



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklart konkurransegrunnlag, Avvisning av leverandør, Tilbudsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om vintervedlikehold av fjellveier på Andsfjell og Rustafjell i Troms og Finnmark fylke. Klagenemnda konkluderte med at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandør eller valgte leverandørs tilbud. Det forelå dermed ikke brudd på anskaffelsesregelverket i saken.

Klagenemndas avgjørelse 30. april 2024 i sak 2023/0993

Klager: J R Nordli & Sønner Transport AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter *innklagede*) kunngjorde 5. juli 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikehold av fjellveier på Andsfjell og Rustafjell i Troms og Finnmark fylke. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen, men konkurransen ble kunngjort etter anskaffelsesforskriftens del I og III. Tilbudsfrist var 21. august 2023.
- (2) Det var stilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

Krav:	Dokumentasjonskrav:
Leverandøren skal ha tilstrekkelig kapasitet til å gjennomføre kontrakten.	Tilbudet skal inneholde dokumentasjon over maskinpark og annet nødvendig utstyr samt bemanning tilknyttet vintervedlikehold. Opplistet utstyr og personell skal være kapasiteten som knyttes til dette oppdraget. Dersom leverandør har reservekapasitet og/eller til hensikt å anskaffe materiell som følge av en eventuell kontraktsinngåelse, skal dette spesifiseres og tas med i samme oversikt. Vedlegg 5 (kapasitetstabell) fylles ut. Eksempel på utstyr:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

	• Hjullaster med klappvingskjær, strøkasse og skuffe • Traktor med snøfreser og strøkasse • Traktor med klappvingskjær • Lastebil/traktor for bortkjøring av snø • Feieutstyr med oppsamler • Utstyr til støvbinding
--	---

- (3) Det fulgte av konkurransegrunnlagets del 1 punkt 5.1 at dersom leverandøren måtte vise til dokumentasjon fra underleverandøren for å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene skulle det innleveres:

«1) **ESPD-skjema** for underleverandør

Ved utfyllingen i Mercell skal leverandøren i slike tilfeller svare «Ja» på spørsmålet «Støtter leverandør seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene i del IV og eventuelle kriterier og regler fastsatt i del V nedenfor?». Disse underleverandørene skal deretter inviteres til å besvare separate ESPD for å levere tilbud.

Når du har lagt til underleverandøren, skal de først valideres av Mercell innenfor normal arbeidstid, og de kan deretter logge inn og besvare sin ESPD. Dette bør derfor gjennomføres i god tid før tilbudsfrist.

Mercell har for øvrig utarbeidet egen veiledning knyttet til dette.

2) **Forpliktelseserklæring**, se vedlegg 2.».

- (4) Tildelingen skulle skje utelukkende ut ifra hvilket tilbud som hadde den lavest prisen. Det skulle leveres en fastpris per sesong, og oppgis timepriser for eventuelle tilleggstjenester som kunne bestilles utenfor ytelsesbeskrivelsen.
- (5) Konkurransegrunnlagets del 3 var en ytelsesbeskrivelse som beskrev generelle krav til vintervedlikehold og spesifikke krav som var tilknyttet spesifikke områder.
- (6) Det fulgte av konkurransegrunnlagets del 3 punkt 5.7 om miljøkrav til vintervedlikehold at:

«• **Leverandør skal ha gjennomført kontroll av serviceutstyr (CE merking)**

• *Det skal i hovedsak strøs med sand, der hvor dette er strengt nødvendig kan man benytte salt.*

• *Bruk av salt skal reduseres til minimum av hva som er nødvendig og Forsvarets eller deres representant skal varsles gjennom SMS om dette benyttes.*

• *Leverandør skal kvalifisere sin maskinpark til euroklasse 6, eller høyest tilgjengelig euroklasse i markedet for kjøretøytype.*

• *Det oppfordres til bruk av miljøvennlige brøytestikker (ikke plastikk).».*

- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra J R Nordli og Sønner Transport AS (heretter *klager*) og Jan Erik Nikolaisen (heretter *valgte leverandør*).
- (8) Ved tildelingsbeslutning ble kontrakt tildelt valgte leverandør.
- (9) Klager sendte klage på tildelingen til innklagede 9. oktober 2023.
- (10) Som følge av klagen tok innklagede kontakt med valgte leverandør per telefon 3. oktober 2023, for å forsikre seg om at valgte leverandør var innforstått med kontraktens krav til miljøklassifisering av maskinparken. Valgte leverandør bekreftet dette per telefon, og sendte samme dag en e-post til innklagede som opplyste om at valgte leverandør hadde bestilt en ny traktor med levering høsten 2023.
- (11) Innklagede avviste klagen ved klagesvar datert 16. oktober 2023.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 6. november 2023.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. april 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Valgte leverandør oppfyller ikke kvalifikasjonskravet til kapasitet, da valgte leverandørs opplistede kjøretøy ikke tilfredsstiller konkurransegrunnlagets krav til miljø. Ingen av de tilbudte kjøretøyene oppfyller krav til «*euroklasse 6, eller høyest tilgjengelig euroklasse i markedet for kjøretøytype*». Følgelig skulle valgte leverandør vært avvist.
- (15) Miljøkravet i konkurransegrunnlagets del 3 punkt 5.7 har tilknytning til leveransen og må dermed anses som både et kvalifikasjonskrav og et tildelingskriterium.
- (16) Innklagede bryter med anskaffelsesforskriften når det godtas ny informasjon etter tilbudsfristens utløp. Innklagede har innhentet dokumentasjon på at valgte leverandør har bestilt kjøretøy som oppfyller miljøkravet. Informasjonen om ny traktor som er innhentet etter tilbudsfrist må avvises.
- (17) Dersom innklagede kan ta imot informasjonen om bestilling av nytt kjøretøy etter tilbudsfristens utløp er konkurransegrunnlaget utformet på en uklar måte.
- (18) Valgte leverandør støtter seg på leverandøren av ny traktor for å oppfylle konkurransegrunnlagets vilkår. Leverandøren av ny traktor er underleverandør til valgte leverandør. Valgte leverandørs tilbud avviker dermed vesentlig fra konkurransedokumentene ved at det ikke er informert om bruk av underleverandør eller levert ESPD og forpliktelseserklæring for underleverandør.

- (19) Ingen av veiene er per i dag stukket med brøytestikker og brøytes uten dette. Selv om nevnte forholdet ikke har direkte tilknytning til tildeling av kontrakten så har det konsekvenser for pris. I den grad valgte leverandør ikke setter opp brøytestikker, men baserer seg på bruk av GPS for å brøyte veiene, er det alene en kostnadsreduksjon med hensyn til innkjøp av brøytestikker og stikkarbeid (setting og plukking av stikk). Kostnadene for stikking og plukking av brøytestikk utgjør alene mer enn differansen mellom valgte leverandør og klager sitt tilbud.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig kapasitet innebærer ikke at kjøretøyene som oppgis på tilbudstidspunktet skal oppfylle miljøkravet om «euroklasse 6, eller høyest tilgjengelig euroklasse». Nevnte krav i ytelsesbeskrivelsen er et krav som gjelder kontraktsgjennomføringen, og som potensielt kan resultere i misligholdssanksjoner dersom det ikke overholdes. Det aktuelle miljøkravet kan dermed ikke innfortolkes i kvalifikasjonskravet.
- (21) Selv om man forutsetter at miljøkravet skal innfortolkes i kvalifikasjonskravet, er valgte leverandør kvalifisert. I kapasitet-skjemaet til valgte leverandør er det listet opp tre ulike traktorer, hvor i alle fall en av disse oppfyller miljøkravet om euroklasse 6 eller høyest tilgjengelig euroklasse. Dette anses som tilstrekkelig for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Det fremstår ubegrunnet fra klagers side at ingen av kjøretøyene oppfyller miljøkravet.
- (22) Den ettersendte opplysningen om at valgte leverandør har bestilt ny traktor var ikke nødvendig for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Innklagede tok kontakt med valgte leverandør etter mottatt klage for å forsikre oss om at han var klar over ytelsesbeskrivelsens krav til miljøklassifisering av kjøretøyene. Med dette som bakgrunn mottok innklagede tilbakemelding fra valgte leverandør om at ny traktor var bestilt med levering høsten 2023, samt at en av de eksisterende traktorene oppfyller miljøkravene.
- (23) Leverandøren av valgte leverandørs nye traktor er ikke å anse som en virksomhet som valgte leverandør støtter seg på jf. forskriftens §§ 16-10 (2) og 17-1 (6). Det er snakk om en ren leverandør av innsatsfaktorer som valgte leverandør selv skal benytte under kontrakten med innklagede. Det avviker dermed ikke fra anskaffelsesdokumentene at det ikke er informert om bruk av underleverandør eller levert ESPD og forpliktelseserklæring for denne leverandøren.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av vintervedlikehold som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke angitt. 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.
- (25) Klagenemnda vil først ta stilling til om valgte leverandør skal avvises som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til leverandørenes kapasitet.
- (26) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».

- (27) Ved tolkingen av kvalifikasjonskravene må det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. Det kan ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget gir grunnlag for, og det kan ikke innfortolkes et krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, se Høyesterett sin avgjørelse i HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 51 og EU-domstolens avgjørelse C-27/15 (Pippo Pizzo) avsnitt 35 følgende.
- (28) Det følger av det aktuelle kvalifikasjonskravet at:
- «Leverandøren skal ha tilstrekkelig kapasitet til å gjennomføre kontrakten.».*
- (29) Kravet skulle dokumenteres på følgende måte:
- «Tilbudet skal inneholde dokumentasjon over maskinpark og annet nødvendig utstyr samt bemanning tilknyttet vintervedlikehold. Opplistet utstyr og personell skal være kapasiteten som knyttes til dette oppdraget.*
- Dersom leverandør har reservekapasitet og/eller til hensikt å anskaffe materiell som følge av en eventuell kontraktsinngåelse, skal dette spesifiseres og tas med i samme oversikt. Vedlegg 5 (kapasitetstabell) fylles ut.».*
- (30) Formuleringen *«tilstrekkelig kapasitet til å gjennomføre kontrakten»* tilsier at leverandørene må ha satt av de nødvendige ressursene som kreves for å gjennomføre kontrakten.
- (31) Dokumentasjonskravet viser at det er tilbudt utstyr og personell som er utgangspunktet for kvalifikasjonsvurderingen.
- (32) Valgte leverandør har levert inn utfylt kapasitetstabell der tilgjengelig personell for gjennomføring av oppdraget, samt utstyr og maskiner til gjennomføring av oppdraget var listet opp. Basert på denne dokumentasjonen vurderte innklagede at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet til kapasitet.
- (33) Slik klagenemnda forstår det, anfører klager at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet til kapasitet, da klager mener at valgte leverandørs opplistede kjøretøy ikke tilfredsstiller ytelsesbeskrivelsens krav til at leverandørene *«skal kvalifisere sin maskinpark til euroklasse 6, eller høyest tilgjengelig euroklasse i markedet for kjøretøytype.»*.
- (34) Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for å innfortolke miljøkravet som stilles til leverandørenes maskinpark i konkurransegrunnlagets ytelsesbeskrivelse inn i kvalifikasjonskravet til leverandørenes kapasitet. Dette følger verken av kvalifikasjonskravets ordlyd, tilhørende dokumentasjonskrav eller sammenhengen i anskaffelsesdokumentene at kravet til tilstrekkelig kapasitet innebærer at leverandørenes maskinpark må være klassifisert til euroklasse 6 eller høyest tilgjengelig euroklasse for å oppfylle det aktuelle kvalifikasjonskravet. Miljøkravet er også plassert i konkurransegrunnlagets ytelsesbeskrivelse, er fremtidsrettet i formuleringen og skal verken dokumenteres eller bekreftes.
- (35) Klagenemnda bemerker at oppdragsgivere velger selv hvilke kvalifikasjonskrav de vil stille, innenfor de rammene som anskaffelsesregelverket stiller opp. Det at kravene i

ytelsesbeskrivelsen også har tilknytning til leveransen, innebærer ikke at disse dermed må anses som kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier.

- (36) Klager har også påpekt at valgte leverandør ikke har dokumentert at de hadde til hensikt å skaffe materiell som følge av en eventuell kontraktsinngåelse i tråd med dokumentasjonskravet.
- (37) Klagenemnda bemerker at kvalifikasjonskravet til tilstrekkelig kapasitet kan være oppfylt basert på den kapasiteten valgte leverandør dokumenterte i tilbudet. Klager har ikke vist til forhold som tilsier at valgte leverandør ikke dokumenterte tilstrekkelig med kapasitet til å kunne gjennomføre kontrakten.
- (38) Klager anfører videre at innklagede har brutt anskaffelsesforskriften fordi innklagede godtok ny informasjon etter tilbudsfristens utløp. Klagenemnda kan ikke se at den ettersendte informasjonen har hatt noen innvirkning på konkurransen, da avklaringen skjedde etter tildeling og ikke påvirket kvalifikasjonsvurderingen eller evalueringen av valgte leverandørs tilbud. Nemnda kan heller ikke se at den ettersendte informasjonen innebærer at tildelingen er gjort på feil premiss.
- (39) Klagenemnda tar videre stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at de støtter seg på en underleverandør som det ikke er levert ESPD-skjema og forpliktelseserklæring for.
- (40) Klager mener at leverandøren som valgte leverandør har kjøpt en ny traktor av, er en underleverandør til valgte leverandør. Slik klagenemnda forstår det, anfører klager at det innebærer et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene at det ikke er levert ESPD-skjema, egenerklæring og forpliktelseserklæring for denne leverandøren.
- (41) Det følger av konkurransegrunnlaget og anskaffelsesforskriften §§ 16-10 (2) og 17-1 (6), at dersom leverandøren støtter seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene, skal han dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene og levere ESPD-skjema for underleverandøren. Innklagede har gjennomført et ordinært kjøp av traktor fra en traktorforhandler. Klagenemnda viser her til at valgte leverandør ikke støtter seg på denne leverandøren som en underleverandør for å oppfylle kvalifikasjonskravene i konkurransen. Bestemmelsene kommer dermed ikke til anvendelse, og anførselen om at valgte leverandørs tilbud inneholder et vesentlig avvik på dette grunnlag fører ikke frem.
- (42) Klager viser avslutningsvis til at ingen av veiene er per i dag stukket med brøytestikker og brøytes uten dette, i strid med kravene i konkurransegrunnlagets del 3. Anførselen er ikke nærmere dokumentert, og det er uklart hva klager mener dette innebærer et brudd på. Det fremstår for klagenemnda som at dette er et forhold som gjelder kontraktsgjennomføringen, og kan ikke innebære et brudd ved selve tildelingen.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør eller valgte leverandørs tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik.

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur