



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Protokollføring.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for vinterdrift av kommunale veier og plasser i Drangedal kommune. Klager anførte at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet ved å endre begrunnelsen for avvisningen av klager i etterkant av avgjørelsen. Videre anførte klager at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. Klager anførte også at valgte leverandør for rode «*Kjosen*» skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. I tillegg anførte klager enkelte andre regelbrudd. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 4, ved å endre det rettslige grunnlaget for avvisningen av klager i etterkant av avgjørelsen. Klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. desember 2020 i sak 2020/727

Klager: Olsen Entreprenør AS

Innklaget: Drangedal kommune

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Drangedal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. juni 2020 en åpen tilbudskonkurranse for vinterdrift av kommunale veier og plasser i Drangedal kommune. Vinterdriften skulle omfatte snørydding, brøyting og strøing. Kontraktens varighet var satt fra 2020 – 2023 med mulighet for opsjon på 1 + 1 år. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen angitt til 24. august 2020.
- (2) Konkurransen var delt inn i åtte geografiske områder som ville bli vurdert hver for seg. Disse var beskrevet i tekst og ved tegninger i konkurransegrunnlaget:
 - 1) Kroken området
 - 2) Henseid området
 - 3) Kjosen området
 - 4) Bostrak området
 - 5) Tørdal området
 - 6) Drangedal sentrum I (inkl. private områder i sentrum)
 - 7) Drangedal sentrum II

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) Drangedal sentrum III

- (3) I konkurransegrunnlaget under «*Kravspesifikasjon*» var det angitt krav til «*Utstyr til lastebil, traktorer og redskapsbærere*». Det fremgikk:

«Leverandøren bekoster og holder nødvendig utstyr/redskaper for å gjennomføre brøyting og strøing på de respektive veiene og plassene.

Leverandøren må bekoste innkjøp og montering av varsellykt som gir blinkende gult lys, samt brøytelys (lysutstyr) og annet nødvendig varselutstyr.

Et eventuelt bytte av lastebil, traktor eller redskapsbærer i løpet av kontraktperioden skal godkjennes av Drangedal kommune. Alle kostnader må her dekkes av leverandør.»

- (4) Av konkurransegrunnlaget var det stilt følgende krav til leverandørenes «*Økonomiske gjennomføringsevne*»:

«Det kreves at leverandøren har økonomisk evne til å gjennomføre avtalen.»

- (5) Det tilhørende dokumentasjonskravet var:

«Fremleggelse av selskapets komplette årsregnskap for de to siste regnskapsår (dvs. resultatregnskap, balanseregnskap, styrets årsberetning og revisjonsberetning.) Dersom tilbyder har gyldig grunn til ikke å legge ved denne dokumentasjonen, kan leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert dokument som Drangedal kommune kan akseptere.»

- (6) Av konkurransegrunnlaget var det stilt krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner hvor følgende fremgikk av underpunktet «*Kapasitet*»:

«Tilbyder skal ha tilstrekkelig kapasitet til å gjennomføre avtale av dette omfang på en effektiv og kostnadsrasjonell måte.»

- (7) Det tilhørende dokumentasjonskravet var:

«6.4.1 Oversikt over tilbyders biler og maskiner og gjennomsnittlige arbeidsstyrke og antall medarbeidere i den administrative ledelse. Vedlegg 9.6 skal fylles ut.

6.4.2 Oversikt over medarbeidere som vil være involvert for gjennomføringen av denne rammeavtalen. Vedlegg 9.6 skal fylles ut.

6.4.3 Dersom tilbyder vil støtte seg på underleverandører skal det legges fram en forpliktelseserklæring, eller annet egnet dokumentasjon, som viser at tilbyder vil ha til rådighet over de nødvendige ressursene i hele kontraktperioden.»

- (8) I konkurransegrunnlaget var det angitt at «*[t]ilbydere som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene vil bli avvist, jf. Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA). Tilbydere som unnlater å levere etterspurt dokumentasjon kan bli avvist.*»

- (9) Det var lagt ved flere vedlegg i konkurransegrunnlaget, hvorav ett av disse var «*Instruks for brøyting og snørydding i Drangedal kommune*». Under punkt 7 og 8 fremgikk følgende:

«7 Leverandøren har ansvaret for nok bemanning og utstyr slik at det er god fremkommelighet til enhver tid.

8 Leverandør må dokumentere reserveløsning ved maskinhavari og mannskap.»

- (10) Tildelingskriteriet var «*Pris (Time- og beredskapskostnader)*» (100 prosent). Det var angitt at summen av timekostnader og beredskapskostnad ville bli vektlagt. Timekostnaden ville bli beregnet ut fra et estimat på 250 timer (timeprisen x 250 timer). Estimattet på 250 timer ble brukt i konkurransen for å kunne sammenligne tilbudene på de ulike geografiske områdene.
- (11) Olsen Entreprenør AS (heretter *klager*) leverte tilbud på samtlige delområder innen tilbudsfristens utløp. For de ulike delområdene, med unntak av «*Drangedal sentrum 2*», var det i tillegg én eller to andre leverandører som innga tilbud.
- (12) Innklagede informerte i brev av 31. august 2020 at klager sitt tilbud på rode «*Drangedal sentrum 2*» var blitt avvist som følge av at klager kun hadde levert tilbud med én traktor for området. I brevet fremgikk blant annet:

«Øvrige tilbydere har innlevert tilbud med flere biler/maskiner med tilstrekkelig arbeidsstyrke.

Avviket vurderes som vesentlig da oppdragsgiver ikke klarer å evaluere tilbudene på likt grunnlag. På bakgrunn av dette må dessverre oppdragsgiver meddele at deres tilbud blir avvist.»

- (13) I brev av 1. september 2020 fremgikk det at klagers tilbud på rode «*Drangedal sentrum 1*» var blitt avvist med samme begrunnelse som ovenfor.
- (14) Klager klaget på begge avvisningsbeslutningene i brev av 2. september 2020. Det ble påpekt at det var uten betydning at andre leverandører hadde tilbudt flere maskiner på rodene, da tildelingskriteriet pris var vektet 100 prosent.
- (15) Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede i brev av 7. september 2020. I innklagedes svarbrev fremgikk blant annet:

«Du har i inngitt tilbud kun oppgitt en traktor, med en reserveløsning ved havari, for Drangedal sentrum 2. Det anses ikke som tilstrekkelig kapasitet i henhold til konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav oppfylles ikke og tilbudet ditt må derfor avvises i henhold til FOA.»

- (16) I brev av 9. september 2020 påpekte klager at innklagede hadde oppgitt en annen avvisningsgrunn enn det som fremkom i de første brevene. Klager anmodet at innklagede la frem dokumentasjon på vurderingene som var blitt gjort.
- (17) Klager klaget på tildelingsbeslutningene for de øvrige rodene i brev av 11. september 2020. Det ble blant annet fremhevet at valgte leverandør på rode «*Kjosen*» fikk levere manglende regnskap seks dager etter tilbudsfristen.
- (18) Innklagede utlyste ny konkurranse for rode «*Drangedal sentrum 2*» den 25. september 2020, ettersom det ikke forelå tilbud etter at klager hadde blitt avvist. Tilbudsfrist var angitt til 1. oktober 2020.

- (19) I anskaffelsesprotokollen av 29. september 2020 fremgikk det at innklagede gjorde unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon ved mottak av tilbud. Som begrunnelse ble det angitt:

«Kommunen vurderte det som svært sannsynlig at flere av leverandørene ville være små virksomheter uten nevneverdig erfaring med offentlige anskaffelser og/eller elektronisk tilbudslevering. For å legge rette til for at også disse leverandørene ønsker å delta i konkurransen, fant kommunen det mest hensiktsmessig å be om at tilbudet ble levert på papir i lukket konvolutt innen tilbudsfrist.»

- (20) Det er opplyst om at kontrakt er inngått for sju av de åtte delområdene, hvorav kontrakt for rode «Kjosen» ble inngått med Arnt Roar Kåsa (heretter *valgte leverandør*) den 29. september 2020. Kontakt for rode «Drangedal sentrum 1» ble inngått med JV Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*) den 2. oktober 2020.
- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. oktober 2020. Klagen gjelder delområdene «Drangedal sentrum 1», «Drangedal sentrum 2» og «Kjosen».
- (22) I brev av 22. oktober 2020 opplyste innklagede at kontraktsinngåelse i den etterfølgende konkurransen for rode «Drangedal sentrum 2» vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. desember 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet i lovens § 4, ved å endre begrunnelsen for hvorfor klager ble avvist fra konkurransen i etterkant av avgjørelsen.
- (25) Innklagede har brutt forskriften ved å avvise klager som følge av manglende kapasitet til å gjennomføre kontrakten for rodene «Drangedal sentrum 1» og «Drangedal sentrum 2». Det fremkom ikke av konkurransegrunnlaget at det ikke var mulig å brøyte flere roder med samme traktor. Dette medfører at avvisningen av klager er i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven.
- (26) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør for rode «Kjosen», som følge av at valgte leverandør ikke hadde levert all den etterspurte dokumentasjonen til bedømmelsen av kvalifikasjonskravet om «[ø]konomisk gjennomføringsevne». Videre var innklagede uansett forpliktet til å avvise valgte leverandør da de fremlagte regnskapene viste at selskapet drev med underskudd.
- (27) Innklagede har brutt forskriften § 8-16, ved ikke å angi frist for å begjære midlertidig forføyning i beslutningene hvor klager ble avvist fra konkurransen.
- (28) Innklagede har brutt forskriften § 10-5, ved at anskaffelsesprotokollen ikke inneholder en tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor innklagede har gjort unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon ved mottak av tilbud. Anskaffelsesprotokollen er dessuten ikke ført løpende under anskaffelsesprosessen.

(29) Det kreves erstatning for tap som klager har lidt som følge av brudd på anskaffelsesloven.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (30) Innklagede erkjenner at det i avvisningsbeslutningene ble angitt feil rettslig forankring for avvisningen av klager. Dette ble imidlertid rettet av innklagede i brev av 7. september 2020, hvor det fremgår at klager ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. Feilen ble rettet innen karenstidens utløp, noe som tilsier at feilen ikke har påvirket konkurransen.
- (31) Innklagede hadde både rett og plikt til å avvise klager fra konkurransen. Det fastholdes at innklagede var forpliktet til å avvise klager for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til kapasitet.
- (32) Innklagede var ikke forpliktet til å avvise valgte leverandør på rode «*Kjosen*». Konkurranses grunnlaget åpnet for at innklagede i slike tilfeller kunne velge å avvise leverandøren, men det forelå ingen plikt til å avvise leverandøren på dette grunnlag. Videre var det uten betydning at de fremlagte regnskapene viste at selskapet drev med underskudd. Kvalifikasjonskravet var ikke at selskapet skulle drive med overskudd, men at det skulle ha «*økonomisk evne til å gjennomføre avtalen*».
- (33) Innklagede er ikke enig i at det skulle angis en frist for å begjære midlertidig forføyning etter forskriften § 8-16 (3). Det fremgår av bestemmelsens første ledd at regelen gir særregler for begrensede tilbudskonkurranser. Innklagedes konkurranse ble derimot gjennomført som en åpen tilbudskonkurranse, noe som medfører at man er utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.
- (34) Det foreligger ingen mangler ved anskaffelsesprotokollen. Innklagede hadde adgang til å gjøre unntak fra kravet om å bruke elektronisk kommunikasjon ved mottak av tilbud for å legge til rette for økt konkurranse.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vinterdrift av kommunale veier og plasser i Drangedal kommune som er en tjenesteanskaffelse. Konkurransen er kunngjort i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Kravet til etterprøvbarehet i § 4

- (36) Klager anfører at det var i strid med kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarehet i loven § 4 å endre grunnlaget for avvisningen av klager i etterkant av avgjørelsen.
- (37) Prinsippet om forutberegnelighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 4, innebærer at deltakerne i en konkurranse skal ha mulighet til å forvisse seg om at anskaffelsesprosessen har skjedd i henhold til regelverket. Dette innebærer at oppdragsgiver må sørge for at viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen begrunnes og dokumenteres.
- (38) Slik klagenemnda forstår saken, ble det i avvisningsbrevene gitt feil rettslig forankring for avvisningen av klager. Denne feilen ble rettet i brev av 7. september 2020, hvor det

fremgår at klager ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. Etter klagenemndas syn har innklagede brutt kravet til etterprøvbarhet ved å oppgi feil begrunnelse for avvisning i de første meddelelsene. I dette tilfellet har imidlertid innklagede rettet feilen innen utløpet av karensperioden, noe som medfører at bruddet ikke har påvirket konkurransen.

Kvalifikasjonskravet - «Kapasitet»

- (39) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager som følge av manglende kapasitet til å gjennomføre kontrakten for rodene «*Drangedal sentrum 1*» og «*Drangedal sentrum 2*».
- (40) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a) at «*oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».
- (41) Klagenemnda kan prøve om vurderingen er basert på de forholdene som kvalifikasjonskravet gir anvisning på, det vil si om vurderingen ligger innenfor de rammene for kvalifikasjonsvurderingen konkurransegrunnlaget trekker opp. Disse rammene må fastlegges i samsvar med hva en alminnelig opplyst leverandør med rimelighet kan legge til grunn at kravet etterspør. Dette medfører at ordlyden i kvalifikasjonskravet, dokumentasjonskravene og hva anskaffelsen gjelder, vil stå sentralt.
- (42) Konkurransegrunnlaget stilte som kvalifikasjonskrav at «*tilbyder skal ha tilstrekkelig kapasitet til å gjennomføre avtale av dette omfang på en effektiv og kostnadsrasjonell måte*». Som dokumentasjonskrav ble det blant annet bedt om en «*[o]versikt over tilbyders biler og maskiner og gjennomsnittlig arbeidsstyrke og antall medarbeidere i den administrative ledelse*».
- (43) Klager leverte tilbud på samtlige roder, hvor det var lagt opp til at det samme utstyret skulle brukes på flere av rodene. Innklagede vurderte det som en risiko for svikt i leveransen ved å legge opp til å bruke bare én traktor til drift av flere roder samtidig. Sett i sammenheng med instruksene, hvor det fremkommer at «*[l]everandøren har ansvaret for nok bemanning og utstyr slik at det er god fremkommelighet til enhver tid*», forelå det en risiko for at det ikke var levert tilstrekkelig kapasitet til at kvalifikasjonskravet kunne anses oppfylt.
- (44) En forutsetning ved klagers tilbud var, som nevnt tidligere, at klager skulle drifte flere roder samtidig. Måten tilbudet var lagt opp på, medførte at det var vanskelig for innklagede å bedømme kapasitet opp mot noen av kontraktsområdene, og velge bort andre kontraktsområder i kvalifikasjonsvurderingen. Videre er det uklart om utstyret som er forutsatt brukt på flere roder samtidig, også vil være tilgjengelig i samme utstrekning dersom klager kun blir tildelt kontrakt for noen av områdene.
- (45) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at innklagedes vurdering er innenfor de rammene som er angitt av kvalifikasjonskravet. Anførselen om at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager, fører derfor ikke frem.
- (46) Klagenemnda finner grunn til å bemerke at avvisningsgrunnen som er gjort gjeldende for rodene «*Drangedal sentrum 1*» og «*Drangedal sentrum 2*», også synes å gjøre seg gjeldende for de øvrige rodene.

Avvisning av valgte leverandør på rode «Kjosen»

- (47) Klager har anført at valgte leverandør på rode «Kjosen» skulle ha vært avvist som følge av at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om «Økonomisk gjennomføringsevne».
- (48) Det aktuelle kvalifikasjonskravet var at leverandøren skulle ha «økonomisk evne til å gjennomføre avtalen». Som dokumentasjonskrav var det angitt at leverandørene skulle fremlegge «selskapets komplette årsregnskap for de to siste regnskapsår (dvs. resultatregnskap, balanseregnskap, styrets årsberetning og revisjonsberetning.)»
- (49) Klager fremholder for det første at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet. Det fremkom av evalueringen at valgte leverandør fikk levere regnskapet for 2019 seks dager etter tilbudsfristen.
- (50) Det følger av forskriften § 9-7 (2) at oppdragsgiver kan utsette avgjørelsen om avvisning til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren. Denne dialogen kan gjelde «alle sider ved tilbudene og andre mottatte dokumenter eller opplysninger», og kan blant annet omfatte avklaringer, jf. forskriften § 9-3 (1).
- (51) Etter det opplyste, inneholdt valgte leverandørs tilbud årsregnskapet for 2018, men ikke for 2019. Innklagede har opplyst at valgte leverandør, etter tilbudsfristens utløp, fikk levere årsregnskapet for 2019.
- (52) Tilbudsfristen i konkurransen var 24. august 2020, og den ettersendte informasjonen forelå på tilbudstidspunktet. Ettersending av årsregnskapet for 2019, seks dager etter tilbudsfristen, innebærer ikke et brudd på kravet til likebehandling. Slik klagenemnda ser det, hadde innklagede derfor adgang til få ettersendt den aktuelle dokumentasjonen på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.
- (53) Klagers anførsel på dette punkt fører ikke frem.
- (54) Klager har videre anført at valgte leverandør skulle vært avvist, da regnskapene viser at valgte leverandør ikke har økonomisk gjennomføringsevne til å ta på seg denne kontrakten.
- (55) I kvalifikasjonskravet var det ikke presisert en terskel for når kvalifikasjonskravet ville anses oppfylt. Slik kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet er utformet, legger det opp til en utstrakt skjønnsmessig vurdering av leverandørenes økonomiske evne til å utføre kontraktarbeidet. Kvalifikasjonskravet stengte ikke for at man kunne oppfylle kvalifikasjonskravet selv om regnskapet viste at selskapet drev med underskudd, da det kun var krav om at leverandøren kunne gjennomføre kontrakten.
- (56) Valgte leverandør ble ansett kvalifisert på tross av underskuddet, fordi det var et begrenset behov for økonomisk kapasitet ved drift av det aktuelle området. Videre ble det lagt vekt på at leverandøren kun hadde levert tilbud for dette kontraktsområdet, og at det er et lite område hvor drivstoffkostnadene vil være begrenset. I lys av dette vurderte innklagede at økonomien i selskapet ble ansett som tilstrekkelig for å gjennomføre avtalen.
- (57) Det er etter dette ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om «økonomisk evne til å gjennomføre avtalen». Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle ha vært avvist, fører derfor ikke frem.

Frist for midlertidig forføyning

- (58) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 8-16, ved ikke å angi frist for å begjære midlertidig forføyning i beslutningene hvor klager ble avvist fra konkurransen.
- (59) Det fremgår av forskriften § 8-16 (1) at oppdragsgiver *kan* fastsette en frist for når en begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgiverens beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen, må settes frem for tingretten. Det er videre angitt i første ledd at bestemmelsen gjelder for «*begrensede tilbudskonkurranser*» – hvor anskaffelsesprosedyrer skjer i to trinn – leverandørene skal prekvalifiseres før de blir invitert til å inngi tilbud.
- (60) Denne konkurransen ble gjennomført som en åpen tilbudskonkurranse, hvor kvalifikasjonskravene og tilbudene ble vurdert samlet. Bestemmelsen kommer derfor ikke til anvendelse, og klagers anførsel kan ikke føre frem.

Anskaffelsesprotokollen var mangelfull

- (61) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket, ved at anskaffelsesprotokollen ikke inneholdt en tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor innklagede har gjort unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon ved mottak av tilbud.
- (62) Det følger av forskriften § 10-5 (2) bokstav c) at oppdragsgiveren skal føre protokoll for gjennomføringen av anskaffelsen, og denne skal blant annet inneholde begrunnelsen for å gjøre unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon ved mottak av tilbud.
- (63) I anskaffelsesprotokollen av 29. september 2020 fremgår det at innklagede anså det som sannsynlig at flere av de potensielle leverandørene ville være små bedrifter uten særlig kjennskap til anskaffelsesregelverket. Det ble derfor vurdert at terskelen for å levere tilbud ville være lavere hvis tilbudene kunne leveres på papir.
- (64) Klager har vist til at protokollen ble ferdigstilt etter at konkurransen ble avsluttet. Selv om det er naturlig at protokollen utfylles løpende i anskaffelsesprosessen, er hovedpoenget likevel at oppdragsgiver kan dokumentere de avgjørelser som er tatt, og at disse oppfyller kravene som er oppstilt i loven. Etter klagenemndas syn har innklagede derfor oppfylt begrunnelseskravet slik det er angitt i forskriften. Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Drangedal kommune har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 4, ved å endre det rettslige grunnlaget for avvisningen av klager i etterkant av avgjørelsen.

Klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk

