



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Nordic Asfalt
Havane 6
4760 BIRKELAND
Norge

Deres referanse

*Vår referanse
2013/0053-10*

*Dato:
07.10.2014*

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 6. mai 2013 på offentlig anskaffelse av asfalteringsarbeid. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram fordi Arendal kommune hadde rett til å avlyse konkurransen med henvisning til at konkurransegrunnlaget var uklart.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Arendal kommune (heretter innklagede) kunngjorde 3. april 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av asfalteringsarbeid på forskjellige oppdrag i kommunen mellom 1. mai 2013 og 31. mars 2014. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen angitt til mellom 1,5 til 2 millioner kroner eks. mva. Tilbudsfrist var angitt til 16. april 2013.
- (2) Kontrakten skulle tildeles tilbudet med lavest pris ut fra prisskjemaet i konkurransegrunnlaget. I punkt 26 i prisskjemaet skulle "*Arbeidsvarsling*" prises etter enheten "*Kr/stk*".
- (3) Nordic Asfalt AS (heretter klager) og NCC Roads AS leverte tilbud i konkurransen.
- (4) NCC Roads AS ble avvist fra konkurransen, fordi prisskjemaet i tilbudet inneholdt pris per time, og ikke pris per oppdrag på punkt 26 om Arbeidsvarsling.
- (5) Det ble meddelt 17. april 2013 at innklagede hadde til hensikt å tildele kontrakten til klager.
- (6) NCC Roads klaget på avvisningen og tildelingsbeslutningen. Det ble prinsipielt fremholdt at prisskjemaet måtte forstås slik at det skulle oppgis pris per time i prisskjemaets punkt 26 om arbeidsvarsling slik at tilbudet ikke inneholdt et avvik, subsidiært at det var uklart

hvordan dette skulle prises, og at konkurransen følgelig måtte avlyses. Det ble blant annet påpekt at:

"I konkurransegrunnlaget er det [...] ikke sagt noe om hva ett stk arbeidsvarsling er. Da annet ikke er oppgitt har NCC Roads AS tatt det for gitt at enheten må være pr time for mannskap til arbeidsvarsling. Dette fordi dette er den vanlige måten å prise dette på i rammeavtaler der man ikke kjenner størrelsen på oppdrag, hvilken arbeidsvarsling som kreves for de enkelte oppdrag osv. [...] Det er vanskelig å se hva ett stk arbeidsvarsling sikter til som enhet, om det er arbeidsvarsling per dag, pr. kilometer, pr. oppdrag osv. Slike enheter ville dessuten være helt uegnet ettersom det som nevnt er svært varierende hva som kreves av arbeidsvarsling. [...] Om prisen skal anses som noe annet [enn timepris] er det helt umulig å vite hva som skal være enheten. Og uansett hvilken enhet man måtte mene at det var, vil det være helt umulig å beregne noen pris. Er det per oppdrag, vil oppdragsgiver være prisgitt hvor store eller små avrop som gjøres. Skulle det være per oppdrag, vil kostnaden avhenge av hva som kreves på den enkelte vei eller gate, ut fra en lang rekke faktorer, osv."

- (7) Innklagede besluttet 24.april 2013 å annullere tildelingsbeslutningen og avlyse konkurransen, med følgende begrunnelse gitt klager:

"Det er innkommet en klage fra en leverandør hvor det påpekes uklarheter i konkurransegrunnlaget i forhold til punktet om arbeidsvarsling. I senere e-post er det også stilt spørsmål til om punktet i kvalifikasjonskravene, om "Leverandøren skal ha erfaring fra tilsvarende kontrakter" er oppfylt. Ved gjennomgang av innsendt dokumentasjon finner oppdragsgiver at det er mangler i forhold til oppgivelse av underentreprenører og firmaets erfaring med tilsvarende kontrakter. Det er tvil om vilkårene er oppfylt. I medhold av Forskrift om offentlige anskaffelser § 13-2 nr. 4, beslutes det at tildelingen annulleres. På grunnlag av disse uklarhetene avlyser oppdragsgiver konkurransen, og den vil bli utlyst på nytt, jf. Forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1, nr. 1 og 3."

- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. april 2013.

Sekretariatets vurdering:

- (9) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder asfalteringsarbeid på forskjellige oppdrag i kommunen, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen angitt til mellom 1,5 til 2 millioner kroner eks. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen. Klager viser særlig til at klager oppfylte kvalifikasjonskravene til erfaring.
- (11) Oppdragsgiver har hjemmel til å avlyse konkurransen dersom det foreligger "saklig grunn" jf. forskriften § 13-1 (1). Avlysning kan skje inntil kontrakt er inngått.
- (12) Innklagede viser til to grunnlag for å avlyse konkurransen jf. premiss (7). Det tas først stilling til om innklagede hadde "saklig grunn" til å avlyse konkurransen på bakgrunn av de påpekte uklarhetene i konkurransegrunnlaget knyttet til pris på arbeidsvarsling.

- (13) Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt beror på en helhetsvurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på tidspunktet for når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den. Det er i klagenemndas praksis lagt til grunn en lav terskel for hva som kan utgjøre en saklig grunn til avlysning i en konkurranse. Dette synes også lagt til grunn av Høyesterett i Rt.2001 s.773.
- (14) Foranledningen for avlysningen var at NCC Roads AS ble avvist fra konkurransen fordi prisskjemaet oppga timepris og ikke pris per oppdrag for "*Arbeidsvarsling*". NCC påklaget avvisningen, blant annet med påstand om at det var uklart hvordan denne prisposten skulle prises, jf. premiss (6).
- (15) Dersom det forelå en uklarhet i konkurransegrunnlaget med hensyn til hvordan tilbyderne skulle inngi priser på "*Arbeidsvarsling*", ville ikke denne feilen kunne rettes på det tidspunktet innklagede hadde avvist NCC Roads på grunn av mangler ved prisingen, og feilen hadde slik også innvirket på deltakelsen i konkurransen. Det ville da foreligge en plikt til å avlyse konkurransen, noe som naturlig nok også vil utgjøre en "*saklig grunn*" til avlysning, jf. for eksempel klagenemndas saker 2012/156 premiss (41) og 2011/326 premiss (24).
- (16) I konkurransegrunnlaget var det oppgitt at "*Arbeidsvarsling*" skulle prises "*per stk*". Statens vegvesen krever søknad om arbeidsvarsling per oppdrag, og det kan derfor være nærliggende å tolke konkurransegrunnlaget til at det skulle oppgis totalpris per oppdrag. Hvilke oppdrag som skulle utføres var imidlertid ikke angitt i konkurransegrunnlaget, og kontrakten fremstod mer som en rammeavtale der det skulle asfalteres ved behov. NCC påpekte i sin klage at konkurransegrunnlaget ble uklart fordi det ikke var angitt hva "*et stk*" arbeidsvarsling var, og at det er vanlig å oppgi timepris ved rammeavtaler der oppdragets omfang var ukjent, og at en annen pris ville være vanskelig å oppgi. Dette er ikke bestridt av klager, og det fremstår etter sekretariatets syn som om konkurransegrunnlaget ikke gir tilbyderne de opplysningene som var nødvendig for å ha et forsvarlig grunnlag til å inngi tilbud, jf. det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Dette innebærer at konkurransegrunnlaget må anses uklart, og siden dette er en uklarhet som ikke kan rettes opp etter tilbudsfristens utløp, hadde innklagede "*saklig grunn*" til å avlyse konkurransen.
- (17) Ettersom innklagede hadde hjemmel til å avlyse konkurransen med henvisning til at det var uklarheter i konkurransegrunnlaget, tas det ikke stilling til om det var berettiget å avlyse konkurransen på andre grunnlag. Det kan likevel nevnes at i tilfeller der innklagede står igjen med ett tilbud i konkurransen, er det sagt generelt i praksis fra EU-domstolen og klagenemnda at dette i seg selv vil gi saklig grunn til avlysning, som følge av manglende konkurranse.
- (18) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vår avvisningsbeslutning. Siden denne fristen er fastsatt i klagenemndforskriften § 9, har verken sekretariatet eller klagenemndas leder myndighet til å utsette klagefristen. Klagen sendes til sekretariatet, som vil videresende denne til klagenemndas leder for behandling.

Eirik Vikan Rise
Gruppeleder(e.f)

Ida Grotle Frøyen
Førstekonsulent