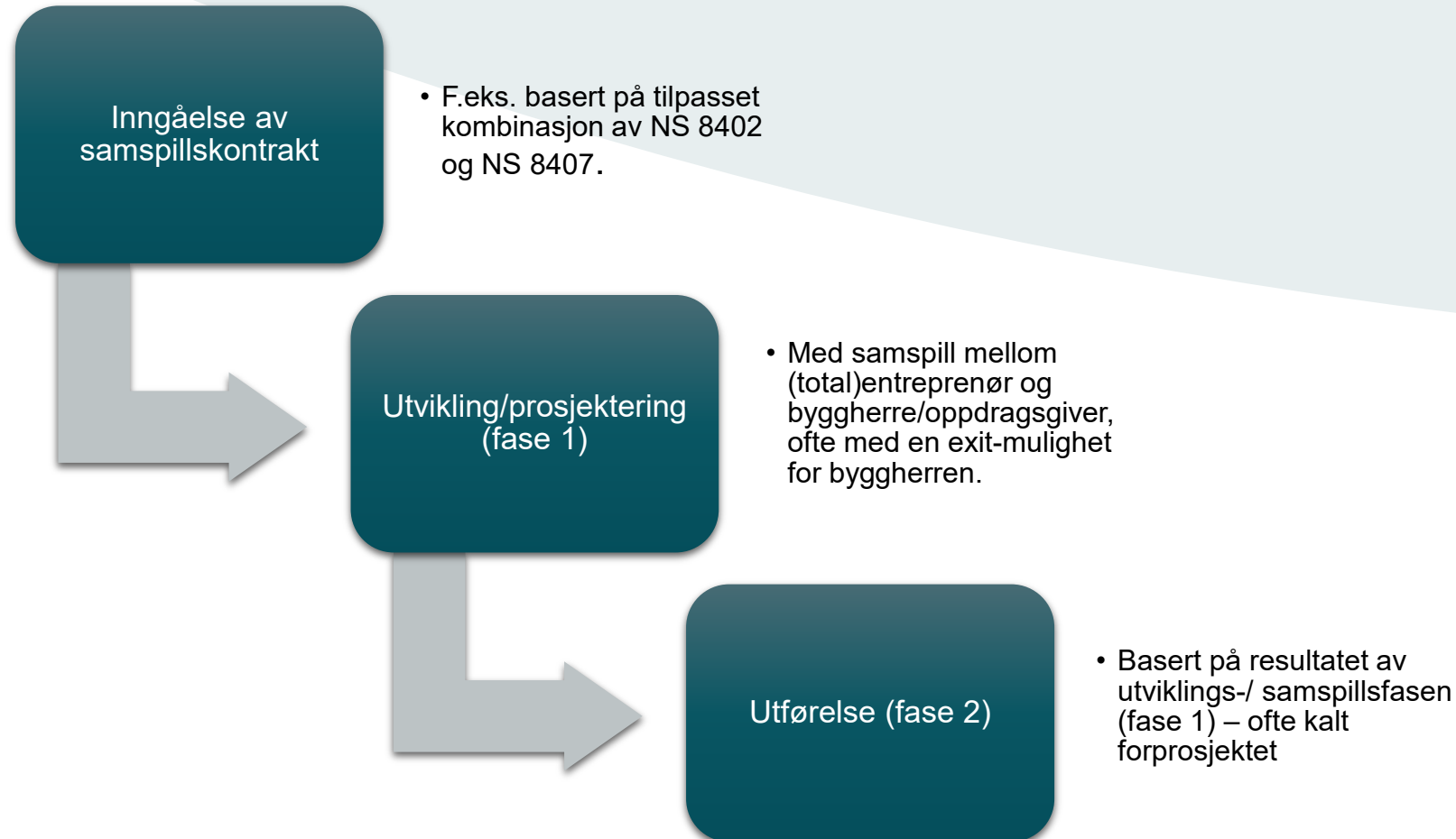
Tildelingskriterier i konkurranser om samspillskontrakter

Erfaringer og refleksjoner

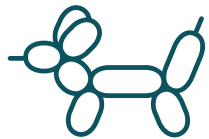
Kort om ulike former for samspill

- Samspill i ulike faser av anskaffelsen/kontrakten
 - Hva det innebærer å ha samspill, kommer blant annet an på når samspillet er planlagt å finne sted
 - Samspill i konkurransefasen?
 - Samspill i kontraktsoppstartsfasen?
 - Samspill i utviklingsfasen
 - Samspill i gjennomføringsfasen (også kalt byggefasen)
 - De to siste fasene (utvikling og gjennomføring) de mest sentrale i et anskaffesperspektiv, herunder med tanke på tildelingskriteriene.

Kort om ulike former for samspill (forts.)



Tildelingskriterienes plass i en (offentlig) anskaffelse



Oppdragsgiverens beste venn...

...og noen ganger hans verste fiende



Verktøy/hjelpemiddel for å

identifisere sterke og svake sider ved tilbudet
og dermed
finne frem til **det beste tilbudet**



Lovlige vs. optimale tildelingskriterier

- I et anskaffelsesrettslig perspektiv oftest et spørsmål om tildelingskriteriene er *lovlige*
 - Jf. f.eks. Kofa-2023-999 avsnitt 36:
 - «*Temaet for rettslig kontroll er ikke hvorvidt evalueringsmetoden er **optimal**, men om den er **lovlig**. I det ligger at metoden som er benyttet, må gi utslag som gjenspeiler relevante forskjeller mellom tilbudene, jf. blant annet lagmannsrettens avgjørelse i LB-2017100799 [...]».*
- I et innkjøpsfaglig perspektiv:
 - Tildelingskriteriene bør minst være lovlige, og **mest mulig optimale**

Noen utgangspunkter for lovlighetskontrollen

- Pris eller kostnad
- Kvalitet
 - Tekniske, estetiske og funksjonelle egenskaper, tilgjengelighet, universell utforming og miljømessige, sosiale og innovative egenskaper
 - Den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer
 - Jf. anskaffelsesforskriften (FOA) § 18-1 (3)
 - Kriteriene må ha tilknytning til leveransen, jf. FOA § 18-1 (4).
 - Dvs. at kriteriene må legges opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsen som tilbys, jf. eksempelvis Kofa-2021-61 avsnitt 29
 - Tildelingskriteriene skal ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet.
 - Jf. FOA § 18-1 (5) og det grunnleggende klarhetskravet ved utforming av anskaffelsesdokumentene, med tilhørende praksis fra EU-domstolen, nasjonale domstoler og Kofa

Noen typiske tildelingskriterier i samspillskontrakter

– Pris

- Ofte i form av en *målpris*, kombinert med en avtalefestet regulering av eventuelle under- og overskridelser (bonus/malus)
 - Kalles gjerne for en samspill med insentiv/insitament
 - Vanlige hovedelementer: Selvkost, uforutsette kostnader/risiko, reklamasjonsavsetning og påslag
 - Åpen bok-prinsippet
 - Jf. til sammenligning Statens standardavtale for kjøp av programvare som skal utvikles eller tilpasses for kunden – SSA-T (Utviklings- og tilpasningsavtalen)

– Kvalitet i form av «Løsningsforslag» / «Oppdragsforståelse» e.l.

– Kompetanse/erfaring i form av «Samspillskompetanse/erfaring».



Nærmere om tildelingskriterier som «Løsningsforslag» i anskaffelser om en samspillskontrakt

- Samspillsfasen er jo til nettopp for å utvikle løsningsforslaget til et forprosjekt, som deretter skal gjennomføres.
- Er hele løsningsforslaget dermed bare en fasade?





Eksempler fra (retts)praksis

- Eksempel 1: Anskaffelse om opprydning og deponering av avfall.
- To faser: Samspillsfase (fase 1) med exit-mulighet og utførelsesfase (fase 2), sistnevnte basert på NS 8407.
- Tildelingskriterier:
 - Pris (30 %)
 - Løsningsforslag (70 %)
 - Overordnet plan for oppdragsgjennomføringen
 - Risiko- og suksessfaktorer ved oppdaget
 - Leverandørens valg av fremgangsmåte for sikker fjerning og eventuell mellomlagring av massene
 - Leverandørens valg av løsning for oppbevaring av massene (deponiløsning)
 - Leverandørens tiltak mot støvdannelse ved fjerning og transport av massene



- Eksempel 2: LE-2014-188806 Ø.M. Fjeld
- Anskaffelse om bygging av ny ungdomsskole, fase 2 basert på NS 8407.
- Budsjettramme 250 MNOK ekskl. mva.
- Tildelingskriterier:
 - Pris (30-40 %)
 - Kvalitet (50-60 %)
 - Kompetanse/erfaring/samarbeidsevne (10 %)
- «Byggeprosjektet gjennomføres som en samspillsentreprise med åpen bok og incitament, vederlag etter prinsippet med selvkost med avtalt påslag målt mot målsum med tilhørende incitamentsavtale».
- «I samspillfasen skal partene optimalisere løsningene og legge vekt på å oppnå byggevennlige utførelser innenfor rammene av Kongsvinger kommunes rom- og funksjonsprogram [...]».
- «[M]an skal søke å komme frem til forenklinger og rasjonaliseringer. Hensikten er å oppnå kostnadsreduksjoner som både samspillsentreprenøren og byggherren er tjent med».

- Tilbudet fra valgte leverandør, Ø.M. Fjeld, 18 MNOK ekskl. mva. over budsjettrammen på 250 MNOK.
- Men, gjør det noe da? Samspillfasen skal jo brukes til å få frem kostnadsreducerende tiltak og rasjonaliseringer?



- Lagmannsrettens kommentarer/vurderinger:
 - «[...] Etter lagmannsrettens syn medfører bruk av samspillskontrakter [...] **særlige utfordringer** med hensyn til utformingen av anbudsgrunnlaget og **tildelingskriteriene**, og beskrivelsen av samspillsfasen [...]».
- «Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk ved blant annet å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom tilbyderne, og sikre at forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen. I dette ligger også **et krav om at det ikke må gjøres vesentlige endringer av prosjektet etter kontraktsinngåelsen** [...]».

- «Den overskytende differansen på 18 millioner kroner kan etter kommunens egen vurdering ikke innhentes ved tilpasninger av prosjektet i samspillsfasen. [...] Slik anbudsgrunnlaget er formulert i dette tilfellet, med en klart angitt budsjetttramme, innebærer dette en endring av en sentral forutsetning for anbudskonkurransen, som de øvrige tilbyderne ikke har tatt del i [...]».

- «[...] Når det – slik som i vår sak – er klart allerede ved inngåelse av samspillkontrakten at **det må foretas vesentlige endringer for å bringe prosjektet i rimelig samsvar med anbudsgrunnlaget**, kan ikke kommunen høres med at vurderingen først skal foretas på et senere tidspunkt. Tilbyderne konkurrerer ikke bare om retten til å delta i utbyggingen, men også om deltakelse i samspillsfasen [...]».

Tidspunkt for vurdering av endring



- Eksempel 3: LA-2011-100800 *WK OKK*
- Anskaffelse om utvikling, prosjektering og utbygging av ny videregående skole
- Kontrakt med en *gruppe* bestående av rådgivere og entreprenører som dekker alle fag

- Tildelingskriterier:
 - Gjennomføring (30 %)
 - Pris (50 %)
 - **Balanse i gruppen (20 %)**



- Nærmere om tildelingskriteriet «*Balanse i gruppen*»:
 - «*[...] Byggherren vil i denne evalueringen blant annet legge vekt på at alle deltakerne i gruppen er innforstått med samspillmodellens grunntanker og idé. Videre er det viktig å få klarlagt at gruppens sammensetning er balansert i forhold til kompetanse og at alle aktører har vært involvert i anbudsutformingene*».

- Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at evalueringen av dette kriteriet skulle baseres både på grunnlag av 1) det skriftlige materialet og 2) gruppens/tilbyderens muntlige presentasjon i et avklaringsmøte.

- Tilbud i konkurransen fra blant annet WKK OKK-gruppen og Veidekkegruppen.

- Resultatet av evalueringen:
 - «Det var etter totalbedømmelsen forholdsvis lite som skilte WK OKK fra vinneren. Etter intern utregning [...] utgjorde forskjellen **0,037 poeng**».
 - «Det var **særlig tildelingskriteriet «balanse i gruppen» som ga utslag i favør av Veidekkegruppen**».
- Score og begrunnelse under tildelingskriteriet «Balanse i gruppen»:
 - Valgte leverandør, Veidekkegruppen: 5 poeng
 - «Møtet bar preg av at gruppen nettopp hadde gjennomført et tilsvarende prosjekt. En homogen gruppe som hadde jobbet frem anbudet i fellesskap. Sentrale personer i prosjektet var til stede i møtet. Brukte tid på hva som kunne gjøres bedre».
 - WK OKK: 4,5 poeng
 - «Gjennomførte en veldig solid og god presentasjon. Gruppen fremsto som balansert og sammensveiset. Sentrale personer i prosjektet var til stede på møtet».

- Lagmannsrettens kommentarer/vurderinger:
 - «Det er [...] ikke gjort gjeldende fra WK OKK at selve tildelingskriteriet er så skjønnsmessig at det i seg selv vil være i strid med [anskaffelsesregelverket], og lagmannsretten legger dette til grunn».
 - «[...] Etter bevisførselen i saken har lagmannsretten ikke funnet det sannsynliggjort at Vestfold fylkeskommune ved vurderingene etter kriteriet «balanse i gruppen» har begått feil ved å ta usaklige hensyn, bygge på uriktig faktum eller opptrådte i strid med hensynene til forutberegnelighet og likebehandling. **Det vises herunder til at opplegget for den muntlige presentasjonen var fastlagt etter et nøye utarbeidet, skriftlig mal som tilbyderne ble vurdert opp mot for å sikre hensynene til forutberegnelighet og likebehandling [...]**».



- Eksempel 4: LG-2021-21890 *Consto*
- Anskaffelse om ombygging av det nedlagte svømmeanlegget Sentralbadet i Bergen sentrum til scenekunsthuss
- Tildelingskriterier:
 - Prosjektkvalitet (40 %)
 - Oppgaveforståelse og gjennomføringsplan (20 %)
 - Pris (40 %)

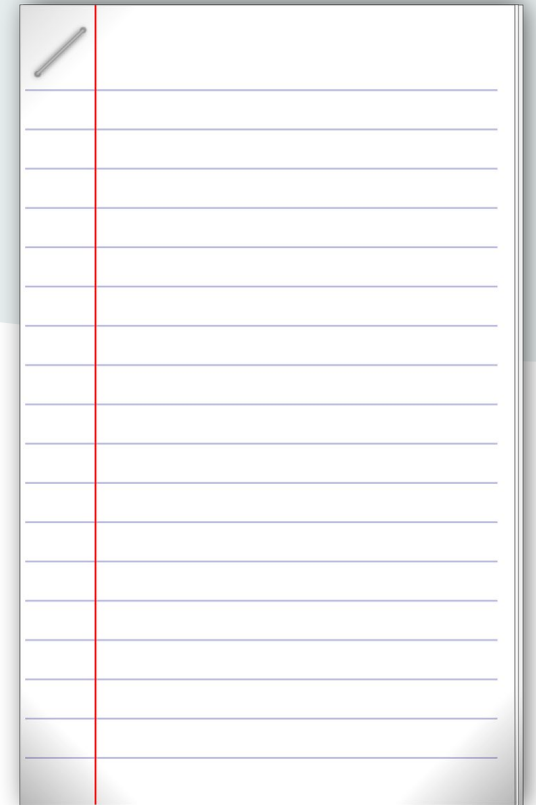
- Nærmere om tildelingskriteriet «*oppgaveforståelse og gjennomføringsplan*»:
 - «*Tilbyder skal redegjøre for hva som er vesentlig i samspillet for at planleggingsfasen og utførelsesfasen skal bli god*».
 - «*Tilbyder skal levere en oppgaveforståelse og gjennomføringsplan som viser at de har forstått oppgaven og kan løse de forskjellige prosjektrelaterte utfordringene ved gjennomføringen av prosjektet*»
 - Identifisering og håndtering av ulike faglige grensesnitt og organisatoriske utfordringer i samspillsfasen.
 - Hvordan ulike leverandører og underentreprenører skal involveres i samspillfasen.
 - **En kortfattet redegjøres av nøkkelpersonells erfaring, samarbeidsevne og hvordan de vil kunne bidra til gode prosesser i samspill.**

- Consto: 5 av 10 poeng.
- Oppdragsgivers begrunnelse:
 - *«Consto AS beskriver at målet for samspillsfasen er å komme frem til et prosjekt som er det beste for alle parter. Som byggherre forutsetter vi imidlertid vi at målet er å få frem et prosjekt som brukerne er tjent med. Consto AS viser også en oppfatning om at byggherren skal delta i beslutningene om faseoverganger. Tilbudsgrunnlaget forutsetter at det er byggherren som avgjør om prosjektet skal videreføres til neste fase. **Begge disse faktorene peker på at Consto AS ikke klarer å skille dette prosjektet fra en tradisjonell totalentreprise».***



- Lagmannsrettens kommentarer/vurderinger:
 - *«Slik lagmannsretten ser det, medfører utforming av tildelingskriteriet at kommunens innkjøpsfaglige skjønn er vidt [...]»*
 - *«[...] Consto har ikke anført at tildelingskriteriene eller evalueringsmodellen er ulovlig»*
 - *«[K]ommunen [har] i sin evaluering lagt til grunn at det er mangler ved Constos oppgaveforståelse hva gjelder samspillfasen. Dette er en utpreget innkjøpsfaglig vurdering, som lagmannsretten bør vise varsomhet med å overprøve».*
 - *«Slik lagmannsretten ser det er det som her er vurdert i tråd med tildelingskriteriene og klart relevant og saklig».*

- «Consto anfører også at kommunen reelt sett har evaluert tilbudsutformingene, og ikke de tilbudte ytelsene, og at dette er i strid med kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4».
- «Lagmannsretten bemerker at det ligger i konkurransegrunnlaget at oppgaveforståelse skal vektlegges med 20 %. I dette ligger at nettopp entreprenørens beskrivelser av hvordan oppgaven bør løses tillegges vekt, og det har vært forutberegnelig sett fra Constos side. Selve tildelingskriteriet er ikke angrepet».
 - Ref. kravet om tilknytning til leveransen, som er et krav om å vurdere sterke og svake sider ved ytelsen.
 - Sml. Kofa-2020-297 og Kofa-2020-295 m.fl.



- Pris:
 - Anbefalt:
 - Åpen bok og målpris med insentiv (bonus/malus ved under- og overskridelser)
- Kvalitet «*Løsningsforslag*» e.l.
 - OK, men ikke optimalt
 - OBS 1: Det er egenskaper ved den tilbudte *ytelsen* som skal vurderes – ikke beskrivelsen som sådan
 - OBS 2: Klarhetskravet.
 - Unngå vage kriterier som «*Balanse i gruppen*».
 - OBS 3: Forbudet mot vesentlige endringer i anskaffelsesdokumentene
- Kvalitet «*Samspillserfaring/kompetanse*» e.l.
 - OK basert på CV-er eller annen dokumentert (real)kompetanse/erfaring.



Takk for oppmerksomheten!

Peter Aadland

Advokat

Bergen

+47 476 43 499

peter.aadland@cms-kluge.com