



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Advokatfirma Simonsen Vogt Wiig AS
Postboks 929
9259 TROMSØ
Norge
Marianne Abeler

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0115-9

Saksbehandler: Peter Aadland

Dato: 19.10.2017

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 3. august 2017 på Skjervøy kommunes kjøp av vintervedlikeholdstjenester. 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 frem.

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

Bakgrunn:

- (1) Skjervøy kommune (heretter innklagede) kunngjorde 16. mars 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om vintervedlikehold. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.5 angitt å være 10 millioner kroner ekskl. mva. fordelt på tre delkontrakter/roder. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.7 satt til 2. mai 2017.
- (2) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Hofsøy Mekaniske AS og Skjervøy Park og Anleggsservice AS.
- (3) Kontrakten ble 31. mai 2017 tildelt Hofsøy Mekaniske AS. Denne tildelingsbeslutningen ble påklaget av Skjervøy Park og Anleggsservice AS. Ved brev datert 9. juni 2017 ble tildelingsbeslutningen omgjort og kontrakten tildelt Skjervøy Park og Anleggsservice AS. Hofsøy Mekaniske AS ble samtidig avvist fra konkurransen.
- (4) Hofsøy Mekaniske AS (heretter klager) leverte deretter 29. juni 2017 en begjæring om midlertidig forføyning til Nord-Troms tingrett. Innklagede valgte ved brev av samme dato å avlyse konkurransen. Begrunnelsen for å avlyse var at innklagede ikke hadde fulgt regelverket som trådte i kraft 1. januar 2017, og dermed ikke hadde etterspurt det europeiske egenerklæringskjemaet (ESPD).
- (5) Innklagede kunngjorde 10. juli 2017 på nytt en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om vintervedlikehold, denne gang etter det nye regelverket. Tilbudsfristen ble i kunngjøringen punkt IV.2.2 satt til 14. august 2017. Estimert verdi ble – som i den forrige konkurransen – angitt å være 10 millioner kroner ekskl. mva.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (6) Krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner ble angitt i konkurransegrunnlaget punkt 4.4. Det ble blant annet stilt krav om erfaring fra tilsvarende oppdrag, med hensyn til både volum og kompleksitet.
- (7) Som dokumentasjon på oppfyllelse av det nevnte kravet, ba innklagede om *"en liste over de utførte brøytetjenester på riks- fylkes- eller kommunale veier de siste tre år, herunder opplysninger om tidspunkt, samt navnet på oppdragsgiver. Oversikten skal inneholde opplysninger om volum"*.
- (8) På e-post til klager datert 17. juli 2017 og gjennom korrespondanse på nettstedet eu-supply.com, presiserte innklagede at leverandørene måtte ha erfaring med brøyting på riks- fylkes- eller kommunal vei de tre siste årene sammenhengende.
- (9) I konkurransegrunnlaget punkt 4.4 ble det også stilt krav om *"meget god gjennomføringsevne"*. Dette ble presisert gjennom til sammen åtte dokumentasjonskrav, herunder et krav om at *"[l]astebiler skal være registrert på tilbudstidspunkt"*.
- (10) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 5.2 bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på pris (60 %), maskinelt utstyr (30 %) og erfaring (10 %).
- (11) Klager stilte i brev av 27. juli 2017 spørsmål ved det ovennevnte kravet om tre års erfaring fra tilsvarende oppdrag. I brev datert 28. juli 2017 skrev innklagede at:
- "Det må være tre års erfaring med vintervedlikeholdet, men kommunen har ikke bestemt hvor omfattende erfaringen skal være. Det er kun vedlikehold de siste tre år[ene] som er relevant, og om den erfaringen leverandøren oppgir i tilbudet er tilstrekkelig må vurderes konkret"*.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. august 2017 med følgende påstand:
- "Skjervøy kommune har brutt reglene om offentlige anskaffelser ved å sette sterkt konkurransebegrensende dokumentasjonskrav"*.
- (13) Ved beslutning datert 18. august 2017 fra formannskapet i kommunen, ble konkurransen avlyst. I rådmannens innstilling fremgikk følgende om bakgrunnen for avlysningen:
- "Anbudskonkurransen avlyses grunnet formelle feil av administrasjonen, samt at administrasjonen ser at kravet i [konkurransegrunnlaget] punkt 4.4 er noe strengt, i forbindelse med vintervedlikeholdet"*.
- (14) Det ble opplyst om at innklagede hadde til hensikt å lage et nytt konkurransegrunnlag og legge dette frem for formannskapet 28. august 2017. Det aktuelle dokumentasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 4.4 ble foreslått endret til:
- "En liste over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste tre år, herunder opplysninger om tidspunkt, samt navnet på oppdragsgiver. Oversikten skal inneholde opplysninger om volum"*.

Sekretariatets vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av vintervedlikehold, som er en tjenesteleveranse. Konkurransen er kunngjort 10. juli 2017. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 10 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften § 5-1 (3).

Saklig interesse – klagenemndsforordningen § 6

- (16) Innklagede har lagt ned påstand om at saken avvises fra behandling i klagenemnda. Innklagede viser til at konkurransen er avlyst, og at klager av denne grunn mangler saklig klageinteresse.
- (17) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 at en klage til klagenemnda kan fremsettes av enhver som har "*saklig interesse*" i å få vurdert lovmessigheten av oppdragsgivers beslutninger, handlinger eller unnløstelser. I dette ligger det at klager må ha et reelt behov for avklaring av spørsmålet, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2016/163 premiss 48 med videre henvisning. I tilfeller hvor konkurransen er rettmessig avlyst, anses klager normalt å mangle saklig interesse i å få prøvd lovmessigheten av andre sider ved oppdragsgivers gjennomføring av konkurransen, jf. eksempelvis sak 2014/91 med videre henvisninger. Rett til å avlyse konkurransen har oppdragsgiver når det foreligger en "*saklig grunn*", jf. forordningen § 25-4 (1). Plikt til å avlyse har oppdragsgiver når det er begått feil som har virket inn på utfallet av eller deltakelsen i konkurransen, jf. eksempelvis sak 2016/111 premiss 24 med videre henvisninger.
- (18) Slik sekretariatet forstår klager, er det egentlig ikke bestridt at innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen. I prosesskriv datert 18. september 2017, ber klager imidlertid om at nemnda tar stilling til hvorvidt klagegebyret skal tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13, som lyder slik:

"Dersom nemnda har kommet til at det foreligger brudd på anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne som kan ha påvirket resultatet av konkurransen, skal klagegebyret tilbakebetales".

- (19) Klager viser til at begrunnelsen for avlysningen delvis sammenfaller med klagers anførsler av 3. august 2017. Ved ny kunngjøring av en konkurranse om det aktuelle vintervedlikeholdsarbeidet, er det foreslått å endre konkurransegrunnlaget punkt 4.4 til et mindre strengt krav om erfaring fra tilsvarende arbeider. Denne situasjonen, hvor innklagede selv retter feil ved en avlyst konkurranse, bør ifølge klager sidestilles med den situasjonen som klagenemndsforordningen § 13 beskriver.
- (20) Sekretariatet er ikke enig i dette. Klagenemndsforordningen gir anvisning på at klagegebyret skal tilbakebetales der "**nemnda** har kommet til at det foreligger brudd [*regelverket*] som kan ha påvirket resultatet av konkurransen" (uthevet her). Det er ikke rettslig grunnlag for å utvide reglene om tilbakebetaling til et tilfelle hvor innklagede – etter egne vurderinger om at det er gjort feil i konkurransen som kan ha påvirket resultatet – velger å avlyse konkurransen. Kostnader som tilbyderne har hatt i forbindelse med en avlyst konkurranse, må tilbyderne derfor søke å få tilbake gjennom et krav om erstatning for den negative kontraktsinteressen. Klagers anførsel om tilbakebetaling av klagegebyret, kan klart ikke føre frem.

(21) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Jonn Sannes Ramsvik
Nestleder i sekretariatet

Peter Aadland
Rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Advokatfirma Simonsen Vogt Wiig
AS

Postadresse

Postboks 929

Poststed

9259 TROMSØ
Norge

Kontakt/e-post

Marianne Abeler
marianne.abeler@svw.no

Kopi til:

Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Fridtjof Nansens plass 5

0160 OSLO
Norge

Robert Myhre
myhre@wla.no