



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for vinterdrift av kommunale veier og ferdselsareal. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen og avvise klagers tilbud for delkontrakten Byåsen øst. Heller ikke klagers øvrige anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 31. august 2022 i sak 2022/577

Klager: Johan Egil Grande

Innklaget: Trondheim kommune

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Trondheim kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. januar 2022 en åpen anbudskonkurranse om tjenestekontrakter for vinterdrift av kommunale veier og ferdselsareal i kommunen. Kontraktene hadde en maksimal varighet på seks (4+1+1) år, og en estimert totalverdi på 360 millioner kroner. Tilbudsfristen var 28. februar 2022.
- (2) Om deltilbud fremgikk det av konkurransegrunnlaget at anskaffelsen var delt opp i 15 delkontrakter etter ulike soner i kommunen. Det var ikke anledning til å slå sammen deltilbud og gi totalpriser eller rabatter.
- (3) Denne saken gjelder delkontrakt nummer 8, sone 200108 – Vinterdrift av området Byåsen øst.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.6 «*Antall tilbud*» fremgikk følgende føringer for antall tilbud leverandørene kunne inngi:

«Den enkelte tilbyder gis anledning til å inngi tilbud på flere soner/ delkonkurranser, og det er ingen øvre grense for antall soner den enkelte gir tilbud på. Tilbudene er bindende og forutsetter at tilbyder har tilstrekkelig kapasitet til å ta på seg ansvaret for vintervedlikehold for de aktuelle sonene i henhold til kommunens standard, gjeldene regelverk og kontraktsforpliktelsene for øvrig.

Leverandørene gis også anledning til å inngi tilbud på flere soner utover egen kapasitet. Tilbudene skal da gis i prioritert rekkefølge med første prioritet tilsvarende tilbyders kapasitet, og dernest andre prioritets tilbud som blir bindende først når tilbyder sitter igjen med en restkapasitet etter manglende tildeling på første prioritet. Tilbudene må merkes med prioritet 1 eller 2. Nærmere beskrivelse av tilbudsprioritet gis i kravspesifikasjonen.»

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

- (5) Kontraktene skulle tildeles på grunnlag av det beste forholdet mellom pris (vektet 70 prosent) og kvalitet/miljø (vektet 30 prosent).
- (6) Av prisskjema fremgikk det blant annet at leverandørene skulle fylle cellene for «Tilbyder», «Kontaktperson», «Telefon» og «Prioritering (1 eller 2)».
- (7) Innklagede mottok tilbud fra fem leverandører på delkontrakten for Byåsen øst, herunder fra Johan Egil Grande (heretter *klager*).
- (8) Klager oppga i sitt tilbud at delkontrakten for Byåsen øst hadde 3. prioritet.
- (9) Kontrakt for Byåsen øst ble tildelt klager 22. mars 2022.
- (10) Samme dag mottok innklagede innvendinger mot tildelingen fra øvrige leverandører. Innklagede omgjorde deretter tildelingsbeslutningen, og avviste klagers tilbud på delkontrakten for Byåsen øst med følgende begrunnelse:

«Beklageligvis har oppdragsgiver gjennomført evaluering og tildelt deg oppdrag på et tilbud som skulle vært avvist pga forhold ved tilbudet. Tilbudet som vant konkurransen må avvises da det avviker vesentlig fra konkurransedokumentene jf. anskaffelsesforskriftens § 24-8 bokstav b og medfører forskjellsbehandling av tilbyderne i strid med hovedprinsippet om likebehandling i anskaffelsesloven § 4.

Nedenfor følger utsnitt fra konkurransegrunnlagets punkt 1.6:

"Den enkelte tilbyder gis anledning til å inngi tilbud på flere soner/ delkonkurranser, og det er ingen øvre grense for antall soner den enkelte gir tilbud på. Tilbudene er bindende og forutsetter at tilbyder har tilstrekkelig kapasitet til å ta på seg ansvaret for vintervedlikehold for de aktuelle sonene i henhold til kommunens standard, gjeldene regelverk og kontraktsforpliktelsene for øvrig.

Leverandørene gis også anledning til å inngi tilbud på flere soner utover egen kapasitet. Tilbudene skal da gis i prioritert rekkefølge med første prioritet tilsvarende tilbyders kapasitet, og dernest andre prioritets tilbud som blir bindende først når tilbyder sitter igjen med en restkapasitet etter manglende tildeling på første prioritet. Tilbudene må merkes med prioritet 1 eller 2. Nærmere beskrivelse av tilbudsprioritet gis i kravspesifikasjonen."

Oppdragsgivers systemet med 1 og 2 prioritet er også presisert i prisskjemaets første fane hvor tilbydere skal fylle ut om tilbudet har 1 eller 2 prioritet.

Flesteparten av tilbyderne i vinterdriftskonkurransen har gitt sine tilbud med 1 eller 2 prioritet, men tre av de totalt 20 tilbydere har gitt tilbud med annen prioritet. Denne misforståelsen antas å ha sammenheng med at det under forrige vinterdriftanbud ble åpnet for flere prioriteter, men i dette anbudet ble det bevisst ikke åpnet for flere prioriteter da oppdragsgiver mente det ville bli uoversiktlig og sannsynligvis unødvendig da man forventet tilstrekkelig tilbud på sonene.

Feil prioritetsangivelse i ditt tilbud anses å få betydning for konkurransesituasjonen og er i strid med likebehandlingsprinsippet da de 17 andre tilbydere ikke konkurrerte med 3 eller 4 prioriteter. Tilbudet anses å avvike vesentlig fra konkurransedokumentene, og må

dermed avvises fra konkurransen. Og som følge av dette er tildelingen omgjort slik oppdragsgiver har mulighet til å gjøre inntil kontrakt er inngått jf. foa § 25-1 fjerde ledd.

Oppdragsgiver beklager at tilbudet ikke ble avvist tidligere slik at man kunne unngått tildelingen til deg med påfølgende endring av gjennomført tildeling.»

- (11) Kontrakt ble tildelt Heimdal Vaktmesterservice AS 22. mars 2022.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. mai 2022. Innklagede opplyste om at kommunen ikke ville avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda hadde behandlet saken.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. august 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Klagers tilbud er urettmessig avvist fra konkurransen etter tildeling. Slik klager har tolket prioriteringen kan man sende tilbud på alle 15 soner, og skrive 1-15 prioritet på sonene. Dette har også vært mulig i tidligere konkurranser. Ingen av leverandørene som innga tilbud med 3. og 4. prioritering ble avvist før tildeling fant sted. Dette er en feil innklagede har gjort og som skulle hvert ordnet før tildeling, ikke etter. Uansett er det en annen leverandør som inngå tilbud med 3. prioritet som heller ikke i etterkant fikk sitt tilbud avvist. Det er for øvrig heller ikke opplyst at prioritering skal evalueres i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Klagers tilbud på delkontrakten Byåsen øst var ikke i tråd med føringene i konkurransegrunnlaget, og skulle vært avvist fra konkurransen. Innklagede hadde derfor en plikt til å omgjøre tildelingen og avvise klagers tilbud. Innklagede erkjenner imidlertid at man i begrunnelsen var upresis i sin henvisning til anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b), som gjelder avvising av tilbud med vesentlige avvik. Feilen i klagers tilbud er en formalfeil som gir grunnlag for å avvise tilbudet etter § 24-1 andre ledd bokstav b). Å akseptere klagers tilbud med 3. prioritet ville vært i strid med prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og konkurranse i anskaffelsesloven § 4. Det er derfor på det rene at oppdragsgiver både kunne og skulle avvise klagers tilbud.

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 vinterdrift som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i estimert til 360 millioner kroner. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (17) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingen av delkontrakten for Byåsen øst til klager, og å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (18) Det følger av forskriften § 25-1 fjerde ledd at oppdragsgiver kan omgjøre tildelingsbeslutningen frem til kontrakt er inngått dersom «valg av leverandør er i strid

med forskriften». Ved regelbrudd som gjør kontraktstildelingen ulovlig har oppdragsgiver ikke bare en rett, men også en plikt til å korrigere feilen. Det er opp til innklagede å godtgjøre at den opprinnelige beslutningen var i strid med forskriften.

- (19) Innklagede omgjorde tildelingen, og avviste klagers tilbud under henvisning til at det inneholdt vesentlige avvik, jf. forskriften § 24-8 første ledd bokstav b). Overfor klagenemnda har innklagede anført at dette var feil, og at tilbudet isteden skulle vært avvist etter forskriften § 24-1 andre ledd bokstav b) om formalfeil ved tilbudet. Innklagede har også vist til at det ville være i strid med prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og konkurranse i anskaffelsesloven § 4 å akseptere klagers tilbud med 3. prioritet.
- (20) Bestemmelsen i § 24-1 andre ledd bokstav b) gir en rett, men ikke plikt til å avvise et tilbud som ikke oppfyller oppdragsgivers krav til utforming. At innklagede ikke har benyttet en avvisningsrett er ikke i strid med forskriften, og gir dermed verken rett eller plikt til å omgjøre tildelingen.
- (21) Spørsmålet for klagenemnda blir dermed om det forelå en avvisningsplikt etter de grunnleggende prinsippene i loven § 4. I tilfeller der leverandørene ikke har fulgt konkurransegrunnlagets regler for utforming av tilbudene kan det medføre en plikt til å avvise tilbudet, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/30, avsnitt 69, med videre henvisninger.
- (22) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandøren som utgangspunkt måtte ha kapasitet til å betjene alle delkontraktene man innga tilbud på. Det var likevel åpnet for å inngi tilbud utover kapasitet, forutsatt at tilbudene ble merket med 1. eller 2. prioritet. Tilbud med 2. prioritet ville først bli bindende dersom leverandøren ikke ble tildelt kontrakt på 1. prioritet.
- (23) Klagers tilbud på delkontrakten Byåsen øst var merket med 3. prioritet. Tilbudet er dermed utformet i strid med anskaffelsesdokumentenes regler for deltagelse i konkurransen. Ved ikke å innrette seg etter anskaffelsesdokumentenes krav om prioritering har klager kunnet inngi tilbud på flere områder enn det konkurransegrunnlaget åpnet for, og på den måten fått en konkurransefordel sammenlignet med tilbyderne som fulgte instruksene i konkurransedokumentene. Tildeling av kontrakt til klager basert på tilbud med 3. prioritering var dermed i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og konkurranse i loven § 4. Innklagede hadde dermed en plikt til å omgjøre tildelingen, og avvise klagers tilbud.
- (24) Klager har videre vist til at en annen leverandører som innga tilbud med 3. prioritet ikke er avvist.
- (25) Innklagede har forklart at til sammen tre leverandører innga tilbud med avvikende prioritering. Det var imidlertid ingen av de øvrige leverandørene som fikk tildelt delkontraktene med 3. eller 4. prioritering, fordi det allerede var tildelt kontrakter på 1. eller 2. prioritering. Det har dermed ikke skjedd tildelinger i strid med forskriften til disse leverandørene som ville gi innklagede plikt til å omgjøre tildelingene og avvise de aktuelle leverandørene. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (26) Når det gjelder klagers innvending om at det i tidligere konkurranser var åpnet for å gi prioriteringer utover 1. og 2. prioritet, bemerker klagenemnda at hver konkurranse må ses for seg. Dette innebærer at opplysninger klager har fått i forbindelse med øvrige anskaffelsesprosesser, i utgangspunktet ikke er relevante for om innklagede har brutt regelverket ved gjennomføringen av denne anskaffelsen.
- (27) Klager har også innvendt at det ikke var opplyst i konkurransedokumentene at prioritering skulle inngå i evalueringen av tilbudene. Innklagede har bekreftet at prioriteringen ikke er evaluert, men i tråd med informasjonen i konkurransegrunnlaget har fått betydning for hvorvidt tilbudene skal anses bindene. I den grad klagers innvending er ment som en selvstendig anførsel fører den ikke frem.

Konklusjon:

Trondheim kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk