



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av "Knutekolling m/opsjon på felling og beskjæring av risikotrær". Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved å foreta en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget forut for tilbudsfristens utløp. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 13.august 2014 i sak 2012/244

Klager: T.A Skogsdrift og Trefelling Tor Anders Syversen

Innklaget: Oslo kommune v/ Bymiljøetaten

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Avlysningsplikt.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/ Bymiljøetaten (heretter innklagede) kunngjorde 18. september 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av *"Knutekolling m/opsjon på felling og beskjæring av risikotrær"*. Kunngjøring ble gjort på DOFFIN og på Oslo kommunes anskaffelsesportal. Kontraktsperioden var i kunngjøringen punkt II.2.2) opplyst å være 10. november 2012 – 31. desember 2013, med opsjon til 30. april 2013. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 15. oktober 2012.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4.3, *"Lærlingeordning"*, fremgikk det at: *"Det stilles i kontrakten krav om at tjenesteyter skal være offentlig godkjent lærlingebedrift"*. Dette kravet fremgikk ikke av kunngjøringen.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 *"Tildelingskriteriene"*, fremgikk det at tildeling ville skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige i henhold til følgende tildelingskriterier:

"Eksempel:

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
• <i>Pris</i>	40 %	• <i>Ferdig utfylt prisskjema</i>
• <i>Kompetanse og erfaring fra liknende oppdrag hos tilbudt personell</i>	60 %	• <i>Kopi av fagbrev, vitnemål på tilbudt personell hvor det blant annet fremgår vedkommendes</i>

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
- Det kreves at det tilbys minimum to sertifiserte arborister/ trepleiere til å gjennomføre oppdraget (ISA, ESA eller annen tilsvarende autorisasjon som Oppdragsgiver godkjenner).		kompetanse og erfaring fra liknende oppdrag.

I evalueringen vil det bli benyttet poengskala fra 1 —10 hvor 10 er høyest. Når det gjelder pris vil formelen lavest pris dividert på tilbudt pris multiplisert med 10 benyttes. Oppnådd poengsum vil så bli vektet i henhold til vektingsprosent angitt ovenfor."

- (4) Klager sendte 24. september 2012 én e-post til innklagede med spørsmål om kravet til lærlingeordning var absolutt.
- (5) Innklagede besvarte spørsmålet fra klager ved et notat av 28. september 2012 som ble publisert på anskaffelsesportalen:

"Spørsmål:

Vil det være avgjørende i negativ retning, hvis søker ikke er tilknyttet lærlingeordning?

Svar:

I Konkurranses grunnlaget er det stilt krav om lærlingeordning.

"1.4.3 Lærlingeordning

Det stilles i kontrakten krav om at tjenesteyter skal være offentlig godkjent lærlingebedrift."

Det er et ufravikelig krav at tjenesteyteren som blir valgt, skal ha lærlingeordning."

- (6) Klager henvendte seg på nytt til innklagede, ved e-post av 7. oktober 2012, og ba om en fornyet vurdering av spørsmålet om lærlingeordning.
- (7) Innklagede tok kontakt med Utdanningsetaten og fikk beskjed om at det ikke finnes noen offentlig godkjent lærlingeordning for denne typen virksomhet. Innklagede frafalt deretter kravet. Dette ble offentliggjort ved at innklagede kunngjorde et notat på Oslo kommunes anskaffelsesportal 11. oktober 2012, og alle som hadde lastet ned konkurransegrunnlaget mottok melding om dette. Samtidig ble tilbudsfristen utsatt til 19. oktober 2012. Det fremgikk følgende om dette i offentliggjøringen på DOFFIN:

"Dato for tidligere tidsfrist: 15.10.2012

Dato for ny tidsfrist: 19.10.2012 12:00

Grunn for endring: Vi viser til tidligere henvendelse vedrørende vårt krav om lærlingeordning. Vi har tidligere besvart at dette er et ufravikelig krav i konkurransen. Vi har etter en nærmere vurdering kommet til at vi må frafalle kravet da det ikke for den etterspurte kompetansen (sertifisert arborist/trepleie) ikke er lagt til rette for lærlingeordning. Vi beklager det inntrufne. På bakgrunn av det ovennevnte ser vi behov for å utsette tilbudsfristen til fredag 19. oktober kl. 12.00. Innlevering som beskrevet i

konkurransegrunnlaget. Teksten ovenfor er også nedfelt i notat "12-16951-8 Endring vedrørende krav om lærlingeordning - 99-BYM-2012 Knutekolling m- opsjon på felling og beskjæring" som er tilgjengelig på anskaffelsesportalen. Med vennlig hilsen Oslo kommune Bymiljøetaten."

- (8) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen 19. oktober 2012, deriblant fra klager, og Steen & Lund AS (heretter valgte leverandør). Tilbyderne ble ved brev av 22. november 2012 meddelt at innklagede hadde besluttet å tildele kontrakt til valgte leverandør. Av tildelingsbrevet fremgikk det følgende om evalueringen av tilbudene fra valgte leverandør og klager:

Tilbyder 3			Tilbyder 4		
	Poeng				
<i>Kommentar</i>	<i>Kompetanse</i>	<i>Erfaring</i>	<i>Kommentar</i>	<i>Kompetanse</i>	<i>Erfaring</i>
<i>Tilbyder har tilbydt personell med meget god kompetanse og god erfaring innenfor tilsvarende arbeid. Tilbyder gis noe trekk for mindre erfaring hos noe av tilbudt personell.</i>	10	8	<i>Tilbyder har tilbydt personell med meget god kompetanse innenfor tilsvarende arbeid. Tilbydt personell har lang erfaring innenfor trepleie, men trekkes noe for at de ikke har dokumentert erfaring innenfor knutekolling.</i>	10	5
		9			7,5

- (9) Klager ba i e-post til innklagede 22. november 2012 om å få oversendt tilbudet til valgte leverandør, og om utvidet klagefrist dersom det ville ta tid å få oversendt tilbudet. Opprinnelig klagefrist var 2. desember 2012.
- (10) Innklagede svarte i e-post 27. november 2012, med sladdet kopi av valgte leverandørs tilbud, hvor alle opplysninger om tilbudt personell, kompetanse og erfaring var tatt ut. Innklagede besvarte ikke klagers forespørsel om fristutvidelse.
- (11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved e-post av 30. november 2012. Videre etterspurte klager usladdet kopi av de relevante opplysningene fra tilbudet til valgte leverandør, og fremmet på ny forespørsel om utsatt klagefrist. Innklagede besvarte henvendelsen ved brev av 5. desember 2012, hvor innklagede oversendte en usladdet versjon av valgte leverandørs tilbud og fremholdt at klagen ikke ble tatt til følge.
- (12) Klager innga supplerende klage til innklagede, ved brev av 7. desember 2012. Innklagede har ikke besvart klagen.
- (13) Kontrakt ble signert av valgte leverandør 12. desember 2012, og av innklagede 18. desember 2012.
- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 18. desember 2012.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Påstand om vesentlig endring av konkurransegrunnlaget forut for tilbudsfristens utløp

- (16) Innklagede har brutt loven § 5 og forskriften § 17-2 (1) ved å fjerne det absolutte kravet til lærlingeordning forut for tilbudsfristens utløp. Dette må anses som en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget som regelverket ikke gir anledning til uten at oppdragsgiver kunngjør konkurransen på nytt uten det kravet som er fjernet. Kravet til lærlingeordning, som i konkurransegrunnlaget var opplyst å være et ufravikelig krav, ville ekskludere de fleste tilbyderne. Kravet var feilaktig, usaklig og konkurransevidende. Det kan ikke utelukkes at dette kravet kan ha avskåret flere mulige tilbydere fra å inngi tilbud.
- (17) Tilbyderne må ha krav på en rimelig frist til å utarbeide sine tilbud. Denne fristen må løpe fra eventuelle endringer i konkurransegrunnlaget er endelige. Den frist klager fikk i dette tilfellet, var uakseptabel kort, noe som innvirket på klagers mulighet til å inngi et grundig og komplett tilbud. Dette kan ha påvirket innklagedes vurdering av klagers tilbud.
- (18) Det anmodes om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for erstatning for klager, er oppfylt.
- (19) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, finner nemnda ikke grunn til å gjengi klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

Påstand om vesentlig endring av konkurransegrunnlaget forut for tilbudsfristens utløp

- (20) Det var ikke brudd på regelverket at konkurransen ikke ble kunngjort på nytt etter at innklagede hadde fjernet kravet om lærlingeordning. Frafallet av minstekravet medførte ikke en vesentlig endring, og konkurransen skulle derfor ikke vært kunngjort på nytt. Det erkjennes at utgangspunktet er at det skal foretas en ny kunngjøring når et minstekrav endres. Denne saken stiller seg imidlertid annerledes enn saker klagenemnda tidligere har behandlet. Klager har deltatt i konkurransen og endringen utløser ikke nye krav til tilbudet som sådan da kravet til ytelsen ikke er endret. Konkurransen kan ikke sies å ha blitt forrykket på grunn av endringen sett hen til at flere har fått muligheten til å delta. Verken arbeidets omfang eller utførelse er endret.
- (21) Dersom det forelå en vesentlig endring medførte ikke det en plikt til å avlyse konkurransen. Det kan ikke påvises at feilen har medført at konkurransen kunne fått et annet utfall for klageren hvis feilen ikke var begått. Fristen ble utsatt slik at leverandørene skulle få tilstrekkelig tid til å utarbeide sine endelige tilbud uten lærlinge kravet. Verken klager eller øvrige tilbydere ba om ytterligere utsettelse av tilbudsfristen. Videre er det en enkel anskaffelse hvor det er begrenset med arbeid og dokumentasjon som må legges ned i utarbeidelsen av tilbudet. Endringen har ikke virket inn på deltakelsen. Det vises til at alle som hadde lastet ned konkurransegrunnlaget på anskaffelsesportalen har fått informasjon om endring av lærlingeklausulen. Det er presisert i kunngjøringen at man må laste ned konkurransegrunnlaget for å få fullstendig informasjon om konkurransen. Videre har ingen av leverandørene bedt om forlenget frist, og det kan derfor ikke anses sannsynliggjort at endringen kan ha fått noen til å avstå fra å delta i konkurransen.

- (22) Vilkårene for erstatning for klager, er ikke oppfylt. Dette gjelder både for den positive og den negative kontraktsinteresse.
- (23) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, finner nemnda ikke grunn til å gjengi innklagedes øvrige anførsler.

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 *"Knutekolling m/ opsjon på felling og beskjæring av risikotrær"* som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 27. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-1 (5).

Påstand om vesentlig endring av konkurransegrunnlaget forut for tilbudsfristens utløp

- (25) Klager har anført at innklagede har brutt loven § 5 og forskriften § 17-2 (1) ved å fjerne det absolutte kravet til lærlingeordning forut for tilbudsfristens utløp. Siden anskaffelsen er regulert av forskriften del II, er det forskriften § 8-2 (1), og ikke § 17-2 (1), som er den aktuelle forskriftsbestemmelse å vurdere.
- (26) Det følger av forskriften § 8-2 (1) at oppdragsgiver, innen tilbudsfristens utløp, har rett til *"å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige"*. Av bestemmelsens andre ledd følger det at slike endringer umiddelbart skal sendes samtlige som har mottatt konkurransegrunnlaget. Videre følger det av tredje ledd at dersom endringen *"kommer så sent at det er vanskelig for leverandørene å ta hensyn til det i tilbudet, skal det fastsettes en forholdsmessig forlengelse av tilbudsfristen. Samtlige leverandører skal snarest varsles om forlengelsen"*. Forskriften regulerer med dette hvilke endringer som kan foretas i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp, og hvordan slike eventuelle endringer skal utføres. Dersom oppdragsgiver går utover den endringsadgang forskriften her oppstiller, vil det være i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5.
- (27) Det er klart at innklagede har foretatt en *"endring[...]"* av konkurransegrunnlaget ved å frafalle kravet i konkurransegrunnlaget punkt 1.4.3 om at *"tjenesteyter skal være offentlig godkjent lærlingebedrift"*.
- (28) Spørsmålet blir om endringen innklagede foretok kan anses å være *"vesentlig[...]"*, og dermed går utover det forskriften § 8-2 (1) tillater.
- (29) Hva som skal anses som vesentlig må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Det kan ikke foretas endringer som er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle tilbyderes ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/242 premiss (44). Dette for å sikre at hensynene til forutberegnelighet og likebehandling av tilbyderne ivaretas, og av hensyn til leverandører, som ut fra opplysningene i konkurransegrunnlaget, velger ikke å delta med tilbud, jf. loven § 5. Det vises i denne sammenheng til klagenemndas sak 2007/36, hvor en endring som *"medførte at flere leverandører hadde mulighet til å delta i konkurransen og det således var hensynet til mer konkurranse som var motiverende for endringen, legger klagenemnda til grunn at endringen er vesentlig"*, ble ansett for å være vesentlig og dermed i strid med § 17-2 (1), som tilsvarer § 8-2 (1) i forskriften del II.

- (30) Kontraktskravet om lærlingeordning ble bekreftet av innklagede i svar til tilbyderne 28. september 2012: "*[d]et er et ufravikelig krav at tjenesteyteren som blir valgt, skal ha lærlingeordning.*" At den foretatte endringen gjelder frafall av ufravikelig krav taler for at endringen er "*vesentlig*". Endringen hadde som virkning at flere leverandører, eksempelvis klager, kunne delta i konkurransen. Det opprinnelige kravet om lærlingeordning utelukket nærmest alle leverandører, jf. at innklagedes begrunnelse for endringen var at; "*det ikke for den etterspurte kompetansen [...] er lagt til rette for lærlingeordning*". Utgangspunktet er derfor at endringen er "*vesentlig*".
- (31) Innklagede fremholder at til tross for at endringen gjaldt frafall av et absolutt krav, skiller denne saken seg fra andre saker som tidligere er behandlet av nemnda, hvor frafall av et absolutt krav har blitt ansett som en vesentlig endring. Det er blant annet anført at endringen ikke utløste nye krav til tilbudet som sådan, da kravet til ytelsen ikke er endret. Argumentet kan imidlertid ikke tas til inntekt for at endringen ikke var "*vesentlig*", da endringen medførte at leverandører som tidligere hadde vært utelukket fra konkurransen, nå kunne delta, og medførte at et komplett tilbud måtte utarbeides.
- (32) Alle som lastet ned konkurransegrunnlaget ble registrert av innklagede, og meldingen om frafall av kravet til lærlingeordning og utsettelse av tilbudsfristen ble sendt til samtlige av disse 11. oktober 2012. Ettersom kravet til lærlingeordning ikke var inntatt i kunngjøringen, fikk derfor formodentlig alle interesserte leverandører meldingen om at dette var frafalt. Det kan derfor stilles spørsmål ved om endringen faktisk har forhindret potensielle tilbydere i å levere tilbud, slik at hensynet til forutberegnelighet og likebehandling etter lovens § 5 likevel er ivaretatt. En slik løsning er også fremholdt av Arrowsmith (2005) s. 549. Fristen ble utsatt med fire dager, fra 15. til 19. oktober 2012, hvilket medførte at den totale fristen fra dette tidspunktet utgjorde åtte dager. Den opprinnelige tilbudsfristen var på omtrent én måned. Uansett om åtte dager var tilstrekkelig for å utarbeide et tilbud på oppdraget, utgjorde den forholdsmessig korte tidsfristen likevel en konkurransefordel for tilbyderne som hadde en måneds tilbudsfrist. Klagenemnda legger til grunn at potensielle leverandører, selv etter endringen, på dette grunnlag kan ha avstått fra å delta. Videre kan det ha vært tilfelle at potensielle leverandører ikke ble oppmerksomme på endringen, ettersom kontrakten i utgangspunktet var uaktuell for dem, herunder hensett til den første meldingen om at kravet ble opprettholdt, jf. premiss (5). Som følge av dette vil betydningen av at alle interessentene mottok meldingen ikke bli nærmere vurdert.
- (33) Etter en helhetsvurdering, med særlig vekt på at endringen i det foreliggende tilfellet gjelder frafall av et absolutt krav, og frafallet kan ha åpnet for at flere leverandører kunne delta i konkurransen, legger klagenemnda til grunn at den foretatte endringen er "*vesentlig*". Innklagede har på denne bakgrunn brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved å foreta denne endringen uten at dette skjedde gjennom avlysning av foreliggende konkurranse og kunngjøringen av en ny uten kravet om lærlingeordning.
- (34) For å avgjøre om klager har saklig klageinteresse i å få avgjort de øvrige anførslene, må klagenemnda ta stilling til om innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen på grunn av den vesentlige endringen i konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndforskriften § 6 (2).
- (35) Oppdragsgiver har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eller den feil som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, med andre ord, avholdt

leverandører fra å delta, og det ikke er mulig å reparere feilen på annet vis. Det vises her til for eksempel klagenemndas saker 2011/242 og 2011/249 med videre henvisninger.

- (36) Feilen i foreliggende sak var, som konstatert ovenfor, at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved å endre konkurransegrunnlaget vesentlig før tilbudsfristens utløp. Gjennom den vesentlige endringen fjernet innklagede et absolutt krav, og nemnda legger til grunn at endringen kan ha åpnet for at flere tilbydere kunne delta i konkurransen, se premiss (31) og (33) ovenfor. Dette kan ikke repareres på annen måte enn at konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt slik at alle potensielle leverandører kan se hvilke krav som stilles, og basert på dette, avgjøre om de vil delta i konkurransen og levere inn tilbud. Innklagede hadde på denne bakgrunn plikt til å avlyse konkurransen.
- (37) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til mangler klager saklig interesse i å få avgjort sine øvrige anførsler, og disse avvises derfor fra behandling med hjemmel i klagenemndeforskriften § 6 (2).

Erstatning

- (38) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforskriften § 12 (2) femte punktum.

Konklusjon:

Oslo kommune v/ Bymiljøetaten har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved å frafalle kravet til lærlingeordning uten å gjøre dette gjennom en avlysning av den foreliggende konkurranse og en ny kunngjøring uten dette kravet.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl