



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tildelingsevaluering, Avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av asfaltarbeider. Klager anførte prinsipalt at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, subsidiært at tilbudet skulle fått dårligere uttelling i tilbudsevalueringen. Ingen av anførslene førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 21.09.2021 i sak 2021/785

Klager: Skanska Industrial Solutions AS

Innklaget: Viken fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Elisabeth Wiik, Marianne Dragsten og Finn Arnesen

Bakgrunn:

- (1) Viken fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. januar 2021 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av asfaltarbeider i Viken fylke. Anskaffelsens verdi var estimert til 60,1 millioner kroner. Tilbudsfrist var 5. mars 2021.
- (2) Kontrakten gjaldt 11 veistreknninger i fylket. Disse var opplistet i konkurransegrunnlagets del D1.3 og D1.4. Hver av strekningene var der angitt som et eget kontraktspunkt.
- (3) I konkurransegrunnlaget var det lagt opp til at leverandørene skulle angi en pris med utgangspunkt i konkurransegrunnlaget og de tilleggsytelsene entreprenøren ville tilby. I vedlegg D2 hadde oppdragsgiver inntatt tabellen nedenfor, hvor det var opplistet ulike tilleggsytelser som leverandørene kunne krysse av «JA» eller «NEI» for om de ville tilby. Dersom leverandørene tilbød noen av ytelsene, ville tilbudt pris reduseres i tråd med prosentverdien som var oppgitt for den aktuelle ytelsen. Etter denne reduksjonen ville tilbyderne stå igjen med en konkurransesum som ble bestemmende for rangeringen av tilbudene.

Tilleggsytelse ved produksjon og legging av asfalt	Reduksjon i konkurransesum	Trekk i oppgjør (under utførelse) dersom tilbudte tilleggsytelser ikke gjennomføres	Merknader	Tilbys tilleggsytelsen av entreprenør (tilbyder)	
Kvalitet og miljø:				JA	NEI
Bruk av asfaltutlegger med påmontert rampe for klebing	1,0 %	2,0 %			
Stedlig kvalifisert kontrollør	2,0 %	4,0 %	Tilstedeværelse: Oppstartskontroll (første skift) + 40 % av tiden. Dokumentasjon: timelister.		
Alle asfaltører med fagbrev (eks. lærling)	2,0 %	4,0 %	Dokumentasjon: timelister.		
Finstoff (0/4) under tak på asfaltfabrikk	1,0 %	2,0 %	Gjelder også der tilslaget går rett fra fremstilling og inn i asfaltproduksjonen uten mellomlagring.		
Bruk av lavtemperaturasfalt	3,0 %	5,0 %	Gjelder ikke mindre tilleggsarealer (busslommer etc.)		
Energikilde ved produksjon:					
– klimanøytralt	4,0 %	7,0 %			
– naturgass LNG	2,0 %	5,0 %	Minst 80 % av produksjonen med angitt energikilde.		
– naturgass LPG	2,0 %	5,0 %	EN må dokumentere energitypen som er benyttet.		
– fyringsolje/diesel	0,0 %	–			
Gjenbruk > 5 %	1,0 %	3,0 %	Under forutsetning at konkurransegrunnlaget tillater gjenbruk.		

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

- (4) En av de opplistede tilleggsytelsene var «*Energikilde ved produksjon*», der en asfaltproduksjon som var klimanøytral eller som anvendte naturgassene LNG eller LPG ville gi en prosentvis reduksjon av konkurransesummen på henholdsvis fire eller to prosent. Under «*Merknader*» var det stilt krav om «*Minst 80 % av produksjonen med angitt energikilde*».
- (5) Av tabellen fulgte det videre at manglende oppfyllelse av tilbudt tilleggsytelse ville gi et trekk i oppgjøret på henholdsvis syv og fem prosent. I vedlegg D2 var det presisert at «*[t]rekk vil bli gjennomført dersom oppgitte tilleggsytelser ikke er oppfylt for alle punkt gitt i pkt. D1.3, Spesiell beskrivelse*» (understrekning i konkurransegrunnlaget).
- (6) Innklagede mottok tilbud fra blant andre Skanska Industrial Solutions AS (heretter *klager*) og Veidekke Industri AS (heretter *valgte leverandør*). I tildelingsbrev av 10. mars 2021 informerte innklagede om valg av leverandør.
- (7) Det avgjørende for utfallet av konkurransen var at klager ble gitt 10 prosent trekk i kontraktssummen som følge av tilleggsytelsene, mens valgte leverandør ble gitt 14 prosent trekk for punkt 1-3 i kontrakten, og 12 prosent trekk for punkt 4-11 i kontrakten. Klager endte opp rangert som nummer to i konkurransen.
- (8) Det differensierte prosenttrekket til valgte leverandør skyldtes at det var krysset av «*JA*» for to ulike energikilder under punktet «*Energikilde ved produksjon*». De to energikildene omfattet til sammen hele leveransen. Valgte leverandør anga hvilke kontraktspunkter de ulike energikildene ville knyttes til, og ble gitt trekk for en forholdsmessig andel i konkurransesummen.
- (9) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 8. april 2021.
- (10) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. april 2021.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. september 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Prinsipalt anføres at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen som følge av vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Subsidiært skulle valgte leverandør scoret lavere på grunn av manglende oppfyllelse av tilleggsytelsen «*Energikilde ved produksjon*».
- (13) Klager anfører at en objektiv forståelse av konkurransegrunnlaget medfører at leverandørene bare kunne få fradrag dersom minst 80 prosent av den totale produksjonen var med en av de angitte energikildene. Siden skjemaet kun åpnet for avkrysning i kolonnene «*JA*» og «*NEI*», var det ikke åpnet for at kontrakten kunne deles opp slik at man fikk fradrag for delvis oppfyllelse. Dette ville dessuten være i strid med merknaden om at minst 80 prosent av produksjonen måtte komme fra den aktuelle energikilden. Skulle konkurransegrunnlaget forstås slik at det kunne gis ulikt fradrag for ulike deler av kontrakten, skulle dette fremgått av konkurransegrunnlaget.

- (14) Det hevdes at tolkningen underbygges av at det i vedlegg D2 om sanksjoner var presisert at «*[t]rekk vil bli gjennomført dersom oppgitte tilleggsytelser ikke er oppfylt for alle punkt gitt i pkt. D1.3, Spesiell beskrivelse*». Konkurransen la ikke opp til en delvis oppfyllelse i kontraktsfasen. Gitt at prosentverdien skulle beregnes på samme måte her som ved evalueringen, har det formodningen mot seg at det skulle gis uttelling for delvis oppfyllelse ved evalueringen.
- (15) Det anføres at den mest nærliggende fortolkningen av valgte leverandørs tilbud er at de ikke tilbyr 80 prosent oppfyllelse for noen energikilde. Alternativt må tilbudet anses uklart på dette punktet. Dette medfører at tilbudet har et avvik som gjør at det ikke kan sammenlignes med de andre tilbudene. Fratrekket på dette punktet er avgjørende for utfallet av konkurransen, og det foreligger således et vesentlig avvik ved tilbudet som gjør at innklagede har plikt til å avvise det etter § 24-8 første ledd bokstav b.
- (16) Subsidiært gjør klager gjeldende at valgte leverandørs tilbud må forstås slik at det ikke er grunnlag for å gi reduksjon for tilleggsytelsen «*energikilde ved produksjon*». Valgte leverandør presiserte i tilbudet sitt at de ville bruke en klimanøytral energikilde for 3 av 11 kontraktspunkter, mens de ville bruke naturgass for 8 av 11 kontraktspunkter. Dette tilsier at verken klimanøytral energikilde eller naturgass som energikilde kan overstige 80 prosent av produksjonen samlet sett. I den grad det skulle være noen uklarhet på dette punktet, er det uansett valgte leverandør som bærer risikoen for uklarheter i tilbudet, jf. forskriften § 23-3 andre ledd. Innklagede hadde således ikke grunnlag for å gi valgte leverandør reduksjon for bruk av energikilde. Dette utgjør et brudd på de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling.
- (17) Det anføres at klager ville ha vunnet konkurransen dersom valgte leverandør ikke hadde blitt gitt reduksjon for bruk av energikilde. Bruddet på regelverket var derfor av betydning for utfallet av konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det gjøres gjeldende at valgte leverandørs tilbud inneholdt ingen avvik fra anskaffelsesdokumentene. En naturlig og objektiv forståelse av ordlyden i tabellen i vedlegg D2 sett i sammenheng med formålet, tilsier at det for tilleggsytelsen «*energikilde ved produksjon*» var anledning til å tilby produksjon med ulike energikilder. Dette innebar ikke at det var åpnet for delvis oppfyllelse slik klager hevder, men at det for denne tilleggsytelsen kunne tilbys ulike energikilder for å dekke alle kontraktspunktene totalt sett. Merknaden om minst 80 prosent produksjonsandel knytter seg til det enkelte kontraktspunkt.
- (19) Klager viser til at tabellen var laget slik at det kunne krysses av for flere energikilder. Selv om skjemaet ikke inneholdt en egen rubrikk for angivelse av hvilke kontraktspunkter de ulike energikildene gjaldt, kan ikke konkurransegrunnlaget tolkes slik at det ikke åpner for bruk av ulike energikilder for de ulike kontraktspunktene. Dersom tilbyder angir produksjon med ulike energikilder, må tilbyder selv angi hvilke kontraktspunkter som dekkes av de ulike energikildene. Hvis ikke dette er gjort, vil det være uklart for oppdragsgiver hvilken prosentsats som skal legges til grunn for reduksjon av konkurransesummen på de ulike punktene. Valgte leverandør har i denne saken selv opplyst hvilke kontraktspunkter/strekninger de ulike energikildene skal dekke, slik at det ikke medfører noe problem for sammenligningen av tilbudene.

- (20) Det anføres at en tolkning der kun én energikilde kan benyttes, vil stride mot formålet om en mer miljøvennlig produksjon. Da vil en leverandør som produserer med fyringsolje/diesel premieres likt med en som bruker miljøvennlige energikilder, kun fordi leverandøren bruker to ulike miljøvennlige energikilder. Dersom det bare var anledning til å krysse av for én energikilde, måtte dette ha kommet klarere frem i konkurransegrunnlaget.
- (21) Subsidiært, dersom klagenemnda kommer til at det ikke var rom for å angi ulike energikilder for deler av prosjektet, mener innklagede at dette skal reguleres ved de sanksjoner som følger av kontrakten ved manglende oppfyllelse. Atter subsidiært anføres det at klagers tolkning innebærer en slik uklarhet i konkurransegrunnlaget som bør innebære at konkurransen avlyses. Det vil foreligge motstrid mellom oppdragsgivers intensjon og det som fremgår av konkurransegrunnlaget, og konkurransen skulle derfor vært avlyst, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/591.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder asfaltlegging på veinettet i Viken fylke, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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.
- (23) Klagenemnda vil først ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud grunnet vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften 24-8 (1) bokstav b. Dette krever at nemnda må ta stilling til hvordan punktet om tilleggsytelsen «*Energikilde ved produksjon*» skal forstås.
- (24) Klager anfører at det kun var anledning til å krysse av for én energikilde for hele leveransen, og at kravet om 80 prosent produksjonsandel derfor måtte oppnås med kun én av de angitte energikildene. Klager påpeker at måten valgte leverandør har krysset av for bruk av energikilder, innebærer at ingen av energikildene alene har nådd kravet om 80 prosent produksjonsandel.
- (25) Klagenemnda forstår faktum slik at valgte leverandør tilbød en av de angitte energikildene for alle kontraktspunktene/strekningene. Spørsmålet som nemnda må ta stilling til er om leverandørene ved oppfyllelsen av tilleggsytelsen kunne kombinere flere av de angitte energikildene.
- (26) Spørsmålet er ikke regulert direkte i konkurransegrunnlaget. I tabellen hvor leverandørene skulle angi hvilke tilleggsytelser de ville tilby, var det satt opp en «JA»-kolonne og en «NEI»-kolonne. I vedlegg D2 i konkurransegrunnlaget, hvor det var redegjort for tildelingskriteriet, står det at «*Tilbyder angir i tabellen under hvilke tilleggsytelser de vil benytte for kontaktpunktene gitt i pkt. D1.3, Spesiell beskrivelse*». I selve tabellen er det kun i kolonnen «*Merknader*» det gis noe tilleggsinformasjon, hvor det stilles krav om minst 80 prosent av produksjonen med angitt energikilde.
- (27) I tabellen var det ikke laget egne celler for hvert kontraktspunkt, og det var lite plass til å føre opp ekstra informasjon utover å krysse av for «JA» eller «NEI». Imidlertid var det heller ikke gitt føringer i konkurransegrunnlaget som forhindret leverandørene fra å krysse av for flere energikilder og føre opp hvilke kontraktspunkter som gjaldt for hver

energikilde. Etter klagenemndas syn stenger ikke tabellen og konkurransegrunnlaget for at leverandørene kunne krysse av for flere energikilder.

- (28) Formålet med den aktuelle tilleggsytelsen var å premiere miljøvennlig asfaltproduksjon. Det vil stride mot dette formålet dersom en leverandør som kan produsere asfalten med de angitte miljøvennlige energikildene, ikke skal premieres ved evalueringen fordi den anvender to eller flere av kildene i stedet for kun den ene. Siden klimanøytral produksjon og produksjon med naturgasser gir ulik prosentvis reduksjon i konkurransesummen, vil leverandørene være nødt til å presisere hvor stor andel som vil komme fra de ulike produksjonsmåtene. En slik fordeling mellom energikildene, som valgte leverandør har gjort, vanskeliggjør ikke utregningen av fradragssummen under evalueringen. Dersom det skulle vært en begrensning i antall energikilder som kunne benyttes, måtte dette tydelig ha fremgått av konkurransegrunnlaget.
- (29) Valgte leverandørs angivelse av to ulike energikilder for oppfyllelse av kravet om miljøvennlig asfaltproduksjon, innebærer etter dette ikke et avvik fra anskaffelsesdokumentene. Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, fører derfor ikke frem.
- (30) Det ovennevnte innebærer videre at valgte leverandør ikke skulle vært gitt et mindre fradrag ved utregningen av konkurransesummen.

Konklusjon:

Viken fylkeskommune har ikke brutt reglene for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk