



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Oppdeling av kontrakt. Tildelingsevaluering. Dialog med leverandørene.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om innleie av maskiner m.m. Klagers anførsler om at innklagede hadde brutt regelverket ved å dele kontrakten mellom tilbyderne og at evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «Pris/Kostnad» var ulovlig, førte ikke frem. Klager fikk heller ikke medhold i sin anførsel om at innklagede hadde brutt anskaffelsesforskriften § 9-3 ved at ulike temaer var tatt opp i dialogmøter med leverandørene.

Klagenemndas avgjørelse 28. juni 2019 i sak 2018/359

Klager: Bjørn Frisendal AS

Innklaget: Flatanger kommune

Klagenemndas

medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Flatanger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. mars 2018 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om innleie av maskiner m.m. Rammeavtalen skulle ha en varighet på fire år. Avtalens totalverdi ble i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til to millioner kroner. Tilbudsfrist ble satt til 6. april 2018.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.6 var det opplyst at anskaffelsen var delt inn i delkontrakter, og at tilbud kunne gis på alle delkontrakter. I samme punkt var det også opplyst at «[...] Kommunen åpner for å inngå separate avtaler for geografisk avgrensede områder etter følgende inndeling «Nordre» (Utvorda-Sitter), «Midtre» (Lauvsnes-Vik) og «Søndre» (Jøssund-Hasvåg). Av tilbudet må det fremgå om det gjelder for hele kommunen, eller så må det konkretiseres for hvilke av de nevnte områdene tilbudet gjelder.» Dette fremgikk også av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 («Beskrivelse av oppdragsgivers behov»).
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 fremgikk det videre at:

«Flatanger kommune innbyr til åpen konkurranse på innleie av gravemaskin(er), lastebil og annet anleggsutstyr til vårt vedlikeholdsarbeid og mindre nyanlegg innen veg, vann, kloakk og annet anleggsarbeid på og i tilknytning til kommunale bygg/eiendom. Vi ønsker timepris for de maskintyper som er egnet til nevnte arbeid og for masse og massetransport, jfr. vedlagt tilbudsskjema. I tillegg ønskes timepris for ekstramann/hjelpemannskap uten maskin. [...]

Det vil bli lagt vekt på både pris, egnethet/kvalitet og mest mulig fleksibilitet på maskinparken.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Beredskapen for slik innleie er av betydning og maksimal utrykningstid skal være innenfor 4 timer, dersom det fraviker fra dette skal det påføres tilbudsskjemaet.»

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 («Anskaffelsesprosedyre») fremgikk blant annet følgende:

«[...] Oppdragsgiver planlegger å tildele kontrakt uten å ha kontakt med leverandørene utover å foreta eventuelle mindre avklaringer/korrigeringer av tilbudene. Forhandlinger kan likevel bli gjennomført dersom oppdragsgiver, etter at tilbudene er mottatt, vurderer det som hensiktsmessig. Utvelgelsen vil i så fall bli gjort etter en vurdering av tildelingskriteriene. Det presiseres at ingen leverandører kan forvente dialog om sitt tilbud og derfor må levere sitt beste tilbud. [...]»

- (5) Tildelingskriteriene var «Pris/Kostnad» og «Kvalitet». Om disse stod det i konkurransegrunnlaget kapittel 4 («Tildelingskriterier») at:

«Tildelingen vil skje på bakgrunn av hvilket tilbud som har det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet, basert på følgende kriterier angitt i prioritert rekkefølge»:

Kriterium	Dokumentasjon
Pris / Kostnad <ul style="list-style-type: none">Under dette kriteriet vurderes:<ul style="list-style-type: none">- tilbudt pris	<ul style="list-style-type: none">Ferdig utfylt tilbudsskjema 1 og 2
Kvalitet <ul style="list-style-type: none">Under dette kriteriet vurderes<ul style="list-style-type: none">- Erfaring og beredskap	<ul style="list-style-type: none">Erfaring fra lignende oppdrag samt maskinparkBeredskap/utrykningstid

- (6) Tilbudsskjema 1 og 2 var vedlagt konkurransegrunnlaget for utfylling av leverandørene. I tilbudsskjema 1 ble leverandørene bedt om å føre inn tilbudte maskintyper og timepriser for leie av disse, i tillegg til «Timepris for ekstramann uten maskin». I tilbudsskjema 2, ble det etterspurt basispriser for kjøp og frakt av masser. For massekjøring ble det etterspurt priser for ulike intervaller fra «Inntil 100 m» til «Inntil 40 km». For kjøring av masser lengre enn 40 kilometer skulle pris «Pr. overskytende kilometer» oppgis. Priser for masser «pr. m3» og «pr. tonn» ble også etterspurt.
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører, henholdsvis Bjørn Frisendal AS (heretter *klager*) og Nils Kaldahl Anlegg & Transport AS (heretter *valgte leverandør*).
- (8) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk det at «Tilbudet gjelder for hele Flatanger Kommune». I tilbudsskjema 1 og 2 hadde valgte leverandør oppgitt at prisene var faste for hele avtaleperioden.
- (9) I klagers tilbud var det under «Tillegg/forbehold» presisert at «Tilbudet gjelder for hele kommunen». I tilbudet var det også opplyst at prisene oppgitt i tilbudsskjema 1 og 2, ville være gjenstand for «Årlig prisregulering jf. prisindeks for 'drift og vedlikehold av veger'».

(10) Etter tilbudsfristens utløp gjennomførte innklagede separate avklaringsmøter med valgte leverandør og klager. Av referatet fra møtet med valgte leverandør fremgår det blant annet at:

- *«NK er positiv til å ta på seg deler av kontrakten dersom det blir snakk om geografisk oppdeling. [...]*
- *Pr dato leveres knustvarer fra Tøtdal, men har planer om å etablere seg også sentralt i Flatanger. NK har i tillegg tilgang på masser i Jøssund/Opplands-området samt også muligheter for dette på Kvaløysæter. Dvs Tøtdal, Oppland og Kvaløysæter kan være leveransepunkter for masser. [...]*»

(11) Av referatet fra avklaringsmøtet med klager fremgår det blant annet at *«[Bjørn Frisendal AS] anser det som uaktuelt å være med på en geografisk oppdeling av entreprenøravtalen»*.

(12) Innklagede sendte tildelingsbeslutning klager 28. mai 2018, hvor det ble opplyst at:

«Flatanger kommune inngår entreprenøravtale for perioden 2018-2022 med Nils Kaldahl Anlegg og Transport AS for nordre (Utvorda-Sitter) og søndre del (Jøssund-Hasvåg), og tilsvarende avtale med Bjørn Frisendal AS for midtre del (Lauvsnes-Vik). I avtalene som inngås skal det være et vilkår om overlapping ved evt kapasitetsproblemer hos ett av firmaene. Dersom ett av firmaene takker nei til tilbudet, kan det inngås avtale for hele kommunen med gjenværende firma. Teknisk sjef gis fullmakt til å inngå de nødvendige avtaler.»

(13) Brevet inneholdt også innklagedes vurdering av tilbudene med begrunnelse for å foreta en geografisk oppdeling av kontrakten:

«[...] Grovt sett kan man innenfor pris si at innenfor gravemaskin og lastebilarbeid så er Bjørn Frisendal AS det rimeligste alternativet. For bruk av traktor med redskap er Nils Kaldahl det rimeligste alternativet. Når det gjelder masser så er Nils Kaldahl litt rimeligere totalt sett i forhold de masser kommunen tradisjonelt bruker mest av, mens for massetransport er Bjørn Frisendal totalt sett litt rimeligere enn Nils Kaldahl. Forskjellen på massetransport er at Nils Kaldahl har tilgang på/avtale om masser i både nordre og søndre del av kommunen, og det arbeides også med å øke tilgangen i midtre del. Totalt sett er det svært liten forskjell i pris mellom entreprenørene, og med den usikkerhet som ligger i prisindeksen så vil det være tilnærmet umulig å si at den ene aktøren vil være klart rimeligere enn den andre.

I tilbudet som ble utlagt på Doffin framgår det at kommunen forbeholder seg retten til å kunne dele opp entreprenøravtalen geografisk i nordre (Utvorda-Sitter), midtre (Lauvsnes-Vik) og søndre del (Jøssund-Hasvåg). Med det som bakgrunn og Nils Kaldahls tilgang til masser både i nordre og søndre del, så tyder mye på at Nils Kaldahl har det rimeligste tilbudet for nordre og søndre del. For midtre del er dette ikke like opplagt ettersom Bjørn Frisendal både er litt rimeligere på gravemaskin/lastebil i timepris samt er noe rimeligere på transport fra 2-3 km og oppover. Massetaket for Frisendal er som kjent i Storlavika sentralt på aksene i midtre del.

Ut i fra det som er nevnt ovenfor vurderes det slik at kommunen kan være best tjent med å inngå avtale med begge entreprenørene. Da med en deling slik at det inngås avtale med Nils Kaldahl for nordre og søndre del, mens det inngås avtale med Bjørn Frisendal for

midtre del. Ved kapasitetsproblemer hos et av firmaene må det være åpning for overlapping. [...]».

- (14) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 31. mai 2018, blant annet med følgende begrunnelse: «[...] Slik vi har forstått det så er det antydnet at Bjørn Frisendal A/S har fått tildelt ca. 90% av denne avtalen basert på aktivitetsbehovet rundt om i kommunen. Vi vil her presisere at vårt inngitte tilbud er basert på en totalavtale med de mannskaper og den maskinpark og utstyr vi innehar, og at prisene dermed er satt i forhold til 100% utførelse av Entreprenøravtalen og altså at det da naturligvis vil være helt uaktuelt med en delt løsning.»

- (15) Innklagede forkastet klagen, med følgende begrunnelse:

«[...] Her påklages det at ikke hele avtalen tildeles B. Frisendal og vi må da vurdere om hvem som har det laveste pris/kostnader for arbeidene i nordre og søndre del av kommunen. Dette gjelder sommedvedlikehold av Bjørgan vegen (2,5 km), bolig veg Utvorda (0,3 km), veier på Sitter (2,1 km), Laukvikveien (1,3 km) Jøssund (0,5 km) og Uranvegen (0,3 km) – totalt 5,0 km, og eventuelt reparasjonsarbeid på 3 mindre avløpsanlegg. Veg lengden på de kommunale vegene i midtre del er 45 km.

Vi har satt opp i notat en vurdering/kalkyle for antatt behov for kjøp av tjenester og sammenlignet disse, j.fr. 6 vedlegg. Det er her brukt en lavere indeks (2,0 %). I tillegg er det tatt hensyn til at Frisendal har lengere kjøreavstand og må bruke lengere tid i og med at utfakturering er etter enhetspriser pr. time. Dette viser også at Nils Kaldahl er noe billiger og ut fra dette kan vi ikke se at det er innkommen nye momenter i saken.

[...]

Frisendal har gitt signaler at prissettingen er under forutsetning av å betjene hele kommunen og at det ikke er aktuelt med en deling. Hvis dette blir en realitet og at det inngås avtale med Kaldahl for hele kommunen, vil vi kunne få en mindre gunstig avtale totalt sett. Innsparingen med delt avtale som er ca. kr. 40.000,- i hele perioden (j.fr. vedlagt notat), vil fort bli «spist opp» med en avtale med Kaldahl for hele kommunen, som er noe høyere priset en Frisendals tilbud. Kommunen kan etter konkurransegrunnlaget dele entreprenøravtalen, men er heller ikke forpliktet til dette. [...]»

- (16) Innklagede innkalte leverandørene til kontraktsmøte 3. juli 2018. Klager stilte ikke på dette. Valgte leverandør ble dermed tilbudt å inngå kontrakt for hele kommunen.
- (17) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 11. juli 2018.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemda for offentlige anskaffelser 27. september 2018.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. juni 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved å dele kontrakten mellom tilbyderne. Klager kan ikke akseptere en slik deling ettersom tilbudet ble gitt med den forutsetning at kontrakt skulle tildeles for hele kommunen.
- (21) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «Pris/Kostnad». Klagers tilbud ville vært det rimeligste dersom kontrakt hadde blitt tildelt for hele kommunen.
- (22) Innklagede har brutt forskriften § 9-3 fordi innklagede ikke stilte de samme spørsmålene i dialog med leverandørene. Klager fikk ikke forespørsel om å etablere masselager eller leveransepunkt i andre deler av kommunen, men referatet fra avklaringsmøtet med valgte leverandør viser at dette var et tema på møtet med valgte leverandør.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å foreta en geografisk oppdeling av kontrakten.
- (24) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «Pris/Kostnad». Innklagede tildelte kontrakt til begge leverandørene fordi det var den beste samlede løsningen. Tildelingen er gjort i tråd med tildelingskriteriene.
- (25) Det bestrides også at innklagede har brutt forskriften § 9-3 i dialog med leverandørene. Det er ikke gitt ulik informasjon til 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 innleie av anleggsmaskiner, kjøp av masser og massetransport til diverse vedlikeholdsarbeid, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til to millioner kroner over fire år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Delkontrakter – tildelingsevaluering

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å dele oppdraget mellom tilbyderne. Klager viser til at selskapet ikke kunne akseptere en slik deling ettersom klagers tilbud ble gitt med den forutsetning at kontrakt skulle tildeles for hele kommunen, og til at klagers tilbud ville vært det rimeligste dersom kontrakt hadde blitt tildelt for hele kommunen.
- (28) Anskaffelsen følger reglene i forskriften del II. Denne delen av forskriften inneholder ikke særskilte regler om adgangen til å dele en anskaffelse inn i delkontrakter, i motsetning til del III. Det er imidlertid ikke tvilsomt at det også åpnes for å dele opp kontrakter i delkontrakter ved anskaffelser etter del II. Velger oppdragsgiver å dele opp kontrakten, vil utgangspunktet være at leverandøren som inngir det beste tilbudet på hver

enkelt del skal tildeles kontrakten på den aktuelle delen, på samme måte som ved anskaffelser etter del III, se for eksempel sak 2018/19 avsnitt 34.

- (29) Som det fremgår av avsnitt 2 foran, forbeholdt innklagede seg retten til å inngå separate delavtaler for nærmere angitte geografiske områder. Etter å ha evaluert tilbudene kom innklagede til at det beste, samlede resultatet var å benytte adgangen til å inngå disse delavtalene.
- (30) Klager har gjennom hele konkurransen fastholdt at tilbudet forutsatte at klager ble tildelt hele oppdraget. Selv om klager hadde det beste tilbudet på deler av den samlede kontrakten, er klagenemnda ikke enig med klager i at innklagede var avskåret fra å inngå delkontrakter og forpliktet til å tildele hele kontrakten til klager.
- (31) Klagenemnda går etter dette over til å vurdere klagers innsigelser mot evalueringen som lå til grunn for beslutningen om å dele opp kontrakten.
- (32) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilbudt pris ville bli vurdert på bakgrunn av tilbudsskjema 1 og 2. Leverandørene fylte ut enhetspriser. Det fremgikk at vederlaget ved kjøring etter fyllmassepriser ville beregnes på bakgrunn av den distanse lasten er transportert, men det var ikke angitt estimater for forventet masse og massetransport eller for forventet bruk av maskiner i fireårsperioden.
- (33) I evalueringen vurderte innklagede hva som samlet sett ut fra enhetsprisene ville gi laveste, forventede kostnadene, basert på et estimert antatt behov for vedlikeholds- og anleggsarbeid. For nordre og søndre del av kommunen ble det tatt i betraktning at klager ville ha en lengre kjøreavstand enn valgte leverandør. Slik konkurransegrunnlaget er utformet, kan ikke klagenemnda se at denne fremgangsmåten skal ha kunnet komme uventet på leverandørene.
- (34) Det er riktig som påpekt av klager, at andre fremgangsmåter ved beregningen av de forventede, samlede kostnadene, kunne ha påvirket styrkeforholdet mellom tilbudene. Dette er for så vidt også erkjent av innklagede. Slik saken er opplyst, kan imidlertid ikke klagenemnda se at det er påvist rettslige mangler ved evalueringen av betydning for utfallet hvor valgte leverandør ble ansett for å ha det beste tilbudet i den nordre og søndre delen av kommunen.

Dialog med leverandørene, § 9-3

- (35) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket fordi innklagede ikke stilte de samme spørsmålene i avklaringsmøtene med leverandørene.
- (36) Etter utløpet av tilbudsfristen avholdt innklagede separate avklaringsmøter med de to leverandørene. I referatet fra avklaringsmøtet med valgte leverandør fremgår det som nevnt blant annet at «*Pr dato leveres knustvarer fra Tøtdal, men har planer om å etablere seg også sentralt i Flatanger. [Nils Kaldahl Anlegg og Transport AS] har i tillegg tilgang på masser i Jøssund/Opplands-området samt også muligheter for dette på Kvaløysæter. Dvs Tøtdal, Oppland og Kvaløysæter kan være leveransepunkter for masser.*»
- (37) Dette var ikke et tema i avklaringsmøtet med klager. Klager mener at innklagede har gitt forskjellige opplysninger i dialogen med leverandørene, og dermed ikke behandlet leverandørene likt.

- (38) Det følger av forskriften § 9-3 (4) at «*Oppdragsgiveren skal behandle leverandørene likt i dialogen. Oppdragsgiveren kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen av leverandørene en fordel fremfor andre.*»
- (39) Innklagede har forklart at avklaringsmøtene ble gjennomført som en gjennomgang av det innleverte tilbud fra den enkelte leverandør og at det var opp til leverandørene å gi utfyllende informasjon om tilbudet og hvordan selskapene ville organisere seg.
- (40) Slik saken er opplyst, ser det ut til at disse temaene ble tatt opp på bakgrunn av innspill fra valgte leverandør. Nemnda har derfor heller ikke på dette punkt grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt regelverket. Det vises i denne sammenheng også til at anskaffelsesforskriften § 9-3 (5) begrenser oppdragsgivers muligheter til å dele løsninger og andre fortrolige opplysninger med konkurrentene under dialogen. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Konklusjon:

Flatanger kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk