



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, Feil i/uklart konkurransegrunnlag, Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav

Innklagende gjennomførte en anbudskonkurranse om anskaffelse av vintervedlikehold av kommunale veier. Klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 1 og for rode 2 og 4. Avvisningen av Våler Auto var rettmessig.

Klagenemndas avgjørelse 5. september 2024 i forente saker 2024/139 og 2024/315

Klager¹: Lars Kristian Dahl AS og Våler Auto AS

Innklaget: Våler kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Våler kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. juli 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikehold av kommunale veier. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen. Tilbudsfristen var 1. september 2023.
- (2) Avtalen gjaldt driftsansvar for snøbrøyting, snørydding, strøing, høvling og annet vintervedlikeholdsarbeid på kommunale veier. Anskaffelsen var delt inn i fire roder, og det var adgang til å inngi deltilbud. Kontrakten skulle ha en varighet på fem år med opsjon på forlengelse med ett pluss ett år.
- (3) Det fremgikk av «tilbudsskjema» vedlagt konkurransegrunnlaget at leverandørene kunne gi tilbud på en eller flere av følgende roder:

<i>Roder</i>	<i>Ca. lenge på vei</i>	<i>Snørydding inklusive strøing av vegger/plasser, høvling og brøytestikk iht. krav: Fast pris per sesong*</i>	<i>Vegghøvel med underskjær kr/time</i>	<i>Traktor/lasterbil med snørydding/strøgrusutstyr kr/time</i>	<i>Minimum kapasitet</i>
<i>Rode</i>	28, 9				<i>1 lastebil + stor traktor +</i>

¹ I den opprinnelige versjonen av vedtaket var «Klager» angitt som «VA». Ordet «VA» er nå blitt slettet.

1	<i>km</i>				<i>reserve</i>
Rode 2	<i>31,1 km</i>				<i>1 lastebil + stor traktor + reserve</i>
Rode 3	<i>27,0 km</i>				<i>3 traktorer + reserve. En av traktorene skal tilfredsstille krav til stor traktor</i>
Rode 4	<i>8,5 km</i>				<i>1 traktor + reserve</i>

- (4) Kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner utformet på følgende måte i konkurransegrunnlagets punkt 3.4:

<i>Krav -</i>	<i>Dokumentasjonskrav-</i>
<i>Leverandøren skal ha erfaring fra minimum 1 tilsvarende oppdrag i løpet av de 3 siste årene. Med tilsvarende menes her vintervedlikehold/brøyting av veier.</i>	<i>Beskrivelse av minimum 1 mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene. Beskrivelsen må inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og e-post.). Referanser vil kunne bli kontaktet ved behov for klargjøring av oppdragets relevans. Det er likevel slik at det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen.</i>
<i>Leverandøren skal ha tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet.</i>	<i>Vedlagte skjemaer i vedlegg 5 og 6 for maskiner utstyr og mannskaper må fylles ut og leveres sammen med tilbudet. Utstyret må være tilpasset de forskjellige roder og manglende utstyr kan føre til avvisning av tilbud. På rode 4 – Braskereidfoss er det ikke krav til diagonalplog. Listen over utstyr flyttes hit fra prisskjemaet.</i>

- (5) Konkurransegrunnlaget punkt 4 ga informasjon om at tildelingskriteriet for konkurransen skulle skje utelukkende ut fra hvilket tilbud som hadde den laveste prisen per sesong og per rode basert på:

« •Snørydding og strøing av veger og plasser for hver enkelt rode, pris per sesong per rode i henhold til lengde og areal på brøyte- og strøingsoppdraget.

• Erfaringsmessige tall formengder brøytestikker og høvling per år:

• Rode 1 – 1 000 brøytestikker, 20 timer høvling og 15 timer hjullaster.

• Rode 2 – 1 000 brøytestikker, 20 timer høvling og 15 timer hjullaster.

• Rode 3 – 500 brøytestikker, 20 timer høvling og 30 timer hjullaster.

• Rode 4 – 500 brøytestikker, 10 timer høvling og 10 timer hjullaster.»

- (6) Videre i konkurransegrunnlaget punkt 5.3 «Prisangivelse», skulle prising av oppdraget inkludere alle kostnader for å kunne oppfylle kravene i tilbudskonkurransen: «Pris skal oppgis per sesong inklusive beredskap, alt av materiell og administrative kostnader, med unntak av bortkjøring av snø som skal oppgis etter medgått tid.

[...]

Antall turer med strøing vil variere ut fra metode, strøsand og trafikk. Vi gjør også oppmerksom på at det eksisterende vintervedlikeholdsleverandører som har gitt oss disse statistikkene og Våler kommune har ikke overprøvd disse tallene. Det gjøres oppmerksom på at dette kan variere fra rode til rode, statistikken er basert på rode 1, 2 og 3. Da det gjelder høvling av vegen foreligger det ingen statistikk, men en må forvente en til to høvlinger på de mest trafikkerte vegene i området.»

- (7) Kontraktutkast ble vedlagt konkurransegrunnlaget. Leverandørene skulle fylle inn tilbudssum som skulle utgjøre kontraktssummen ekskl. mva. for den enkelte rode med pris per sesong. På samme side under «Redningsarbeid» skulle leverandørene i tillegg oppgi timepris på ulike typer arbeid.
- (8) Før tilbudsfristen sendte Lars Kristian Dahl AS spørsmål til innklagede på e-post:

«Hei

Har noen spørsmål ang. anbudet for vinterdrift av kommunale veier, og ifølge beskrivelsen er det du spørsmålene skal rettes til

• I vedlegg 3 kolonne merket minimum kapasitet står det for rode2: "1 lastebil+ stor traktor+ reserve" Hva er tenkt, og hvor mange enheter ønskes det disponibelt under ordinær drift?»

- (9) Innklagede svarte 25. juli 2023:

«Stor traktor eller lastebil er tenkt likt. Om det brukes stor traktor eller lastebil går for det samme i dagens brøyting.»

- (10) Ved tilbudsåpning ble det registrert innkommende tilbud fra 6 leverandører på 11 roder, herunder Sandbæk Maskin AS (heretter *valgte leverandør for rode 1*), Brandett Snø & Jord AS (heretter *valgte leverandør for rode 2 og 4*), Lars Kristian Dahl AS (heretter *LKD*) og Våler Auto AS (heretter *VA*).
- (11) Det fremgikk av kunngjøringen at anbudsåpning skulle skje 1. september 2023 kl. 14:00. VA møtte til oppgitt tidspunkt for å overvære denne. Ved fremmøte ble VA opplyst om at anbudsåpning først skulle skje 4. september 2023 kl. 14. I møtet ble det foretatt åpning av brev/innpakninger som ble opplyst å være mottatt innen tilbudsfrist, samt opplesning av de respektive tilbydernes inngitte fastpris for hver rode.
- (12) LKD innga tilbud på rode 2.
- (13) VA innga tilbud på rode 1, 2 og 4. VA leverte tilbud som selskap under stiftelse og kommenterte dette på følgende måte:

«Siden Våler Auto AS er et nyetablert aksjeselskap, er det ikke tilgjengelig hverken skatteattester (kvalifikasjonskrav 3.1), firmaattest (kvalifikasjonskrav 3.2) eller kredittopplysningsrapport (kvalifikasjonskrav 3.3) for selskapet. Selskapet har ennå ikke mottatt organisasjonsnummer, men vi vedlegger for ordens skyld kopi av stiftelsesdokumenter. Selskapet er av praktiske årsaker stiftet med aksjekapital på kr 30 000,-. Dersom vi blir tildelt oppdraget vil selskapet bli kapitalisert opp (tilført ny aksjekapital på minst kr 250 000,- eller mer) for å få finansiell evne til å gjennomføre nødvendige investeringer. Budsjettet investeringsbehov er foreløpig beregnet til 3,25 mill. kroner. Tilbyder kan fremlegge finansieringsbekreftelse dersom dette er nødvendig.»

- (14) VA sitt selskap ble registrert i foretaksregisteret 18. oktober 2023 og i mva.-registeret 10. januar 2024.
- (15) Det fremgikk av valgte leverandør for rode 1 sitt tilbud at selskapet hadde to pågående vintervedlikeholdskontrakter på tilbudstidspunktet med Åsnes kommune og Innlandet fylke v/Nortransport. Leverandøren innga tilbud på rode 1, 2 og 4, og beskrev tre maskinenheter.
- (16) Sammen med tilbudet til valgte leverandør for rode 2 og 4 ble det vedlagt en kredittvurdering av daglig leder og eier av selskapet. Under skjema for utstyr beskrev valgte leverandør totalt to maskinenheter.
- (17) Sortert etter lavest pris ville rangeringen for rode 1, 2 og 4 være som følger:

Rode 1:

- 1. Valgte leverandør for rode 1
- 2. VA

Rode 2:

- 1. Valgte leverandør for rode 2 og 4
- 2. Valgte leverandør for rode 1
- 3. VA
- 4. LKD

Rode 4:

- 1. Valgte leverandør for rode 2 og 4
- 2. Arne Roger Grandahl AS
- 3. Valgte leverandør for rode 1
- 4. VA

- (18) De valgte leverandørene ble tildelt kontrakt for rodene ved tildelingsbrev 8. september 2023 med begrunnelsen:

«Alle tildelte leverandører leverte lavest pris på disse rodene og alle kriterier satt i konkurransegrunnlaget ble godkjent.»

- (19) VA anmodet utsettelse av kontraktinngåelsen ved klage på tildelingsbeslutningen 27. september 2023 inntil innklagede hadde foretatt nødvendige undersøkelser. VA sendte en ytterligere klage 2. oktober 2023.
- (20) Innklagede svarte på klagen 12. oktober 2023 og tok ikke klagen til følge.
- (21) Den 20. oktober 2023 ble det inngått en avtale mellom de to valgte leverandørene. Valgte leverandør for rode 1 skulle stille *«disponibel reservekjører til snøbrøyting og strøing på Brandett Snø & Jord sine 2 tildelte roder i Våler kommune dersom det skulle være behov»* og beskrev en lastebil og en stor traktor.
- (22) Innklagede har gjennom muntlige avklaringer med valgte leverandør for rode 2 og 4 fått opplysninger om maskinforsikring som skulle tilsi lån av maskin ved eventuelt avbrudd eller verkstedopphold. Innklagede har i den videre saksbehandlingen forholdt seg til den opplysningen. Dokumentasjon på forsikringen fikk innklagede tilsendt 19. juni 2024.
- (23) VA anmodet utsettelse av kontraktinngåelsen 23. oktober 2023 i påvente av en eventuell behandling i Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Innklagede svarte dagen etter at de ikke ville avvise de valgte leverandørene, og bekreftet at det ikke ville bli signert kontrakt før 27. oktober 2023 kl. 15:30. VA begjærte midlertidig forføyning til Østre Innlandet tingrett 27. oktober 2023 for å få stanset kontraktinngåelsen. På dette tidspunktet var karensfristen utløpt, men kontrakt var ikke signert. Innklagede inngikk midlertidige kontrakter med de valgte leverandører 31. oktober 2023 med varighet fra og med 27. oktober 2023 til 27. januar 2024. Bakgrunnen for kontraktene var:

«I forbindelse med klage på anbudskonkurransen vintervedlikehold på kommunale veger i Våler kommune vil vi måtte innhente midlertidige kontrakter til klagebehandlingen er ferdig behandlet. Dette for at kommunen må holde veger oppe på bakgrunn av samfunnskritiske hendelser.»
- (24) VA ble avvist fra konkurransen 8. november 2023. VA trakk da begjæringen om midlertidig forføyning og det ble inngått et forlik om sakskostnader. Innklagede inngikk kontrakter med de valgte leverandørene samme dato som avvisningen som følge av at forføyningen ble begjært etter utløpet av karensfristen, og klagen fra klager ikke ble tatt til følge.
- (25) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av LKD 24. januar 2024 og 7. mai 2024 av VA.
- (26) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. august 2024.

Anførsler:

LKD har i det vesentlige anført:

- (27) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 2 og 4, forskriften § 24-2 (1) bokstav a. Leverandøren oppfyller ikke kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet. Det ble ikke levert kredittvurdering for selskapet,

men for daglig leder personlig. Etterfølgende kredittvurdering som viser «B» hos *Proff Forvalt* tilsvarer ikke en «A» hos *Bisnode*.

- (28) Valgte leverandør for rode 2 og 4 skulle vært avvist da de ikke har dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om kapasitet og gjennomføringsevne. For rode 2 er det et minimumskrav til «1 lastebil+ stor traktor+ reserve», mens det for rode 4 er det krav om «1 traktor + reserve». Leverandøren har kun beskrevet to traktorer totalt. Innklagede kan ikke vektlegge den etterfølgende samarbeidsavtalen om disponering av utstyr da avtalen utgjør en forbedring av tilbudet jf. forskriften § 23-5 (2).
- (29) Valgte leverandør for rode 2 og 4 skulle vært avvist da de ikke har beskrevet tidligere relevant erfaring og dermed ikke oppfyller kravet til kapasitet og gjennomføringsevne.
- (30) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 2 og 4 sitt tilbud som unormalt lavt. Leverandøren ga tilbud på 280 000 kroner, mens de øvrige leverandørene ga tilbud på mellom 470 000 -700 000 kroner.
- (31) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 1, jf. § 24-2 (1) bokstav a. Leverandøren har ikke levert beskrivelse av tidligere relevant erfaring innen tilbudstidspunktet, og oppfyller dermed ikke kvalifikasjonskravet om «*erfaring fra minimum 1 tilsvarende oppdrag*». Valgte leverandørs tilbud oppfyller heller ikke kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet da leverandøren har beskrevet 3 maskinenheter og ga tilbud på flere roder.

VA har i det vesentlige anført:

- (32) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Det var uklart angitt hva som skulle være grunnlaget for prisevalueringen. Det var angitt at tilbudene skulle evalueres ut ifra den laveste prisen per sesong per rode basert på brøytestikker, høvling og hjullaster, mens det andre steder i konkurransegrunnlaget fremgikk at kostnadene for brøytestikker skulle være inkludert i tilbudets faste årsgodtgjørelse. Kommunen har basert tildelingsbeslutningen utelukkende på bakgrunn av den faste årsgodtgjørelsen. VA mener leverandørene også måtte legge til grunn at prisene av ulike typer tilleggsarbeider skulle inkluderes i evalueringen. Slik innklagede har evaluert gir det utilsiktede utslag. Det åpner for at en leverandør kan prise taktisk ved å tilby lav fastpris men tilsvarende høy timepris og den totale økonomien i prosjektet evalueres ikke.
- (33) Innklagede har gitt feil informasjon i konkurransegrunnlaget. Oppgitte mengder brøytestikk i konkurransegrunnlaget er betydelig feil. Konkurransegrunnlagets angivelse av brøytestikker er egnet til å villedde uerfarne interessenter når det er opplyst et urealistisk lavt antall knyttet til dette. Mengden brøytestikk utplassert i rode 1 og 2 har gjennom flere år ligget på 3 500 stk.
- (34) Innklagede har brutt forutberegnelighetsprinsippet ved å angi feil dato og tidspunkt for anbudsåpning, jf. lov om offentlige anskaffelser § 4.
- (35) Innklagede har brutt det grunnleggende prinsippet om etterprøvbarehet ved ikke å dokumentere konkurransen. Det er ikke blitt ført anskaffelsesprotokoll. Anskaffelsesprotokoll ble først utarbeidet 30. mai 2024. Tilbudsfrist var 1. september 2023.

- (36) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 2 og 4, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a. Leverandøren oppfyller ikke kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet. Det ble ikke levert kredittvurdering for selskapet, men for daglig leder personlig. Etterfølgende kredittvurdering som viser «B» hos *Proff Forvalt* tilsvarer ikke en «A» hos *Bisnode*.
- (37) Leverandør for rode 2 og 4 oppfyller heller ikke kvalifikasjonskravet om teknisk og faglig gjennomføringsevne. Leverandøren har ikke tilbudt tilstrekkelig mengde maskinenheter og heller ikke riktig type maskinstørrelser og utstyr i henhold til krav i konkurransegrunnlaget. Deres tilbudte materiell var også bundet opp til oppdrag for andre oppdragsgivere, og leverandøren hadde ikke den beredskaps- og gjennomføringsevne som er nødvendig for å etterleve kontraktens forpliktelser.
- (38) Innklagede har også brutt forskriften § 24-9 ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 2 og 4 for urimelig lav prissetting. Etter VA sitt syn er det ikke mulig å levere nødvendig materiell og levere tjenestene i henhold til de krav som er satt for avtaleforholdet til slike priser valgte leverandør har tilbudt for rode 2.
- (39) Innklagede har brutt forskriften ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 1, jf. § 24-2 (1) bokstav a. Leverandøren har ikke levert beskrivelse av tidligere relevant erfaring innen tilbudstidspunktet, og oppfyller dermed ikke kvalifikasjonskravet om «*erfaring fra minimum 1 tilsvarende oppdrag*».
- (40) Innklagede har videre brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 1 for urimelig lav prissetting, jf. forskriften § 24-9. Heller ikke denne leverandøren kan levere nødvendig materiell og levere tjenestene i henhold til de krav som er satt for avtaleforholdet til slike priser som tilbudt for rode 1.
- (41) Avvisningen av VA er i strid med regelverket. Innklagede har opptrådt kritikkverdig og ulovlig ved at de har avvist VA, uten at VA er gitt en reell mulighet til å levere tilleggsinformasjon på samme måte som valgte leverandører, eller å få imøtegå avvisningsargumentene. Avvisningen er gjort kun i hensikt for å eliminere den da pågående forføyningssaken og skaffe seg et langt rimeligere driftsalternativ for veivedlikehold.
- (42) Inngåelsen av midlertidige kontrakter mellom innklagede og valgte leverandør for rode 1 og valgte leverandør for rode 2 og 4 under midlertidig forføyningssak er ulovlige. Innklagede burde henvendt seg til flere mulige leverandører i forkant av inngåelsen av de midlertidige kontraktene. Det var et lovbrudd å automatisk tildele de midlertidige kontraktene til leverandører som er opphav og gjenstand for klagetvist.
- (43) Inngåelsen av permanente kontrakter mellom innklagede og valgte leverandør for rode 1 og valgte leverandør for rode 2 og 4 under midlertidig forføyningssak er ulovlige. Det strider mot alminnelige rettsprosesser og den alminnelige rettsoppfatningen når en part iverksetter handlinger som umuliggjør rettsprosessen. Innklagede hadde ikke anledning til å inngå nye kontrakter uten at VA hadde fått muligheten til å imøtegå avvisningsbeslutningen med en klage.
- (44) Innklagede har gitt mangelfullt innsyn i saksdokumentene. Innklagede har tatt uforholdsmessig lang tid å svare i forhold til forespurt materiale. Ved flere tilfeller har

VA ikke fått innsyn og ved noen tilfeller mottatt andre svar eller dokumenter enn det som faktisk er forespurt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (45) LKD ga kun tilbud på rode 2, og har følgelig kun rettslig klageinteresse knyttet til avholdt konkurranse/tildeling for denne roden, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (46) Innklagede har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 2 og 4. Valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet da kredittvurdering av selskapet ble ettersendt etter forordningen § 23-5. Innklagede vurderte «B» fra *Proff Forvalt* til å tilsvare en «A» i *Bisnode*-systemet. Leverandøren oppfyller også kvalifikasjonskravet om teknisk og faglig gjennomføringsevne. Det fremgikk klart i konkurransegrunnlaget punkt 4 at den enkelte rode evalueres hver for seg. Innklagede avviser det er et kvalifikasjonskrav per rode som innebærer at en leverandør som blir tildelt flere roder må dokumentere dobbelt opp med maskiner og utstyr. Maskinkapasitet er ikke et kvalifikasjonskrav, men et dokumentasjonskrav. I forbindelse med etterfølgende avklaringer har valgte leverandør gitt opplysninger om maskinforsikring som tilsier lån av maskin ved eventuelt avbrudd eller verkstedopphold.
- (47) Samarbeidsavtalen er inngått i forbindelse med inngåelse av midlertidige kontrakter i påvente av avklaringer av tidligere klagesak. Kontrakten er ikke vektlagt i kvalifikasjonsvurderingen. Kontrakten er ingen ulovlig forhandling eller forbedring av tilbudet, og utgjør ikke et vesentlig avvik.
- (48) Innklagede har ikke brutt forordningen § 24-9 ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 2 og 4 for urimelig lav prissetting. Leverandøren bekreftet prissetting i telefonsamtale med innklagede 1. november 2023. Begrunnelsen for at leverandøren kunne tilby lav pris knytter seg til at virksomheten har lave driftskostnader da rodene er tilstøtende avtaler leverandøren innehar for annen oppdragsgiver. Gjennom egenerklæring i innlevert tilbud bekrefter leverandøren at de overholder arbeidsmiljøloven. I alle tilfeller er det gjort undersøkelser som § 24-9 krever, og det foreligger ingen avvisningsplikt eller avvisningsrett.
- (49) Innklagede har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 1. Leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravet om «*erfaring fra minimum 1 tilsvarende oppdrag*» da beskrivelse av relevant erfaring ble vedlagt tilbudet innen tilbudsfristen, men unntatt innsyn for LKD og VA. Leverandøren oppfyller kravene til gjennomføringsevne og kapasitet. I den grad det skulle være avvik fra utstyrslisten, er det klart at dette ikke i seg selv medfører avvisning.
- (50) Innklagede har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 1 for urimelig lav prissetting, jf. forordningen § 24-9. Leverandøren innga tilbud på samme roder som VA og hadde en samlet differanse på 407 080 kr. Leverandøren vedsto tilbudet ved utløpet av opprinnelig vedståelsesfrist, og innklagede fant ingen grunn til særskilte vurderinger etter forordningen § 24-9.
- (51) Det bestrides at konkurransegrunnlaget er uklart. Grunnlaget for prisevalueringen kan ikke medføre tvil om hva som skulle inngå i den faste prisen. Punkt 4 i konkurransegrunnlaget sammenholdt med «*tilbudsskjema*» gir en tilstrekkelig klar angivelse av hva som skal inkluderes i den faste prisen, og at det er denne som danner grunnlaget for evalueringen.

- (52) Innklagede har ikke brutt forskriften ved å utforme feil i konkurransegrunnlaget. Innklagede viser til at tallene på brøytestikker er basert på tidligere leverandørers informasjon til innklagede, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5.3, samt at det her tas forbehold. Videre er det slik at tallet uansett har dannet likt grunnlag for leverandørenes tilbudsregning.
- (53) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise VA under den pågående forføyningssaken. Innklagede hadde en avvisningsplikt da VA ikke oppfylte kvalifikasjonskravene til økonomisk kapasitet og tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet. Innen tilbudsfristen hadde VA ikke levert skatteattest, firmaattest, alternativ dokumentasjon for økonomisk kapasitet, tilstrekkelig utfylte lister over maskiner/utstyr og ikke vist til evt. tilstrekkelig forpliktelseserklæring for å støtte seg på andre foretak. VA skulle ha blitt avvist lenge før forføyningssaken. Videre foreligger det ingen spesiell karensperiode med suspensjonsplikt i forbindelse med avvisning som gir grunnlag for anførsel om ulovlig inngåelse av kontrakt på grunn av sen avvisning. Innklagede fant det hensiktsmessig å inngå kontrakter selv om det var fremmet sak for domstolen. Innklagede anså seg ikke omfattet av anskaffelsesloven § 9 og forskriften § 25-3, fordi forføyningsfristen var tatt ut over en måned og 9 dager etter utløpet av karensfristen.
- (54) Innklagede erkjenner å ha brutt krav i lovens § 4 om forutberegnelighet ved at det var opplyst to forskjellige tidspunkter for åpning av tilbudene.
- (55) Innklagede erkjenner videre at det ikke foreligger en tilstrekkelig samlet anskaffelsesprotokoll, jf. forskriften § 7-1 og § 25-5.
- (56) Innklagede avviser anklager om bevisst trenering når det gjelder mangelfullt innsyn. Innsyn behandles etter offentlighetslovens regler og rette klageinstans er Statsforvalteren, jf. offentlighetsloven § 32. Anførselen skal avvises fra behandling i klagenemnda.

Klagenemndas vurdering:

- (57) LKD og VA har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av vintervedlikehold av kommunale veier i Våler kommune, som er en tjenesteanskaffelse. Konkurransen er kunngjort etter reglene i forskriften del I og III. Innklagede har opplyst at verdien er på rundt 20 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (58) Anskaffelsen er gjennomført uten bruk av elektronisk konkurransegjennomføring (KGV), og innklagede har ikke lagt opp til levering av ESPD-skjema. Klagerne har ikke anført at dette utgjør brudd på regelverket, og nemnda behandler derfor ikke dette nærmere.

Uklart konkurransegrunnlag

- (59) Klagenemnda skal først ta stilling til om konkurransegrunnlaget var uklart fordi det ikke var klart hvordan prisene skulle evalueres.

- (60) Det følger av kravet til forutberegnelighet at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst leverandør vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 62 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC) avsnitt 42. Konkurransegrunnlaget må gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal kunne gi tilbud på likt grunnlag. Det skal fremgå klart hva det skal gis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget jf. anskaffelsesforskriften § 14-1 femte ledd.
- (61) Slik klagenemnda forstår det mener VA det er uklart hvordan prisen skal evalueres fordi det er oppgitt antall brøytestikker i punkt 4 samtidig som prisene skulle inkludere kostnader til brøytestikker.
- (62) Klagenemnda er ikke enig i at dette er en uklarhet. Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 4 at tildelingskriteriet pris skulle vektes med 100 prosent, og vurderingen var lavest pris per sesong per rode basert på oppgitt antall brøytestikker og antall timer høvling og hjullaster. Dette er gjentatt tydelig av punkt 5.3. Angivelsen av erfaringstall for bruk av brøytestikker er slik nemnda forstår det inntatt for å gjøre det enkelt for leverandørene å beregne en pris per sesong per rode. Nemnda kan dermed ikke se at konkurransegrunnlaget var uklart på dette punktet.
- (63) VA anfører også at det er en uklarhet knyttet til at det er angitt i konkurransegrunnlaget at pris skal angis per sesong per rode, men at det i kontrakten og tilbudsskjema i tillegg blir bedt om priser per time for veghøvling med underkjær og traktor/lastebil med snørydding-/strøgrusutstyr. I kontrakten ble dette omtalt som regningsarbeider. Selv om leverandørene skulle oppgi timepriser i kontrakten og i tilbudsskjema, er det nemndas vurdering at det var tilstrekkelig klart at timeprisene for regningsarbeid ikke skulle evalueres.
- (64) Konkurransegrunnlaget er dermed utformet tilstrekkelig klart til at en rimelig opplyst leverandør kan forstå hvordan priskriteriet ville bli evaluert.
- (65) VA anfører videre at innklagede skulle evaluert på timepriser i tillegg til fastpris, og at det vil kunne gi uheldige utslag hvis dette ikke gjøres ved at ikke totaløkonomien i prosjektet blir gjenstand for evaluering. Nemnda forstår dette slik at det anføres at tildelingskriteriene ikke har tilstrekkelig tilknytning til leveransen, da det ikke evalueres på timepriser for regningsarbeid.
- (66) Det følger av § 18-1 (4) at tildelingskriteriene skal ha «*tilknytning til leveransen*». Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at et tildelingskriterium har tilknytning til leveransen «*når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys*», jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/60 avsnitt 29 med videre henvisninger. For priskriterier innebærer dette at tilbudene skal premieres ut fra prisen oppdragsgiver skal betale for ytelsen. Se klagenemndas avgjørelse i sak 2017/350, der nemnda kom til at priskriteriet ikke var egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet fordi innklagede ikke hadde evaluert pris på en tredjedel av det samlede oppdraget. En lignende sak er 2022/322 og 2022/326 (forente saker). Det er likevel ikke slik at oppdragsgiver er forpliktet til å ta hensyn til samtlige priselementer ved evalueringen, se til sammenligning sak 2017/153 avsnitt 27.

- (67) I dette tilfellet skulle tilbudene vurderes basert på pris på det som utgjorde hovedoppdraget, nemlig snørydding og strøing av veier og plasser for hver enkelt rode inklusive beredskap, alt av materiell og administrative kostnader, med unntak av bortkjøring av snø, se konkurransegrunnlaget punkt 4. Regningsarbeider skulle som nevnt prises separat med timepriser som ikke skulle inngå i evalueringen. Slik saken er opplyst kan ikke nemnda se at regningsarbeider vil utgjøre en så stor del av kontrakten at priskriteriet ikke var egnet til å utpeke det laveste tilbudet. Det foreligger dermed ikke noe brudd på forskriften § 18-1 (4).

Feil i konkurransegrunnlaget

- (68) Videre skal klagenemnda vurdere om innklagede har oppgitt feil opplysninger i konkurransegrunnlaget.
- (69) VA anfører at det er oppgitt betydelig feil mengde brøytestikker. Mengden brøytestikk utplassert i rode 1 og 2 har gjennom flere år ligget på 3 500, og ikke 1000 slik innklagede har oppgitt i konkurransegrunnlaget.
- (70) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 fremgikk det at tallene var basert på tidligere leverandørers informasjon til innklagede, og at tallene ikke er blitt prøvd.
- (71) Et av hovedhensynene bak anskaffelsesregelverket er å sikre konkurranse, jf. anskaffelsesloven § 4. I enhver anskaffelse har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn for å avgjøre hva som skal anskaffes, og på hvilke vilkår. Deltagerinteressen vil påvirkes av hvordan oppdragsgiveren definerer sine egne behov, se klagenemndas avgjørelse 2021/369 avsnitt 42.
- (72) Hvor mange brøytestikker det er nødvendig å beregne pris for er i utgangspunktet innenfor det innkjøpsfaglige skjønnnet. Innklagede har videre vist til at konkurransegrunnlaget bygger på opplysningene innklagede mottok fra tidligere leverandører. Nemnda kan uansett ikke se at det er holdepunkter for at eventuelle feil angivelse av antall brøytestikker og manglende angivelse av tall for strøing kan ha påvirket deltagerinteressen eller har virket konkurransebegrensende. Klagenemnda finner derfor ikke grunnlag for å konstatere brudd på regelverket på dette punktet.

Avvisning av valgte leverandør for rode 1

- (73) Ettersom VA er rettmessig avvist fra konkurransen, se avsnitt 96, og LKD pretenderer at valgte leverandør for rode 2 og 4 også skulle vært avvist, har LKD et reelt behov for å få avklart om valgte leverandør for rode 1 (rangert som nr. 2) skulle vært avvist fra konkurransen om rode 2. Dersom alle de tre leverandørene rangert foran klager i konkurransen skulle vært avvist, ville LKD ha vunnet konkurransen. VA har også saklig interesse i å få prøvd spørsmålet om avvisning av valgte leverandør for rode 1, ettersom VA pretenderer at de selv ikke skulle vært avvist fra konkurransen, og de ble opprinnelig rangert som nr. 2 for rode 1.
- (74) Klagenemnda skal videre ta stilling til om valgte leverandør for rode 1 skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.
- (75) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a. Utgangspunktet for tolkningen av

kvalifikasjonskravene, er hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør forstår ordlyden i oppstilte krav. 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 krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, se HR-2022-1964 (Flage Maskin) avsnitt 51 og EU-domstolens avgjørelse i C-27/15 (Pippo Pizzo) avsnitt 35 flg.

- (76) Dersom annet ikke er oppgitt, skal kvalifikasjonskravene bedømmes ved tilbudsfristens utløp, og ut ifra den dokumentasjonen som er innlevert på dette tidspunktet, se klagenemndas avgjørelse sak 2023/590 avsnitt 37 og 2023/730 avsnitt 28 med videre henvisninger.
- (77) Spørsmålet er om valgte leverandør for rode 1 skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet «*tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet*».
- (78) Ordlyden «*tilstrekkelig*» gir innklagede isolert sett et visst handlingsrom eller skjønn med hensyn til hva som er god nok gjennomføringsevne og kapasitet til å gjennomføre kontrakten. Nemnda kan imidlertid prøve hvordan kravet skal forstås, altså hvilke rettslige rammer konkurransegrunnlaget setter for innklagedes skjønnsutøvelse. Det nærmere innholdet av slike krav må forstås i lys av dokumentasjonskravene og konkurransegrunnlaget for øvrig.
- (79) For å dokumentere kvalifikasjonskravet til tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet skulle leverandørene levere et skjema med opplysninger om selskapets utstyr (vedlegg 5). Videre var det angitt «*[l]isten over utstyr flyttes hit fra prisskjemaet*». I vedlegg 3, tilbudsskjemaet (prisskjema), var det inntatt et felt for hver rode som anga «*Minimum Kapasitet*». For rode 1 var det her etterspurt «*1 lastebil + stor traktor*** + reserve*», og for rode 2 «*1 lastebil + stor traktor** + reserve*». For rode 4 krevdes det «*1 traktor + reserve*». Det var dermed angitt et svært presist kvalifikasjonskrav som overlater lite skjønn til innklagede.
- (80) LKD har anført at konkurransegrunnlaget må forstås slik at dersom en leverandør innga tilbud på flere roder, måtte leverandøren ha et antall kjøretøy som oppfylte kapasitetskravet for alle rodene sammenlagt. Etter klagernes syn skulle valgte leverandør for rode 1 dermed ha beskrevet fem maskiner og tre reserveenheter for å kunne inngi tilbud på rode 1, 2 og 4. Leverandøren beskrev totalt tre maskinenheter.
- (81) Når det fremgår at listen fra prisskjema over utstyr flyttes til kvalifikasjonskravet, fremstår det, slik LKD anfører, at leverandørene må oppfylle kravet til antall kjøretøy på hver enkelt rode de inngir tilbud på. Dette innebærer at dersom det inngis tilbud på flere roder må kravene til antall kjøretøy legges sammen. Dette støttes også av at kravet til antall kjøretøy ble angitt som «*Minimum Kapasitet*» på hver rode. Slik saken er opplyst er det ikke vist til at rodenes omfang eller plassering tilsier at kravet ikke kan tolkes på noen annen måte.
- (82) Basert på tilbudet, mangler valgte leverandør for rode 1 to maskinenheter og en reserveenhet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet. Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 1 fra konkurransen.

Avvisning av valgte leverandør for rode 2 og 4

- (83) Klagenemnda tar så stilling til om valgte leverandør for rode 2 og 4 skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet.
- (84) Valgte leverandør innga tilbud på rode 2 og 4. For rode 2 var det krav om «*1 lastebil + stor traktor***+reserve*» og for rode 4 var det krav om «*1 traktor + reserve*». For å oppfylle kvalifikasjonskravet skulle leverandøren ha tilbudt totalt tre maskiner, i tillegg til en reservemaskin.
- (85) Ved utløpet av tilbudsfristen hadde ikke valgte leverandør levert beskrivelse eller dokumentasjon på mer enn to maskiner. I den grad avklaringen av at forsikringen kunne tilby reservemaskin var en lovlig avklaring, tilfredsstiller fortsatt ikke leverandøren kravet om totalt tre hovedmaskiner
- (86) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for rode 2 og 4 for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.

Avvisning av VA

- (87) Klagenemnda tar så stilling til om det var riktig å avvise VA fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet.
- (88) VA leverte tilbud som selskap under stiftelse. På tilbudstidspunktet manglet VA organisasjonsnummer, noe som medførte at VA ikke kunne levere firmaattest, skatteattest eller kredittvurdering.
- (89) Ett av kvalifikasjonskravene var at «*[l]everandøren skal ha økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten*». Det fremgikk av dokumentasjonskravet at nystartede selskaper med kredittrating AN ikke alltid vil kunne levere kredittrating som dokumentasjon på at kvalifikasjonskravet er tilfredsstilt. I slike tilfeller kunne leverandørene kompensere med å levere «*alternativ dokumentasjon sammen med tilbudet*». Leverandører hadde også anledning til å godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med «*ethvert annet dokument som oppdragsgiver kan akseptere*».
- (90) I tilbudet leverte VA en beskrivelse av det nye aksjeselskapet. På dette tidspunktet viste VA til en aksjekapital på 30 000 kr, og at selskapet skulle tilføres ny aksjekapital på minst kr 250 000 dersom det ble tildelt oppdraget.
- (91) Innklagede har kommet til at VA ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om å gjennomføre oppdraget/kontrakten da det ikke foreligger noen konkrete og forpliktende opplysninger om selskapets økonomi, utover angitt aksjekapital, som ikke er tilstrekkelig. Det ble heller ikke vurdert som tilstrekkelig at selskapet ville tilføres kapital hvis de fikk oppdraget, ettersom kravet om tilstrekkelig økonomisk kapasitet måtte være oppfylt på tilbudstidspunktet. Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger til innklagedes vurdering på dette punktet.
- (92) VA ble først avvist 8. november 2023, samme dag som kontraktene med valgte leverandører ble inngått. Innklagede erkjenner her brudd på forskriften § 24-10 (1) ved at avvisningen ikke skjedde snarest mulig. Det følger imidlertid uttrykkelig av § 24-10 (1) andre punktum at avvisning kan skje på ethvert tidspunkt i konkurransen når det

viser seg at vilkårene for avvisning er oppfylt, se også klagenemndas avgjørelser i sak 2022/736 avsnitt 32 og 2023/409 avsnitt 42. Selv om innklagede med fordel kunne ha avvist VA fra konkurransen på et tidligere tidspunkt, utgjør dette ikke i seg selv et brudd på regelverket.

- (93) Videre anfører VA brudd på likebehandlingsprinsippet. Innklagede har benyttet avklaringsmuligheten for de to valgte leverandørene, og skulle etter VA sitt syn gitt VA tilsvarende mulighet. Spørsmålet for klagenemnda er om det forelå en avklaringsplikt.
- (94) Utgangspunktet er at innklagede har en adgang, men ikke en plikt til å avklare mangelfulle tilbud etter forskriften § 23-5. I LB-2018-147988 uttalte Borgarting lagmannsrett at det vil kunne foreligge avklaringsplikt dersom det *«i lys av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene kan fremstå som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet»* å ikke foreta avklaring.
- (95) Innklagede har foretatt avklaringer med valgte leverandør for rode 2 og 4 om reservekapasitet. Nemnda bemerker også at valgte leverandør for rode 2 og 4 skulle ha vært avvist, se avsnitt 92 under, slik at det har mindre betydning hvilke avklaringer som ble gjort overfor denne aktøren. Videre har innklagede vist til at det ikke er innhentet supplerende informasjon fra valgte leverandør for rode 1. Det er dermed ikke holdepunkter for at innklagede har gjort avklaringer i strid med likebehandlingsprinsippet, og at innklagede hadde plikt til å avklare manglene i VA sitt tilbud.
- (96) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke har brutt forskriften ved å avvise VA som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.

Ulovlig inngåelse av kontrakter

- (97) Når det gjelder anførselen om ulovlig inngåelse av kontrakt under pågående forføyningssak, så er klagenemndas å behandle spørsmål om *«unntakelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne»*, jf. klagenemndeforskriften § 6 (1). Forskriften § 25-3 (1) gir regler om suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt dersom retten forkynner at det er begjært midlertidig forføyning overfor oppdragsgiver innen utløpet av karensperioden og det er inntrådt suspensjon.
- (98) I denne saken ble det begjært midlertidig forføyning etter at karensperioden var utløpt, men før kontrakt var signert. Det inntreffer da ikke automatisk suspensjon, og det er ikke fremlagt dokumentasjon som viser at retten har forkynt for innklagede at adgangen til å inngå kontrakt var suspendert. I et slikt tilfelle må den begjærende part oppnå en foreløpig kjennelse, noe det ikke var bedt om da man feilaktig la til grunn at begjæringen om midlertidig forføyning ble inngitt innenfor karensperioden.
- (99) Klagenemnda kan i et slikt tilfelle ikke se at det er noe brudd mot lov om offentlige anskaffelser § 9 om adgang til å begjære midlertidig forføyning eller mot forskriftens § 25-3 (1). Slik nemnda forstår det, anfører VA at også den midlertidige kontrakten inngått 27. oktober 2023 og den inngåtte kontrakten 8. november 2023 er ulovlig inngått. Imidlertid forstår nemnda det slik at VA ikke ønsket at disse anførselene skulle behandles som spørsmål om ulovlige direkte anskaffelser, da dette forutsatte separat

betaling av klagegebyr. Dermed behandles ikke eventuelle anførsler om ulovlige direkte anskaffelser.

Feil i anskaffelsesprosedyren

- (100) Innklagede erkjenner å ha brutt krav i lovens § 4 om forutberegnelighet ved at det var opplyst to forskjellige tidspunkter for åpning av tilbudene.
- (101) I kunngjøringen fremgikk det at anbudsåpning skulle skje 1. september 2023 kl. 14:00, og i konkurransegrunnlaget sto det 4. september 2023. Innklagede hadde på forhånd informert om at anbudsåpningen skulle foregå som et åpent og offentlig møte. Ved fremmøte 1. september 2023 kl. 14:00 fikk VA beskjed om at anbudsåpningen først skulle skje 4. september 2023 kl. 14:00.
- (102) Klagenemnda er enig i innklagedes vurdering av at dette utgjør brudd på forutberegnelighetsprinsippet. Nemnda ser imidlertid ikke at bruddet har fått noen konsekvenser for utfallet av konkurransen.
- (103) Innklagede erkjenner også å ha brutt forskriften ved at det ikke foreligger en anskaffelsesprotokoll som oppfyller forskriftens krav i § 7-1(3) og § 25-5. Heller ikke dette kan ha hatt noen betydning for utfallet av konkurransen.

Innsyn

- (104) Når det gjelder VAs anførsel om mangelfullt innsyn, er dette noe som må påklages til overordnet forvaltningsorgan. Klagenemnda er ikke et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, se klagenemndas avgjørelse i sak 2022/173 avsnitt 53 med videre henvisninger. Denne anførselen avvises derfor fra behandling i nemnda, jf. klagenemndeforskriften § 9.
- (105) Ettersom klagenemnda er kommet til at VA er rettmessig avvist fra konkurransen, behandler ikke nemnda VAs øvrige anførsler.
- (106) Bruddet på avvisningsplikt som er konstatert kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Våler kommune har brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a ved ikke å avvise Brandett Snø & Jord AS og Sandbæk Maskin AS fra konkurransen for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav om gjennomføringsevne og kapasitet. Det foreligger også brudd på forutberegnelighetsprinsippet, jf. loven § 4 og brudd på kravene i forskriften §§ 7-1 (3) og 25-5.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Wenche Sædal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur