



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklart konkurransegrunnlag

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikehold for veiene i kommunen. Klager anførte at kravet til en bestemt type strøsingel og den angitte tidsbegrensningen av kontrakten var konkurransevridende. Videre anførte klager at konkurransegrunnlagets regulering av kravet til nattbrøyting var uklart. Anførselene førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2021 i sak 2021/431

Klager: Johan Isaksen AS

Innklaget: Porsanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Arnt Skjefstad og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

- (1) Porsanger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 30. juni 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikehold for veiene i kommunen. Anskaffelsens verdi var estimert til seks millioner kroner. Kommunens veinett var delt opp i seks ulike roder, der leverandørene kunne inngi deltilbud for hver rode. Klagen gjelder rode 2 «*Billefjord – Snekkernes*», der avtalen ville gjelde for fire år. Tilbudsfrist var 17. august 2020.
- (2) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at tildelingen ville skje på bakgrunn av det tilbudet som hadde den laveste prisen for den enkelte rode.
- (3) Strøing av veinettet inngikk i leveransen, og for valg av strøsand var det i de generelle kontraktsbestemmelsene presisert at strøstanden skulle være mellom 4 og 8 mm., og at den ikke skulle inneholde nullstoffer 0-4 mm.
- (4) Om start- og sluttdato for vedlikeholdet, sto det at tilbyder pliktet å foreta brøyting fra første snøfall på høsten til siste snøfall påfølgende vår, samt vedlikeholde til søle og sørpe var borte.
- (5) Angående når på døgnet veiene skulle brøytes ved snøfall, sto det følgende i de spesielle bestemmelsene for rode 2:

«Alle områder som inngår i denne avtale skal holdes ryddet i det tidsrom som er vanlig for alminnelig ferdsel, dvs. fra kl. 06:00 til 22:00.

Mellom kl. 22:00-06:00 skal snødybden på ubrøytet areal ikke være mer/ha nådd mer enn 10 cm før brøyting igangsettes.

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

Mellom kl. 06:00 – 22:00 skal snødybden på ubrøytet areal ikke være mer/ha nådd mer enn 5 cm før brøyting igangsettes.

Maksimal snømengde, kravet til maksimal snømengde er:

- 10 cm mellom kl. 06:00 og 22:00

- 12 cm mellom kl. 22:00 og 06:00.

Under vedvarende snøvær skal brøytefrekvensen være så stor at overholdes.»

- (6) Innklagede mottok to tilbud for røde 2 innen tilbudsfristen – fra Johan Isaksen AS (heretter *klager*) og Paulsen entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*). I tildelingsbrev datert 18. august 2020 informerte innklagede om valg av leverandør.
- (7) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 16. september 2020.
- (8) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. februar 2021.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. juni 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Kravspesifikasjon om strøsand i størrelsesorden 4 – 8 mm. er konkurransevridende. Valgte leverandør er den eneste tilbyderen med eget knuseverk i kommunen og som enklere kan produsere slik strøsand kommunen ber om. Kommunen har tidligere godtatt andre dimensjoner. Kommunen skal videre ha frafalt kravet i kontraktsforhandlinger for andre roder fordi tilbyderne hadde store lagre med tidligere godkjent strøsand.
- (11) Oppdragsgivers krav om brøyting fra første til siste snøfall, uten nærmere presisering av oppstarts- og avslutningsdato, gjør det uklart når kontraktsforpliktelsene starter og slutter. Det vanskeliggjør planlegging av driften, og favoriserer større tilbydere med mange ansatte som de lettere kan "sjonglere".
- (12) Konkurransesgrunnlaget er utformet slik at det er uklart om det er stilt krav om nattbrøyting. Klager forstår vilkåret om maks snødybde nattestid som et krav om nattbrøyting, og har lagt dette til grunn i tilbudet sitt. Klager har fått opplyst av valgte leverandør at de ikke har lagt til grunn krav om nattbrøyting av hensyn til krav om nattero i tidligere anbuds konkurranser i kommunen. I samtaler med innklagede, har innklagede gitt uttrykk for at det ikke var intensjonen å innføre nattbrøyting. Uklarheten knyttet til nattbrøyting kan ha påvirket prisen på de innleverte tilbudene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Valgte strøsand er godt egnet for strøing på veiene, og er vanlig å benytte i andre kommuner. Spesifikasjonen på 4-8 mm. strøsingel favoriserer ingen av leverandørene. Valgte leverandør opplyser at den også må kjøpe inn den aktuelle strøsingelen. Innklagede har ikke fraveket dette kravet for noen av de andre rodene, og vil følge opp avvik i henhold til kontraktene.
- (14) Tidsbegrensning fra første til siste snøfall er gjort for å gi større forutberegnelighet for leverandørene. Da vet byggherre og entreprenør hva de har godtgjort per brøytesesong. Innklagede opplever at dette er priset inn av tilbyderne, da prisen er steget betydelig fra forrige anbudsrunde.

- (15) Hva gjelder spørsmål om brøyting nattestid, er det kontrakten som regulerer når det skal brøytes. Det er lempet på kravene både for tidsrom og snødybde fra tidligere. Kommunen opplever at begge leverandørene har tolket anbudet likt, og det fremgår av kontraktsmøtet med valgte leverandør at det skal brøytes nattestid ved behov. Det er liten prisforskjell mellom tilbudene, og det taler for at leverandørene har forstått konkurransegrunnlaget relativt likt.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vedlikehold av veistrekninger vinterstid, som er en tjenesteanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Konkurransevidende kravspesifikasjon

- (17) Det første spørsmålet er om kravet til 4-8 mm. saltsingel var konkurransevidende.
- (18) Oppdragsgiver har i utgangspunktet vide rammer for beskrivelsen av leveransen. Kravspesifikasjonen skal samtidig være i tråd med de grunnleggende hensynene i anskaffelsesregelverket, herunder være objektiv og ikke konkurransevidende. Spesifikasjonen må være nødvendig og proporsjonal sett hen til det konkrete innkjøpets formål og verdi. Oppdragsgiver må videre være bevisst konkurransesituasjonen på markedet. En objektiv kravspesifikasjon som reelt sett har en diskriminerende virkning, kan utgjøre brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (19) Klagenemnda bemerker at det i de fleste konkurranser er forhold som gjør at noen eller enkelte tilbydere har et bedre grunnlag enn andre for å levere et godt tilbud. Regelverket er ikke til hinder for at slike leverandører konkurrerer om anskaffelser sammen med leverandører som ikke har tilsvarende godt grunnlag for å delta, eller at kontraktene faktisk tildeles leverandører som har dette fortrinnet, se sak 2014/24 avsnitt 58. Den saken gjaldt en anførsel om at innklagede hadde plikt til utjevne eksisterende leverandørs påståtte konkurransefordel knyttet til informasjon om og tilgang til eksisterende tekniske løsninger og utstyr. Klagers anførsel førte ikke frem.
- (20) Kravet om 4-8 mm. strøsand er et objektivt krav til materialet som skal brukes. Innklagede har begrunnet valget av denne typen strøsingel blant annet med at den gir mindre svevestøv, ligger bedre på vei og ikke gir behov for å strø så ofte. På bakgrunn av det opplyste fremstår kravet som saklig begrunnet i oppdragsgivers behov.
- (21) Selv om valgte leverandør er den eneste med et knuseverk i kommunen og slik sett har mulighet til å produsere den ønskede størrelsen selv, er dette ikke et forhold som gjør spesifikasjonen ulovlig konkurransevidende. Valgte leverandørs mulighet til å produsere størrelsen selv, vil gjelde uavhengig av spesifikasjonen som gjelder. Denne vurderingen endres ikke av at andre tilbydere for øyeblikket sitter på lagre av sand med andre spesifikasjoner. Innklagede har videre opplyst at også valgte leverandør må kjøpe noe sand med den nødvendige spesifikasjonen. Innklagede opplyser at kravet ikke er frafalt overfor andre leverandører, og klagenemnda har ikke mottatt dokumentasjon som tilsier noe annet.
- (22) Innklagede har etter dette ikke brutt regelverket ved å stille krav til 4-8 mm. strøsand.

- (23) Videre er spørsmålet om presiseringen av kontrakten til «første snøfall på høsten til siste snøfall påfølgende vår og vedlikeholdes til såle og sørpe er borte», i stedet for til bestemte datoer, innebar en konkurransevidning til fordel for større selskaper med flere ansatte.
- (24) Angivelsen av vær- og føreforhold som bestemmende for kontraktsforpliktelsene, fremstår som en saklig avgrensning av kontrakten. Selv om avgrensningen innebærer at leverandørene ikke vil vite nøyaktig hvilken dag de må starte eller avslutte arbeidet, gjør kontraktens natur at innklagede er nødt til å kontraktsregulere risikoen for tidlig eller sent snøfall/andre vanskelige føreforhold. Angivelsen flytter noe risiko over på leverandørene sammenlignet med en ren datoangivelse, men anvisningen fremstår saklig og kan prises inn i tilbudene. Selv om enkelte leverandører vil kunne være bedre rustet til å håndtere en usikker oppstartsdato, innebærer ikke vilkåret en ulovlig konkurransevidning.

Spørsmål om nattbrøyting

- (25) Klagenemnda tar videre stilling til om konkurransegrunnlagets regulering av behovet for nattbrøyting mellom kl. 22:00 og 06:00 er uklart og dermed ulovlig.
- (26) Det følger av EU-domstolens praksis at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 SIAC Construction. Dette innebærer et krav om at tildelingskriteriene må utformes så presist at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår tildelingskriteriene på samme måte, og at konkurransegrunnlaget inneholder tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud.
- (27) Etter nemndas oppfatning fremgår det utvetydig av konkurransegrunnlaget at det er snødybden/forventet snødybde som regulerer spørsmålet om brøyting nattestid. Dette er også lagt til grunn i kontraktsmøtet mellom innklagede og valgte leverandør. Klagenemnda kan ikke se at klagers kontakt med ansatte i kommunen endrer forståelsen av konkurransegrunnlaget.
- (28) Konkurransegrunnlaget er ikke uklart.

Konklusjon:

Porsanger kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk