



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Advokatfirmaet Haagensen & Bakkelund AS
Postboks 72
9251 TROMSØ
Norge
Stine Celius

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0055-7

Saksbehandler: Peter Aadland

Dato: 16.10.2017

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 12. april 2017 på Karasjok kommunes kjøp av brøytetjenester. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen til dette er at innklagede har unnlatt å kunngjøre konkurransen i TED-databasen selv om det i forskriften forelå en plikt til dette. Innklagede hadde dermed både rett og plikt til å avlyse konkurransen, og klager har ikke saklig interesse i å få prøvd sine øvrige anførsler om brudd på regelverket.

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

Bakgrunn:

- (1) Karasjok kommune (heretter innklagede) kunngjorde 27. oktober 2016 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av brøytetjenester. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.3.2 estimert til mellom 3 og 4 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 17. november 2016.
- (2) Oppdraget var i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget delt inn i fem roder, med adgang til å inngi deltilbud.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2.1 ble det stilt følgende *"kvalifikasjonskrav for prosjektet"*:
 - *Firmaattest*
 - *Dokumentasjon HMS / HMS-erklæring*
 - *Skatteattest / MVA-attest ikke eldre enn 6 måneder"*.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2.2 ble det stilt **"Krav til utstyret"**. Det ble stilt ulike krav for hver av de fem rodene. For rode nr. 1 ble det eksempelvis stilt krav om *"Hjullaster tjenestevikt 13 tonn"* inkludert påmontert utstyr, mens det for rode nr. 2 ble stilt krav om *"Lastebil min 18 tonn (totalvekt)"*.

- (5) Krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner ble oppstilt i konkurransegrunnlaget punkt 2.2.4:

"Det stilles følgende tekniske og faglige kvalifikasjoner til leverandøren:

- *Arbeidsvarslingskurs klasse 2 for kontraktsansvarlig*
- *Førstehjelpskurs*
- *Kurs i brannbekjempelse*
- *Arbeidsvarslingskurs klasse 1 for sjåfører"*

- (6) I punkt 2.2.3 ble det videre stilt noen krav til tilgjengelighet og lignende, herunder noen forutsetninger for bruk av underleverandører.
- (7) Kontrakt ville ifølge kunngjøringen punkt IV.2.2 tildeles tilbudene med lavest pris. Dette ble i konkurransegrunnlaget punkt 2.4 presisert slik:

"Tildeling av kontrakt vil skje på basis av tilbudssum – pris i henhold til tilbudsskjema i tilbudsforespørsel av 25.10.2016.

Hver av rodene vil bli evaluert individuelt. Tilbud som forutsetter tildeling av flere roder ved samlerabatt vil ikke bli evaluert. Laveste tilbyder som tilfredsstiller kravene satt i tilbudsforespørselen vil bli antatt til brøyting av den enkelte roden [...]".

- (8) Innen tilbudsfristen kom det inn fem tilbud, herunder fra LP Entreprenør AS (heretter klager). Klager leverte tilbud på alle fem rodene.
- (9) Én av tilbyderne ble avvist under henvisning til manglende betaling av restanser på forskuddsskatt, restskatt, forskuddstrekk og mva. Det ble vist til kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget punkt 2.2.1. Opplysninger om dette ble gjort kjent i et notat fra gjennomgangen av tilbudene datert 23. november 2016.
- (10) I det samme notatet gikk det frem at tilbudet fra en annen tilbyder var avvist. Begrunnelsen var ifølge innklagede at leverandøren kun hadde vist til *"5-årig brøyteerfaring fra Snefford og Havøysund"*. Det ble videre vist til at leverandøren ikke hadde skrevet noe i tilbudet om *"de kravene som man etterspør i tilbudsforespørselen pkt. 2.2.4, og det foreligger heller ikke vedlegg som skulle tyde på at kontraktsansvarlig har den etterspurte formelle kompetansen som det er stilt krav om"*.

- (11) Vedrørende tilbydernes dokumentasjon av utstyr fremgikk følgende:

"Det er ført opp utstyr til oppdraget fra alle tilbydere. Noe av utstyret har entreprenørene og noe må antakelig bestilles inn. Det er ikke noe anmerkninger til dette for noen av tilbyderne."

- (12) I brev datert 24. november 2016 informerte innklagede om at kontrakt for brøyting av rode 1, 2, 3 og 5 var tildelt klager. Kontrakt for brøyting av rode 4 ble tildelt Tormod Svineng.
- (13) I brev datert 14. desember 2016 gikk det frem at konkurransen var delvis avlyst:

"[...] Karasjok kommune har mottatt 2 klager på tildelingsbeslutningen.

Det meddeles med dette at oppdragsgiver på bakgrunn av en helhetsvurdering har besluttet å avlyse deler av konkurransen i henhold til anskaffelsesforskriften del III § 22-1 første ledd.

Begrunnelsen for at deler av konkurransen avlyses er at samtlige tilbud må forkastes for rode 2, 3 og 5 da ingen av leverandørene har dokumentert at krav til utstyr konkurransegrunnlaget pkt 2.2.2 er oppfylt. Det fremgår ikke av leverandørenes tilbud om kravet til 18 tonn totalvekt er oppfylt. Det vil si at ingen av tilbudene oppfyller kravet i konkurransegrunnlaget når det gjelder rode 2,3 og 5. Oppdragsgiver har derfor plikt til å avvise samtlige tilbud jf. FOA § 20-13 første ledd e).

Når det gjelder rode 1 og 4 er det også for disse rodene kommet inn klager. Etter oppdragsgivers vurdering kan klagen for disse områdene ikke tas til følge. Klagen er besvart direkte til klagerne i eget brev".

- (14) Den delvise avlysningen ble påklaget av klager i brev datert 21. desember 2016. Innklagede svarte på klagen 3. februar 2017.

- (15) Ved brev datert 1. februar 2017 ble konkurransen avlyst også hva gjaldt rode 1 og 4:

"[...] Karasjok kommune har mottatt en klage på tildelingsbeslutningen av rode 1, samt to klager på den delvise avlysningen av konkurransens rode 2, 3 og 5.

Kontrakt er ikke underskrevet med noen av tilbyderne.

Avlysning

*Det meddeles med dette at oppdragsgiver på bakgrunn av en helhetsvurdering har besluttet å avlyse også den resterende del av konkurransen; rode 1 og 4. **Dette innebærer at konkurransen i sin helhet avlyses.***

Rettslig grunnlag

Rettslig hjemmel for avlysningen er anskaffelsesforskriften del III § 22-1 første ledd.

Bakgrunn for avlysningen: forfeilet anskaffelsesprosess

Årsaken til at anskaffelsen besluttet avlyst er langt på vei den samme som for tidligere avlysning av rode 2, 3 og 5: ingen av leverandørene har tilstrekkelig dokumentert at krav til utstyr jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.2.2 er oppfylt. Det fremgår ikke av leverandørenes tilbud om kravet til 13/18 tonn totalvekt er oppfylt.

Kommunen ser i ettertid også at tilbudsforespørselen er uklar og gjør det vanskelig å sammenligne tilbudene tilstrekkelig på flere punkter. Dette skaper også muligheter for at leverandørene har oppfattet konkurransegrunnlaget forskjellig, og således har konkurrert på ulike vilkår/forutsetninger [...]"

- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. april 2017.

Sekretariatets vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen. Saken reiser spørsmål om lovligheten av innklagedes avlysning av konkurransen. Klager har i utgangspunktet saklig klageinteresse i å få

prøvd dette spørsmålet, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

- (18) Konkurransen ble kunngjort 27. oktober 2016. Konkurransen gjelder kjøp av brøytetjenester, som er en prioritert tjeneste i kategori 16 med CPV-kode 90620000-9 ("*Snørydding og brøyting*"). Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 2.3.2 estimert til mellom 3 og 4 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avlysning av konkurransen

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud og avlyse konkurransen. Det er også anført at avlysningen ikke er tilstrekkelig begrunnet, og at det ikke er gitt melding om avvisning "*snarest mulig*", jf. forskriften §§ 11-13 (1) / 20-15 (1).
- (20) Det følger av forskriften § 22-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en "*saklig grunn*". Om innholdet av saklighetskriteriet, se eksempelvis Gulating lagmannsretts avgjørelse i sak LG-2016-133934 (Norsk Gjenvinning Renovasjon AS) med videre henvisninger.
- (21) Som begrunnelse for å avlyse konkurransen har innklagede først og fremst vist til at alle tilbyderne manglet tilstrekkelig dokumentasjon på oppfyllelse av tonnasjekravet i konkurransegrunnlaget. Det er også vist til at konkurransegrunnlaget er uklart.
- (22) Sekretariatet finner ikke grunn til å ta stilling til om denne begrunnelsen oppfyller kravet om "*saklig grunn*" i forskriften § 22-1 (1). Dette fordi anskaffelsen under enhver omstendighet bare er kunngjort i Doffin, når den etter sin art og verdi skulle ha vært kunngjort også i TED-databasen.
- (23) Anskaffelsen reguleres som nevnt av forskriften del I og del III, jf. premiss 18 ovenfor. Det følger da av forskriften § 18-1 at anskaffelsen skulle ha vært kunngjort i TED-databasen. En anskaffelse hvor oppdragsgiver "*bare har kunngjort i Doffin når det etter denne forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen*", er en ulovlig direkte anskaffelse, jf. forskriften § 4-1 bokstav q. Innklagede kunne dermed ikke lovlig ha inngått kontrakt med noen av de valgte tilbyderne, og hadde ikke bare rett – men plikt til å avlyse konkurransen. I slike tilfeller er det fast praksis i klagenemnda at klager mangler saklig interesse i å få prøvd lovmessigheten av andre sider ved oppdragsgivers gjennomføring av konkurransen, jf. eksempelvis sak 2014/91 med videre henvisninger.
- (24) Saken avvises på denne bakgrunn fra behandling i klagenemnda.

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

Advokatfirmaet Haagen &
Bakkelund AS

Postadresse

Postboks 72

Poststed

9251 TROMSØ
Norge

Kontakt/e-post

Stine Celius
stc@haagenbakkelund.no

Kopi til:

Advokatfirmaet
PricewaterhouseCoopers AS

Postboks 6128

9291 TROMSØ
Norge

Agnetha Åsheim
agnetha.asheim@pwc.com