



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4, avklaring eller retting av tilbud, feil i/uklart konkurransegrunnlag og habilitet

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av snørydding og brøytetjenester. Anskaffelsen var delt inn i roder og det kunne inngis tilbud på én eller flere roder. Valgte leverandør hadde gitt et samlet tilbud for to av rodene. Klager anførte at innklagede ikke hadde adgang til å avklare prisen på hver av de to rodene med valgte leverandør. Denne anførselen førte ikke frem. Videre anførte klager at valgte leverandør ikke kunne tildeles kontrakt for to roder når valgte leverandør kun hadde tilbudt én maskin som oppfylte de krav som konkurransegrunnlaget stilte. Klagenemnda gav klager medhold i denne anførselen. Klager hadde også anførsler knyttet til uklart konkurransegrunnlag og inhabilitet. Disse anførselene førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 31. mai 2019 i sak 2018/19

Klager: Com-Net Maskin AS

Innklaget: Hareid kommune

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Hareid kommune (heretter innklagede) kunngjorde 16. oktober 2017 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av snørydding og brøytetjenester. Kontraktene skulle gjelde fra kontraktsignering og til og med hele brøytesesongen 2021/2022. Tilbudsfristen var 31. oktober 2017.
- (2) I konkurransegrunnlagets innholdsfortegnelse punkt 8 var det angitt:
*«8 Tildelingskriterie
8.1 Tildelingskriterie 1 – Pris 11
8.2 Tildelingskriterie 2 – Kompetanse, erfaring og personleg eigna **Feil! Bokmerke er ikke definert**
8.3 Tildelingskriterie 3 – Organisering og gjennomføring **Feil! Bokmerke er ikke definert.**»*
- (3) I selve konkurransegrunnlaget punkt 8 ble det imidlertid opplyst at tildelingen ville skje på bakgrunn av hvilket tilbud som er billigst. Tildelingskriteriene ble videre spesifisert til «pris beredskapsgodtgjersle» og «pris timepris inkl utstyr». Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et prisskjema som skulle fylles ut.

- (4) Videre var det opplyst i konkurransegrunnlaget at det ville inngås avtale med én eller flere leverandører. Fire roder var gjenstand for konkurranse: rode 2: Hareidsdalen, rode 3: Ytre Hareid, rode 4: Indre Hareid og rode 5: Brandal med gang/sykkelvei til Hareid.

- (5) I kravspesifikasjonen var det angitt følgende om bemanning av oppdraget:

«Leverandør skal bemanna oppdraget med ein fast ressurs i oppdragsperioden. Med fast ressurs meinast både Maskin og personell. Det må vere ein ressurs, dvs maskin og brøyterar pr rode. Leverandør skal peika ut ein stadfortredar for fast ressurs ved eventuelt fråver/fråfall. Stadfortredar skal ha tilsvarende kompetanse og erfaring som fast ressurs. Stadfortredar må omfattast av tilsvarende ansvarsforsikring som krevjast etter punkt 1.3.»

- (6) Av kravspesifikasjonens punkt 1.3 fremgikk følgende

«I omgrepet vinterdrift ligg brøyting, rydding, skraping og strøing» [...]

Tilbydd maskin med tilhøyrande utstyr skal vere tilpassa roda og kunne godkjennast av eining for kommunalteknikk i Hareid kommune»

- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede seks tilbud, herunder fra Com-Net Maskin AS (heretter klager).

- (8) Olebuda Eigedom AS (heretter Olebuda) oppgav i sitt tilbud én pris på rode 3 og 5. Denne var på kroner 248 000 ekskl. mva. for beredskap per sesong og kroner 840 ekskl. mva. per time.

- (9) Som forklaring på hvorfor det var oppgitt felles pris på rode 3 og 5 skrev Olebuda følgende:

«Tanken med å slå saman desse rodene er at ein kan nytte to ulike reiskap for brøyting, rydding og strøing. Ein tenker då å nytte ein traktor til tradisjonell vegbrøyting på det meste av begge rodene og ein redskapsberar type hjullastar som eignar seg best til rydding av området ved sjukeheim, legesenter, barnehage, omsorgsbustadar og øvrig parkering i begge rodene. Ein slik redskapsberar kan og nyttast til ordinær snørydding og strøing. Den er noko mindre fysisk og krev difor mindre plass og gir betre resultat på trange område rundt Hadartun. Rydding av desse områda er og meir ressurskrevjande og ein får raskare gjennombrøyting av vegane på dei to rodene med ei slik løysing samstundes som ein får betra forhold for tilkomst og parkering ved viktige off. bygg.»

- (10) Olebuda inngav også et tilbud for rode 5 alene. Her tilbød Olebuda en pris for beredskap på kroner 124 000 ekskl. mva. og kroner 840 ekskl. mva. per time.

- (11) Innklagede tok kontakt med Olebuda med følgende henvendelse:

«I samband med konkurranse vinterdrift er det naudsynt med ei avklaring.

Dykk har levert to tilbod.

1: rode 3 og 5 saman

2: rode 5 aleine

For å klare å score dykk må det avklarast om dykk legg til grunn same beredskapspris (124.000) og same timepris (840) på begge rodene dykk har levert tilbod på.»

(12) Olebuda svarte følgende:

«Det er korrekt av det er lik beredskapspris på begge rodene. Kr. 124.000,- pr rode og 840,- pr time. Eks mva på begge priser.»

(13) Rode 3 og rode 5 ble tildelt Olebuda. Ole Joahn Bigset og klager ble tildelt de øvrige rodene. Kontraktene ble inngått 28. november 2017.

(14) Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. januar 2018.

(15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. mai 2019. Nemnda har i etterkant henvendt seg til innklagede med spørsmål og etterspurt dokumentasjon, som er besvart av innklagede. Også klager har inngitt merknader.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(16) Konkurranses grunnlagets innholdsfortegnelse samsvarer ikke med innholdet i konkurransegrunnlaget. I selve konkurransegrunnlaget er det ikke oppstilt tildelingskriteriet knyttet til bruk av underentreprenører, erfaring og kompetanse.

(17) Kompetanse og erfaring burde ikke vært utelatt ettersom dette er essensielt.

(18) Ifølge konkurransegrunnlaget skulle leverandørene ha en ressurs per rode, mens Olebuda fikk to roder med en ressurs i tildelingen. Dette er i strid med regelverket.

(19) Olebuda hadde tilbudt en sammenslått pris på to roder. De fikk muligheten til å dele opp denne prisen. Dette utgjør et brudd på regelverket, særlig når ikke klager fikk anledning til å delta i forhandlinger.

(20) Ordføreren har deltatt i konkurransen. Han er samtidig daglig leder og styreleder i Olebuda, som er en av leverandørene i konkurransen. Han kan ha tilgang til tidligere priser og det stilles spørsmål ved habiliteten, og om han vil få samme behandling som andre entreprenører. Olebuda og teknisk etat sitter i samme hus.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(21) Ved en forglemmelse var ikke innholdsfortegnelsen i konkurransegrunnlaget oppdatert, men teksten i konkurransegrunnlaget var riktig. Feilen er ikke av en slik karakter at den kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. Ingen av leverandørene har stilt spørsmål om dette, og ingen har lagt ved den dokumentasjonen som innholdsfortegnelsen la opp til. Leverandørene har altså skjønt at innholdsfortegnelsen var feil.

(22) Det bestrides at innklagede hadde plikt til å benytte tildelingskriteriene kompetanse og erfaring. Det er innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å velge ut tildelingskriteriene. Innklagede har hatt problemer med å få inn tilbud som dekker behovet for brøyting. Derfor ville innklagede bare benytte tildelingskriteriet pris, slik at flere leverandører ville delta. Dette er innenfor regelverket, jf. forskriften § 8-11.

- (23) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å akseptere en leverandør som tilbød én ressurs på to roder. I konkurransegrunnlaget ble det stilt krav om en ressurs per rode, men det var ikke spesifisert når kravet måtte være oppfylt. Før signering av kontrakt måtte leverandørene levere dokumentasjon på maskinene sine for å sikre at de hadde nødvendig utstyr. Det ville være urimelig å kreve at alle som leverte tilbud skulle ha investert i store maskiner før tilbudsfristen. Dette ville ha redusert konkurransen.
- (24) Det bestrides at det er gjennomført ulovlige forhandlinger. Det var nødvendig å foreta noen avklaringer i medhold av forskriften § 9-3 (2). Olebuda Eigedom AS hadde levert inn tilbud på to roder slått sammen, og fikk derfor spørsmål om rodene skulle prises likt. Dette bekreftet leverandøren og dannet utgangspunktet for evalueringen.
- (25) Det bestrides at det foreligger inhabilitet hos innklagede. Det er rådmannen og ikke ordfører som har beslutningsmyndighet i anbudskonkurransen. Ordføreren har ikke større adgang til historiske priser enn leverandørene. Innklagede forsikrer at ordføreren som leverandør blir behandlet likt som de andre leverandørene.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av snørydding og brøytetjenester, og er kunngjort under henvisning til CPV-kode 90620000 - Snørydding og brøyting. Bruken av denne CPV-koden tilsier at konkurransen gjelder tjenestekontrakter. Konkurransen er likevel kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse. Verdien for kontraktene var i kunngjøringen estimert til kroner to millioner og i konkurransegrunnlaget til kroner tre millioner. Selv om dette i utgangspunktet skulle tilsi at konkurransen skulle vært kunngjort i henhold til forskriften del III, ble konkurransen bare kunngjort i henhold til forskriften del II. Klager har imidlertid ikke anført at dette utgjør brudd på regelverket. I tråd med det partene har lagt til grunn tar nemnda derfor i det følgende utgangspunkt i at konkurransen, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II.

Konkurransegrunnlag og tildelingskriterier

- (27) Klager anfører at konkurransegrunnlaget var uklart som følge av at innholdsfortegnelsen i konkurransegrunnlaget inneholdt tildelingskriterier som ikke fremgikk av selve konkurransegrunnlaget.
- (28) Det følger av loven § 4 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippet om forutberegnelighet. Konkurransegrunnlaget skal utformes klart nok til at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere kan forstå det på samme måte.
- (29) I konkurransegrunnlagets innholdsfortegnelse fremgikk det at kompetanse, erfaring og personlig egnethet var tildelingskriterier. I selve konkurransegrunnlagets tekst, i punkt 8, var imidlertid bare tildelingskriteriene «pris beredskapsgodtgjersle» og «pris timepris inkl utstyr» nevnt.
- (30) Etter nemndas syn er det klart at tildelingskriteriene fremgikk uttømmende av punkt 8 i konkurransegrunnlaget. Denne forståelsen underbygges også av feilmeldingen som dukket opp i innholdsfortegnelsen. Ifølge innklagede inngav alle leverandørene tilbud

basert på at det bare var pris som skulle evalueres, uten informasjon om kompetanse, erfaring og personlig egnethet. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

- (31) Videre anfører klager at tildelingskriteriene kompetanse og erfaring skulle vært benyttet ettersom dette er essensielle tildelingskriteriet. Det er imidlertid i utgangspunktet opp til oppdragsgiver hvilke tildelingskriterier som velges, og det foreligger ikke noe rettslig grunnlag for å overprøve oppdragsgivers vurdering i dette tilfellet. Klagers anførsel fører ikke frem.

Dialog/avklaringer

- (32) Klager anfører at innklagede har gjennomført avklaringer med andre leverandører i strid med regelverket, særlig når ikke klager fikk anledning til å delta i forhandlinger.
- (33) Konkurranses grunnlaget la opp til at det skulle oppgis en pris per rode. Olebuda tilbød en samlet pris på rode 3 og rode 5 i sitt tilbud, samt en separat pris på rode 5. Det ble presisert i tilbudet at Olebuda med dette ønsket å samordne brøytingen av rode 3 og 5 ved bruk av både traktor og hjullaster i begge områdene. Tilbudet på rode 3 ble altså opprinnelig gitt under forutsetning av samtidig tildeling av kontrakt på rode 5.
- (34) I motsetning til det som er tilfellet for forskriften del III har ikke forskriften del II uttrykkelige regler for konkurranser hvor leverandørene kan gi tilbud på enkelte deler av anskaffelsen. I likhet med det som gjelder i forskriften del III må likevel utgangspunktet være at leverandøren som inngir det beste tilbudet på hver enkeltdel skal tildeles kontrakten på den aktuelle delen.
- (35) I dette tilfellet valgte innklagede å spørre Olebuda om hva prisen var for hver enkelt rode, slik at det ble mulig å bedømme hvilket tilbud som var det rimeligste både for rode 3 og rode 5. Olebuda bekreftet at rode 3 og rode 5 var priset likt. Etter nemndas syn må dialog om dette anses innenfor det som er tillatt etter forskriften § 9-3 (1). Spørsmålet er om innklagede overholdt likebehandlingsprinsippet ved gjennomføring av dialogen. Innklagede kontaktet også andre leverandører hvor tilbudene hadde avvik eller uklarheter som innklagede fant behov for å avklare, i tråd med kravet om likebehandling. Klagers tilbud hadde imidlertid ikke tilsvarende avvik eller uklarheter, og nemnda kan derfor ikke se at det foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet at det ikke ble gjennomført dialog med klager. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

Avvisning av tilbud

- (36) Klager anfører at det er i strid med regelverket at Olebuda fikk tildelt to roder uten å ha en fast ressurs (maskin) til hver av rodene.
- (37) Det følger av forskriften § 9-6 (2) at oppdragsgiver skal avvise tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».
- (38) Konkurranses grunnlaget la som nevnt opp til at det skulle oppgis en pris per rode. I kravspesifikasjonen fremgikk det entydig at oppdraget skulle bemannes med en fast ressurs i oppdragsperioden, det vil si én maskin og én sjåfør per rode.
- (39) I det opprinnelige tilbudet hadde Olebuda oppgitt at selskapet ville benytte en traktor og en hjullaster om hverandre til å utføre oppdraget i rode 3 og 5. Nemnda kan i utgangspunktet ikke se at konkurranses grunnlaget stenger for en slik løsning, men

konkurransegrunnlaget krever at begge maskiner *hver for seg* tilfredsstiller kravene som stilles til en «ressurs».

- (40) Slik klagenemnda ser det, er det springende punkt om innklagede kunne legge til grunn at den opprinnelig tilbudte hjullasteren oppfylte de krav som konkurransegrunnlaget stilte til en «ressurs». Med utgangspunkt i Olebudas egen omtale av hva hjullasteren var ment brukt til, stiller nemnda seg noe tvilende til om den tilbudte hjullasteren alene oppfyller konkurransegrunnlagets krav til en maskin som kan brøyte, rydde, skrape og strø en hel rode (kravspesifikasjonens punkt 1.3).
- (41) I forbindelse med nemndsbehandlingen av saken er det blitt klart at innklagede etter at tildelingsbeslutningen ble fattet den 13. november 2017 innhentet dokumentasjon fra Olebuda for de tilbudte ressursene. Olebuda fremla da et forsikringsbevis som viste at selskapet planla å benytte to traktorer til å utføre oppdraget. Den ene av disse, en John Deere 9380, ble registrert med Olebuda som eier 8. desember 2017, ved vognkort utstedt 21. desember 2017. Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at dette er en annen maskin enn den lettere hjullasteren som ble oppgitt i det tilbudet som var gjenstand for evalueringen og tildelingsbeslutningen.
- (42) Denne etterfølgende endringen fra en traktor og en hjullaster til to traktorer styrker oppfatningen av at den opprinnelig tilbudte hjullasteren ikke alene oppfylte de krav som konkurransegrunnlaget stilte til en «ressurs». Valgte leverandør tilbud tilfredsstilte derfor ikke kravet om en ressurs per rode.
- (43) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede har brutt forskriften § 9-6 (2) ved å tildele både rode 3 og 5 til Olebuda. Dette er en feil som kan ha hatt betydning for resultatet av konkurransen. Følgelig skal klagegebyret tilbakebetales, jf. klagenemndforskriften § 13.
- (44) Nemnda tilføyer at innklagede helt frem til tildelingsbeslutningen ble fattet, kunne ha gått i dialog med Olebuda med sikte på å sikre at både tilbudet for rode 3 og 5 var i samsvar med konkurransegrunnlagets krav, jf. forskriften § 9-3. Vurderingen av om tildelingsbeslutningen er lovlig, må imidlertid fattes basert på tilbudene slik de forelå på tidspunktet for denne beslutningen.

Habilitet

- (45) Klager viser til at ordføreren i kommunen er daglig leder og styreleder i Olebuda og anfører at dette kan ha betydning for habiliteten til ansatte hos innklagede. Det er særlig vist til at ordføreren har tilgang til historiske priser fra leverandørene.
- (46) Det følger av forskriften § 7-5 første ledd at ved gjennomføringen av en anskaffelse gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til § 10 og kommuneloven § 40 nr. 3. Etter forvaltningsloven § 6 kan slektskap og andre nære relasjoner mellom en part og en offentlig tjenestemann føre til inhabilitet hos tjenestemannen. Det samme gjelder dersom «*særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*».
- (47) Innklagede har opplyst at ordføreren ikke har noen innflytelse på anskaffelsesprosessen i kommunen og at det er rådmannen som har ansvaret for valget av leverandør. Videre har innklagede forklart at ordføreren ikke har bedre tilgang på historiske priser enn det øvrige leverandører har etter offentleglova. Nemnda legger dette til grunn. Pris var eneste tildelingskriterium i konkurransen, og klager har ikke opplyst noen konkrete forhold som

tilsier at ordføreren har et særlig nært forhold til rådmannen eller noen andre som treffer avgjørelsen eller tilrettelegger for valget av leverandør. Nemnda har dermed ikke grunnlag for å konstatere brudd på habilitetsreglene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Hareid kommune har brutt forskriften § 9-6 (2) ved å tildele både rode 3 og 5 til Olebuda.

Klagers anførsler om inhabilitet, uklart konkurransegrunnlag og ulovlige avklaringer fører ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk