



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Vedståelsesplikt. ESPD-skjema.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om anskaffelse av skogrydding i ledningsområdet Hasle. Klagers anførsler om at innklagede hadde brutt regelverket ved å fastlegge underkriteriers vekt etter tilbudsfristens utløp, og at innklagede hadde brutt reglene om vedståelsesfrist ved å be leverandørene fastholde tilbudene sine etter vedståelsesfristens utløp, førte ikke frem. Klagers øvrige anførsel ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 20. august 2019 i sak 2018/211

Klager: SB Skog AS

Innklaget: Statnett SF

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Sverre Nyhus, og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Statnett SF (heretter *innklagede*) gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av en kontrakt for skogrydding i ledningsområdet Hasle. Anskaffelsens verdi ble ikke angitt i konkurransegrunnlaget. Varigheten på kontrakten var på to år pluss opsjoner på 1 år + 1 år + 1 år.
- (2) Innklagede benyttet seg av kvalifikasjonsordningen Achilles UNCE ved gjennomføringen av konkurransen, og leverandører som var registrert på relevant kode for skogryddingsarbeider ble invitert til å gi tilbud.
- (3) SB Skog AS og Linnea AS lastet opp hvert sitt ESPD-skjema i kvalifikasjonsordningen henholdsvis 23. januar 2018 og 16. februar 2018.
- (4) Konkurransegrunnlaget ble publisert 31. januar 2018. Tilbudsfrist var fastsatt til 8. mars 2018. Vedståelsesfristen skulle være 60 dager etter tilbudsfrist.
- (5) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Kommersielle kriterier*» og «*Ikke- kommersielle kriterier*».
- (6) "*Kommersielle kriterier*" skulle tillegges 70 % vekt i evalueringen. Under dette tildelingskriteriet skulle «*fastpris hovedrydding*» vektes med 65 % og «*timepris annen hogst (regningsarbeid)*» vektes med 35 %.
- (7) I et vedlegg til konkurransegrunnlaget benevnt Arbeidsomfang, fremgikk det at estimerte omfanget av «*annen hogst (regningsarbeid)*» var 2000 timer per år.

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

- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 7.3 fremgikk det at «tilbyder må fylle ut elektronisk egenerklæringsskjema (ESPD) del II og III, som dokumentasjon på at det ikke foreligger avvsningsgrunner som nevnt i skjemaet del III.» Det fremgikk videre i punkt 7.6 at utfylt ESPD-skjema skal legges ved tilbudet, «med mindre det allerede er lastet opp i Achilles UNCE».
- (9) Konkurransegrunnlaget opplistet en rekke kvalifikasjonskrav som tilbyderne måtte oppfylle. I tilknytning til disse var det angitt at tilbyderne måtte fylle ut et ESPD skjema, men at dette ikke var nødvendig dersom det allerede var lastet opp i Achilles.
- (10) Innklagede mottok totalt syv tilbud. Tre tilbydere ble tatt med til videre forhandlinger, inkludert Linnea AS (*valgte leverandør*) og SB Skog AS (*klager*).
- (11) Det ble gjennomført forhandlinger med de tre leverandørene per e-post i perioden 13. mars til 6. april 2018.
- (12) Ved evalueringen av «*annen hogst (regningsarbeid)*» ble det lagt til grunn en kontraktsvarighet på tre år med følgende fordeling mellom ulike typer slikt arbeid: «*Skogsarbeider*» 4000 timer, «*Planlegg/grunneierkontakt*» 1500 timer, og «*Treklatrer m/motorsag*» 500 timer.
- (13) Valgte leverandørs tilbud fikk en total vektet score på 9,64 mens klagers tilbud fikk en total vektet score på 9,5552.
- (14) I brev av 31. mai 2018 ble det meddelt at valgte leverandør hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, og derfor innstilt som vinner av konkurransen. Klager ble rangert som nummer 3. Forskjellene i pris var marginale, og klager lå ca. tre prosent over den laveste prisen. Anskaffelsesprotokollen viste at tildelingskriteriet kvalitet var avgjørende for tildelingen.
- (15) Samtlige gjenværende tilbydere ble bedt om å fastholde tilbudet 1. juni 2018.
- (16) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør den 22. juni 2018.
- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. juni 2018.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. august 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede fastsatte evalueringsmetoden etter at tilbudene var åpnet, i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i anskaffelsesloven § 4. For kriteriet «*Timepris annen hogst (regningsarbeid)*» var det ikke opplyst at innklagede ville beregne en sum per tilbyder, basert på et estimert antall timer fordelt på de ulike kategoriene arbeidskraft. Evalueringsmetoden ble fastsatt etter tilbudsåpning, når tilbudenes innhold var kjent.
- (20) Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 16-4 (1) ved å be leverandørene om å fastholde tilbudene etter vedståelsesfristens utløp uten at vilkårene for dette var oppfylt.

Forespørselen om å fastholde tilbudene fant ikke sted innen rimelig tid. Forskyvningen av oppstartstidspunkt medførte også en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen.

- (21) Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 20-7, jf. anskaffelsesforskriften § 17-1 (2) ved å ikke kreve at leverandørene leverte det europeiske egenerklæringsskjemaet sammen med tilbudet. Anskaffelsesforskriften § 17-1 annet ledd fastsetter at ESPD-skjema «skal» leveres sammen med forespørselen om å delta i konkurranse eller tilbudet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Evalueringsmetoden er fastsatt før åpning av tilbudene. Innklagede har benyttet lineær metode, som er standard evalueringsmodell for denne typen konkurranser hos innklagede.
- (23) Den nærmere fordelingen av det estimerte antall timer på de ulike kategoriene av mannskap på underkriteriet «*Timepris annen hogst*» ble fastsatt etter tilbudsfristen. Det bestrides at dette er et brudd på anskaffelsesregelverket da utdyping av underkriterier er lovlig såfremt den «*i det væsentlige svarer til de kriterier, som forudgående er blevet meddelt tilbudsgiverne.*», jf. C-677/15P *Evropaiki Dynamiki* premiss 33. Ettersom EU-domstolen aksepterer at etterfølgende utdyping av tildelingskriterier og vektning av underkriterier er lovlig, innebærer det at etterfølgende utdyping av et *under-under* kriterium (som i vår sak) under enhver omstendighet er lovlig, da den etterfølgende fastsettelsen svarer til de kriterier som var fastsatt i konkurransegrunnlaget.
- (24) Forespørselen om fastholdelsen av tilbudene er i samsvar med forsyningsforskriften § 16-4.
- (25) ESPD-skjemaet ble innlevert til kvalifikasjonsordningen som ble benyttet ved anskaffelsen, på samme måte som annen dokumentasjon på at kravene for deltakelse i ordningen var oppfylt. Formålet med ESPD-skjemaet og kvalifikasjonsordninger tilsier at anskaffelsesforskriften § 17-1 annet ledd må tolkes utvidende slik at det ikke er nødvendig å be tilbyderne levere ESPD-skjema flere ganger - avgjørende er at skjemaet faktisk leveres.
- (26) Subsidiært var tilbyderne forpliktet til å inngi dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav sammen med tilbudet. I et slikt tilfelle kan det ikke være påkrevd at ESPD-skjemaet må leveres i tillegg.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder skogrydding i ledningsområdet Hasle som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til 25 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Feil ved evalueringen «Timepris annen hogst (regningsarbeid)»

- (28) «*Timepris annen hogst (regningsarbeid)*» var et underkriterium til tildelingskriteriet «*kommersielle kriterier*», og tillagt 35% vekt i konkurransegrunnlaget. Hvordan forskjeller i tilbudt timepris ville evalueres, fremgikk imidlertid ikke av konkurransegrunnlaget. Av denne grunn måtte tilbyderne gå ut fra at innklagede ville

anvende en eller annen form for metodikk for å kunne fastlegge forskjellene mellom tilbudene under dette kriteriet. Ved evalueringen har innklagede tatt utgangspunkt i det estimerte årlige behovet for regningsarbeid som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Den nærmere fordelingen av timer ble fastsatt etter tilbudsåpning (men før evalueringen av tilbudene). Innklagedes fordeling innebar at leverandørens tilbudte timepriser ble multiplisert med henholdsvis 4000 timer for «Skogsarbeider», 1500 timer for «Planlegg/grunneierkontakt», og 500 timer «Treklatrer m/motorsag». Summen av disse utgjorde sammenligningsgrunnlaget mellom tilbudene.

(29) Lovligheten av denne operasjonaliseringen av underkriterier må etter klagenemndas syn vurderes med utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelser om vektning av underkriterier, og ikke ut fra EU-domstolens avgjørelse i Dimarso, som klager legger til grunn for sine anførsler.

(30) I EU-domstolens sak C-331/04 (ATI) om vektning av underkriterier, uttalte domstolen i premiss 32 at underkriterier kan vektes i etterkant av tilbudsfristen så lenge dette:

«– ikke ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen

– ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse

– ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende.»

(31) EU-domstolen har fastholdt dette synet på regelverket i en rekke senere saker. Blant annet C-677/15P (Evropaiki Dynamiki) premiss 33:

«Det er dog muligt for en ordregivende myndighed, efter udløbet af fristen for afgivelse af bud, at fastsætte vægtningskoefficienter for de underkriterier, der i det væsentlige svarer til de kriterier, som forudgående er blevet meddelt tilbudsgiverne. Denne efterfølgende fastsættelse skal imidlertid opfylde tre betingelser: for det første, at den ikke ændrer kriterierne for tildeling af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, for det andet, at den ikke indeholder elementer, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse, og for det tredje, at denne ikke blev vedtaget under hensyntagen til elementer, der kan være udtryk for forskelsbehandling af en af tilbudsgiverne (jf. i denne retning dom af 24.11.2005, ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl., C-331/04, EU:C:2005:718, præmis 32, af 21.7.2011, Evropaiki Dynamiki mod EMSA, C-252/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:512, præmis 32 og 33, og af 14.7.2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, præmis 26.»

(32) Slik klagenemnda forstår disse avgjørelsene, oppstilles det ingen ubetinget plikt til å fastsette underkriteriers vekt før tilbudsfristens utløp. Oppdragsgiver kan etter tilbudsfristen konkretisere undervilkår på en måte som er påregnelig for tilbyderne i overensstemmelse med ATI-vilkårene. Nemnda legger til grunn at avgjørelsene i ATI og Evropaiki Dynamiki, som fulgte reglene for klassisk sektor, også er relevante for anskaffelser som følger forsyningsforskriften. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse 2018/80 premiss 26-32 med videre henvisninger.

- (33) Klagenemnda har ikke funnet holdepunkter for at tildelingskriteriet «*kommersielle kriterier*» ble endret ved fordelingen av estimerte antall timer på mannskapskategoriene på underkriteriet «*Timepris annen hogst*». Tildelingskriteriene og underkriterienes vekt er angitt i konkurransegrunnlaget. Videre anga konkurransegrunnlaget det totale antall timer til 2000 per år. Innklagede har forklart at fordelingen av timer gjenspeiler hvordan fordelingen antas å bli i kontraktperioden, basert på det erfaringsgrunnlag innklagede har. Nemnda har ikke grunn til å sette spørsmålstegn ved denne forklaringen, og klager har heller ikke bestridt vurderingen. Fordelingen fremstår derfor som saklig og forsvarlig, og innenfor konkurransegrunnlagets rammer.
- (34) Konkurransegrunnlagets informasjon om det totale antall timer har også betydning for vurderingen av det andre ATI-vilkåret, spørsmålet om fordelingen, dersom den hadde vært kjent kunne hatt betydning for utformingen av tilbudene. Fordelingen lå, som nevnt, innenfor de rammene som ble trukket opp i konkurransegrunnlaget, jf. klagenemnda sak 2015/75 premiss 31. Klager har heller ikke konkret underbygget at tilbudet ville vært utformet annerledes dersom klager hadde vært kjent med hvordan tilbudene ville bli vurdert.
- (35) Det siste vurderingstemaet er om innklagedes fastsettelse av priselementenes innbyrdes vekt etter tilbudsfristen «*kan virke diskriminerende*» overfor en av leverandørene. Klagenemnda antar at det er i relasjon til dette vilkåret det har betydning hvorvidt fordelingen ble fastsatt etter tilbudsåpning. Innklagede har fremhevet at fordelingen ble fastsatt i forbindelse med forberedelsen av evalueringen, før evalueringsteamet hadde gjennomgått og sammenliknet prisene. Slik saken er opplyst, står altså spørsmålet i samme stilling som i sak 2018/80, se avgjørelsens premiss 32. Nemnda har følgelig ikke grunnlag for å konstatere at fastsettelsen av vekten er utenfor handlingsrommet oppdragsgiver har i henhold til EU-domstolens praksis.
- (36) Klagers anførsel fører med dette ikke frem.

Vedståelsesfristen

- (37) Klager har anført at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 16-4 (1) ved å be leverandørene fastholde tilbudene uten at vilkårene for dette var oppfylt.
- (38) Det følger av forsyningsforskriften § 16-4 (1) at oppdragsgiver kan fastsette en vedståelsesfrist. Bestemmelsens tredje ledd gir oppdragsgiver adgang til å spørre leverandørene om å fastholde tilbudet etter utløpet av vedståelsesfristen. Tilbudet kan bare fastholdes når dette ikke fører til en «*vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud*». En slik forespørsel må fremsettes "*innen rimelig tid*" etter fristens utløp. Hva som er rimelig tid må avgjøres konkret, jf. blant annet klagenemndas sak 2014/92 premiss (21) med videre henvisning til NOU 2010:2 side 166 (Håndhevelse av offentlige anskaffelser), hvor det likevel påpekes at en måned åpenbart er for sent.
- (39) I foreliggende sak var vedståelsesfristen angitt til 60 dager etter tilbudsfristen. Alle tilbydere bekreftet at de fastholdt tilbudene sine den 1. juni 2018. Det var 23 dager mellom vedståelsesfristens utløp, og fastholdelsen av tilbudene. Forholdet ligger derfor tett opp mot uttalelsen om antall dager som åpenbart er for sent. Det er klart at oppdragsgiver har et selvstendig ansvar for ikke å glemme at han har en konkurranse gående. Hensikten med regelen er likevel å være en sikkerhetsventil der oppdragsgiver

kommer i skade for å glemme å forlenge fristen før utløpet av den opprinnelige fristen, jf. NOU 2010:2 s. 166-167.

- (40) Det foreligger imidlertid ingen holdepunkter for at verken oppdragsgiver eller leverandører anså konkurransen som over selv om avgjørelsen tok tid. Tvert imot fastholdt alle leverandører tilbudene sine. Det fremkom også av konkurransegrunnlaget at et eksakt oppstartstidspunktet ikke var satt, men forventet oppstart var 15. mai. Med dette som bakgrunn skjedde fastholdelsen av tilbudene etter klagenemndas syn «*innen rimelig tid*». Av samme grunner kan nemnda heller ikke se at utsettelsen av tidspunkt for kontraktsinngåelse og kontraktsoppstart representerer noen «*vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud*», jf. forsyningsforskriften § 16-4 (3).
- (41) Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

ESPD-Skjema

- (42) Klager anfører at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 20-7, jf. FOA § 17-1 (2) ved å ikke kreve at leverandørene leverte ESPD-skjema sammen med tilbudet.
- (43) Slik saken er lagt frem for klagenemnda er det ikke anført at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravene, eller at manglende innsending av ESPD-skjema har ført til at mulige avvísingsgrunner ikke er vurdert. Det er derfor vanskelig å se at et eventuelt regelbrudd på dette punkt vil kunne ha hatt betydning for resultatet av konkurransen, se til sammenligning klagenemndas avgjørelser i sakene 2017/111 og 2018/142.
- (44) Klager kan på denne bakgrunn ikke anses å ha saklig interesse i å få avgjort anførselen, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første setning. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til anførselen.

Konklusjon:

Statnett har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk