



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Vesentlig avvik, supplerende opplysninger, avklaring

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi det inneholdt et vesentlig forbehold. Subsidiært anførte klager at konkurransen måtte avlyses på grunn av manglende publisering av spørsmål og svar. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Klagenemnda kom til at det ikke var grunnlag for å avklare tilbudet. Dissens.

Klagenemndas avgjørelse 12. november 2018 i sak 2018/368

Klager: Anleggsdrift Harstad AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Finn Arnesen og Halvard Haukeland Fredriksen

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter innklagede) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester. Dato for oversendelse til TED var i kunngjøringen angitt til 25. juli 2018. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 estimert til å overstige EØS-terskelverdi. Tilbudsfrist ble i punkt IV.2.2 angitt til 22. august 2018. Tilbudsfristen ble etter det opplyste senere endret til 31. august 2018.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at avtalen skulle gjelde fra 1. oktober 2018 og for to sesonger. Avtalen kan sies opp av oppdragsgiver med tre måneders oppsigelsestid. Avtalen kan også utvides med to årlige forlengelser.
- (3) I konkurransegrunnlaget var det gitt en detaljert beskrivelse av hvilke krav som ble stilt til de ulike delene av oppdraget, herunder brøyting, tilleggsbrøyting, sandstrøing, levering og opp- og nedtaking av brøytetikker, feiing, rigg og drift og mengder/omfang.
- (4) I prisskjemaet var det angitt hvilke områder og delområder som skulle være inkludert i en fastpris. Hvert delområde skulle prissettes. I tillegg skulle det prissettes kosting/feiing for hele området som en del av fastprisen, hvilket var et engangsoppdrag per sesong. Dette skulle utføres før 15. mai hvert år.
- (5) Utover fastprisene skulle leverandørene prissette strøsand ferdig utlagt som fast tilleggstjeneste og timepriser for bruk av hjullaster, traktor og lastebil som ekstraordinære tilleggstjenester. Omfanget av tilleggstjenestene skulle ikke være bindende, men til bruk for evalueringen av konkurransen.
- (6) I konkurransegrunnlagets krav til tilbudets innhold og organisering fremgikk følgende om hvordan tilbudsbrevet skulle være utformet:

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

«Skal være signert. Avvik og forbehold av enhver art i forhold til konkurransegrunnlaget skal være klart, utvetydig og uttømmende fremgå av tilbudsbrevet og med henvisning til hvor i tilbudet forbeholdet fremkommer (sidetall og punktnummer).»

- (7) Tildeling skulle skje utelukkende basert på pris.
- (8) Det fremgikk av kunngjøringen punkt II.2.10 at alternative tilbud ikke ville bli tillatt.
- (9) Klager stilte følgende spørsmål til innklagede 15. august 2018:
«Foreligger det planer om at noe av den betydelige arealøkningen på ca. 50.000m² i forhold til tidligere kontrakter vil kunne falle bort i kontraktperioden (Åsegarden)?»
- (10) Innklagede besvarte klagers spørsmål direkte til klager 17. august 2018 på følgende måte:
«Forsvarsbygg forholder seg til at det pr. nå er oppgitt areal som er behovet og skal brøytes. Skulle behovet endre seg i løpet av kontraktperioden og føre til reduksjon i brøytearealet, vil leverandøren bli varslet i god tid.»
- (11) Innen tilbudsfristen den 31. august 2018 mottok innklagede tilbud fra seks leverandører for delområdet Harstad, herunder Sæteråsen Maskin (heretter valgte leverandør) og Anleggsdrift Harstad AS (heretter klager).
- (12) Følgende fremgikk av valgte leverandørs tilbud:
*«Vi har lagt følgende forutsetninger til grunn:

Iht tilbudsforespørsel. Gjeldende for «Vintervedlikehold Harstad Kommune»

Alternative løsninger:

Leveringstid: Tidsrom fra 1.10. til 31.4. hvert år fra 2018-2022

Vi håper at anbudet er interessant og om nødvendig deltar vi gjerne i avklarende samtaler vedrørende anbudet.»*
- (13) Innklagede meddelte i brev datert 11. september 2018 at kontrakt ville tildeles valgte leverandør.
- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. oktober 2018. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse avventes til etter nemndas behandling. Saken prioriteres derfor av klagenemnda. Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. november 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget. Tilbudet inneholdt et forbehold om at leverandørens kontraktsforpliktelsene kun var gjeldende i perioden 1. oktober til 30. april hvert år. Dette avviker vesentlig fra konkurransegrunnlagets krav om forpliktelser per hele sesong.

- (16) Subsidiært må konkurransen avlyses på bakgrunn av at innklagede ikke publiserte spørsmål fra klager og innklagedes besvarelse av spørsmålet i Merzell.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke avvik fra konkurransegrunnlaget. Angivelsen av leveringstid gjaldt et alternativt tilbud som innklagede valgte å ikke vurdere videre. Eventuelt er det tale om en uklarhet, som det må være mulig å avklare. Nemnda bes om å uttale seg om dette.
- (18) Innklagede brøt ikke regelverket ved ikke å publisere spørsmål fra klager og tilhørende svar. Det som fremgikk av dette var ikke suppleringer, da det kun var en stadfestelse av at det som fremgikk av konkurransegrunnlaget var gjeldende.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 estimert til å overstige EØS-terskelverdi. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (20) Klager har anført at angivelsen av tidsrom i valgte leverandørs tilbudsbrief utgjør et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget som må medføre avvisning. Klager gjør i denne forbindelse gjeldende at angivelsen av tidsrom innebærer at fastprisvederlaget ikke vil omfatte tjenester i forbindelse med eventuelt snøfall i perioden 1. mai til 1. oktober.
- (21) Det fremgår av forskriften § 24-8 førte ledd bokstav b at oppdragsgiver «skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».
- (22) Hvorvidt tilbudet inneholdt et avvik beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget.
- (23) I konkurransegrunnlaget var det stilt en rekke detaljerte krav til hvilken tilstand som leverandøren av eget tiltak skulle opprettholde på ulike veier og plasser. Det var blant annet stilt krav til at brøyting skulle skje uoppfordret ved snødybde på fem cm ved tørr snø og fire cm ved våt snø. Prisskjemaet var bygget opp slik at leverandørene skulle oppgi en fastpris for brøyting for hver sesong som skulle utføres i tråd med disse bestemmelsene.
- (24) Oppdraget skulle ifølge konkurransegrunnlaget gjelde fra 1. oktober 2018 og «for to sesonger», og av kunngjøringsteksten fremgikk det at startdato var 1. oktober 2018, og sluttdato 15. juni 2020. Det fremgikk også at avtalen kunne forlenges med inntil to år (1+1).
- (25) Det var spesifisert i konkurransegrunnlaget at «avvik og forbehold av enhver art i forhold til konkurransegrunnlaget skal være klart, utvetydig og uttømmende fremgå av tilbudsbriefet og med henvisning til hvor i tilbudet forbeholdet fremkommer».
- (26) I tilbudsbriefet til valgte leverandør fremgikk følgende:

«Vi har lagt følgende forutsetninger til grunn:

Iht tilbudsforespørsel. Gjeldende for «Vintervedlikehold Harstad Kommune»

Alternative løsninger:

Leveringstid: Tidsrom fra 1.10. til 31.4. hvert år fra 2018-2022

Vi håper at anbudet er interessant og om nødvendig deltar vi gjerne i avklarende samtaler vedrørende anbudet.»

- (27) Det nevnes her at innklagede har fremholdt at angivelsen av tidsrom utgjør en alternativ løsning, og at denne angivelsen derfor ikke var noen del av det ordinære tilbudet. Dersom det angitte tidsrommet i tilbudet forstås som et alternativt løsningsforslag, er dette i så fall det eneste som fremgår om det alternative løsningsforslaget. Det har etter nemndas syn formodningen for seg at et alternativt tilbud ville inneholdt en annen pris. Det har også formodningen mot seg at en tilbyder har ment å inngi et alternativt tilbud i en konkurranse hvor det fremgår av kunngjøringsteksten at alternative tilbud ikke er tillatt.
- (28) Slik ordlyden i tilbudsbrevet er formulert, er det for klagenemndas flertall mest nærliggende å forstå dette slik at det ikke er tilbudt en alternativ løsning sammenliknet med konkurransegrunnlagets krav, men at det er lagt til grunn en forutsetning om at leveringstiden i kontrakten, og dermed leveringsplikten, skal omfatte perioden fra 1. oktober til utløpet av april hvert år.
- (29) Som nevnt ovenfor fremgikk det av anskaffelsesdokumentene at kontrakten i utgangspunktet gjelder «to sesonger» og at start- og sluttdato i utgangspunktet er 1. oktober 2018 og 15. juni 2020. Begrepet «sesong» er ikke eksplisitt definert i konkurransegrunnlaget, men det fremgår flere steder at en sesong i denne anskaffelsen ikke kan anses avsluttet innen utløpet av april hvert år. Eksempelvis fremgår det av ytelsesbeskrivelsens punkt 11 at «eventuelle skader etter brøytingen skal utbedres fortløpende. Skader som ikke kan repareres straks, må være ferdig reparert innen 1. juni den aktuelle sesongen». I prisskjemaet heter det videre at ytelsen kosting/feing skal «utføres før 15. mai hver sesong». Opplysningen om at sluttdato er 15. juni 2020 taler også for at en «sesong» ikke kan anses avsluttet per utgangen av april hvert år. Anskaffelsen gjelder vintervedlikehold, herunder snørydding og brøyting, i en del av landet der det er påregnelig at det vil kunne komme snø i mai og juni. Konkurransegrunnlaget inneholder videre et krav om at leverandøren skal levere brøytingstjenester «etter behov», og at leverandøren er ansvarlig for at det «til enhver tid foreligger tilstrekkelig kapasitet og utstyr til å forestå brøytingen». Kravet om beredskap til enhver tid er også ledsaget av strenge kontraktsvilkår relatert til forsinkelser. Oppstart som er mer enn én time forsinket skal anses som et avvik, og forsinkelser er sanksjonert med blant annet dagmulkt. Lest i sammenheng fremgår det etter dette klart av anskaffelsesdokumentene at en «sesong» ikke kan anses å gjelde bare frem til utløpet av april, og at det derfor foreligger et avvik i tilbudet fra Sæteråsen Maskin.
- (30) Det neste spørsmålet er om dette avviket må anses vesentlig.
- (31) Det dreier seg i dette tilfellet om et avvik fra angitt leveringstid i en konkurranse hvor pris er eneste tildelingskriterium. Som vist til tidligere er det ikke upåregnelig at hver «sesong» vil kunne vare lenger enn til utgangen av april. Avviket vil derfor medføre at

valgte leverandør vil kunne kreve ekstrabetaling for arbeid etter utgangen av april. Ettersom det her er liten forskjell mellom de to best rangerte tilbudene med hensyn til pris, finner nemnda det derfor klart at avviket må anses vesentlig.

- (32) På bakgrunn av overstående er det også klart at det vil representere et brudd på forhandlingsforbudet dersom valgte leverandør gjennom en avklaring gis mulighet til å endre sitt tilbud ved at den avvikende forutsetningen om leveringstid frafalles.
- (33) Nemndsmedlem Arnesen vil påpeke at det av konkurransegrunnlaget Del III, som inneholder spesielle bestemmelser for vintervedlikehold i region Hålogaland, fremgår at brøytestikker skal være fjernet, og kosting og feiing utført før 15. mai hver sesong. Også av de særlige bestemmelsene for Harstad, fremgår det at feiing skal være utført før 15. mai. Etter dette medlems oppfatning kan dette tilsi at «sesongen», forstått som den periode det skal utføres ordinært vintervedlikehold, avsluttes før dette tidspunktet. Dette medlem kan ikke se at ytelsesbeskrivelsens krav om at eventuelle skader skal være reparert innen 1. juni den aktuelle sesongen er til hinder for en slik forståelse. Snarere tvert imot. Det gir etter dette medlems oppfatning god mening at leverandøren gis noe tid til å feie, samle inn brøytestikker og å utbedre eventuelle skader etter at den perioden det er plikt til å utføre vintervedlikehold, «sesongen», er utløpt. Å pålegge feie- og brøytestikkeinnsamling før «sesongen» er utløpt, gir knapt mening i det hele tatt. For så vidt gjelder den omstendighet at det kan oppstå brøyte- og snøryddingsbehov også i mai og juni, er dette ikke noe tungtveiende argument for at «sesong», forstått som den periode de tjenester som er inntatt i avtalen skal leveres, forstås slik at den slutter noe tid før 15. mai. I den grad det skulle oppstå brøyte- eller snøryddingsbehov etter sesongslutt, vil dette kunne håndteres etter kontraktens endringsregler.
- (34) Nemndsmedlem Arnesen er derfor av den oppfatning at når valgte leverandørs tilbud inneholder passusen «Leveringstid: Tidsrom fra 1.10. til 31.4. hvert år» er dette en angivelse av en nærliggende tolkning av hva som menes med begrepet «sesong» slik dette er brukt i konkurransegrunnlaget. Etter dette medlems oppfatning er passusen «Alternative løsninger:» en åpenbar feilskrift, og angivelsen av leveringstid i valgte leverandørs tilbud inneholder således, om noe, bare ubetydelige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Det var dermed heller ingen feil ikke å avvise tilbudet fra Sæteråsen.
- (35) Nemnda har etter dette kommet til at det foreligger et avvik i tilbudet fra Sæteråsen Maskin, og at dette må anses vesentlig. Innklagede har derfor handlet i strid med anskaffelsesregelverket, ved å unnlate å avvise dette tilbudet i henhold til forskriften § 24-8 førte ledd bokstav b.
- (36) På bakgrunn av det resultatet nemnda har kommet til, tas det ikke stilling til klagers anførsel knyttet til manglende publisering av spørsmål og svar.
- (37) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert over, kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av vesentlig avvik.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk