



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Byggservice AS
Sandvollveien 13
5452 SANDVOLL
Norge
Sigthor Ari Sigthorsson

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0144-9

Saksbehandler: Kristoffer Clausen

Dato: 10.09.2018

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 25. september 2017 på offentlig anskaffelse av mottak av stein og utfylling i sjø i forbindelse med bygging av ny kai i Rosendal. 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) Kvinnherad kommune (heretter innklagede) kunngjorde 30. august 2017 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av mottak av stein og utfylling i sjø i forbindelse med bygging av ny kai i Rosendal. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 1,5 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble angitt til 11. september 2017.
- (2) I konkurransegrunnlaget stod det at kontrakt skulle tildeles den tilbyderen som hadde inngitt tilbud med den laveste prisen. Det fremgikk der at kontrakten skulle gjelde fra 25. september 2017 til 27. november 2017.
- (3) Det var i konkurransegrunnlaget stilt et kvalifikasjonskrav om leverandørens gjennomføringsevne. Kravet var at «*Leverandøren må kunne stille ved mottak av masser, med tilstrekkelig ressursar, maskiner og mannskap*». Til dette kravet var det presisert følgende: «*Byggherre har ein kritisk tidsfrist for mottak og utfylling av tiltransporterte masser. Forventa mottak av masser til utfylling, er inntil 1000 m3 per dag. Det er difor påkrevd at entreprenøren og mannskap dokumenterar nok ressursar i tilbod sitt, slik at handtering av tilkøyrd masser er gjennomførbart og dokumentert*». Av prisskjemaet fremgikk det at massene skulle leveres i Rosendal av en annen entreprenør.
- (4) Av svar på spørsmål datert 5. september 2017 fremgikk det at sprengstein skulle bli levert fra Lundssvingane, et nærliggende prosjekt.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (5) Som tilleggssopplysning til konkurransegrunnlaget ble det 7. september 2017 sendt ut informasjon om at *«Tilgang på stein frå Lundssvingane kan variere. Entreprenøren må pårekne opphold i leveransen innanfor den oppgitte tidsperioden i konkurransegrunnlaget»*.
- (6) Totalt fire leverandører leverte tilbud innen fristen, deriblant Byggservice AS (heretter klager) og Vassbakk & Stol AS.
- (7) Klagers tilbud hadde den laveste prisen, men inneholdt formuleringen *«Byggetid: 2 veker»*. Klager og Vassbakk & Stol AS ble invitert til dialog gjennom forhandlinger med innklagede. Klager ble da gitt anledning til å revidere tilbudet sitt for å oppfylle kontraktstiden på to måneder. I dialogmøtet ble klager underrettet om at siltgardin måtte benyttes for å gjennomføre oppdraget, og at det måtte tas stilling til om dette ville påvirke tilbudets pris. En siltgardin er en avskjerming med fiberduk som brukes for å hindre avdrift av masser og finstoff ved utfylling og arbeid i sjø. Tilbudet fra Vassbakk & Stol AS omfattet allerede bruk av siltgardin.
- (8) På forhandlingsmøtet fikk klager for øvrig noe tilleggsinformasjon, spesielt at steinmassene ville bli levert av Vassbakk & Stol AS. Vassbakk & Stol AS hadde tidligere blitt tildelt kontrakt om etablering av ny vei og utbedring av Fv. 48, som går igjennom Lundssvingane. Kontrakten innebar blant annet at Vassbakk & Stol AS skulle opplaste og transportere steinmasser til foreliggende oppdrag. På møtet ble det også fremhevet at det var et krav om at leverandøren måtte kunne ta imot leveransen av massen når som helst innenfor den oppgitte tidsperioden og mengdebegrensningen på 1000 m³ per dag.
- (9) Reviderte tilbud ble inngitt etter forhandlingsmøtene. Vassbakk & Stol AS inngav da tilbudet med den laveste prisen.
- (10) I tildelingsbrevet av 13. september 2017 fremgikk det at kontrakt ble tildelt Vassbakk & Stol AS.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. september 2017.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med Vassbakk & Stol AS 26. september 2017.

Sekretariatets vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndforskriften § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder for anskaffelse av mottak av stein og utfylling i sjø i forbindelse med bygging av ny kai i Rosendal, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 1,5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (14) Klager har fremholdt at Vassbakk & Stol AS deltok i konkurransens planleggingsfase, og var med på å beslutte at oppdraget måtte utføres ved å bruke siltgardin.
- (15) Det følger av forskriften § 8-2 (1) at oppdragsgiver skal treffe egnende tiltak dersom en leverandør som deltar i konkurransen har vært involvert i planleggingen av konkurransen. Dette for å unngå at denne leverandøren oppnår en *«urimelig konkurransefordel»*.

- (16) Etter det opplyste har imidlertid ikke Vassbakk & Stol AS vært med i prosjektets planleggingsfase. Vassbakk & Stol AS har heller ikke deltatt i beslutningen om at siltgardin måtte brukes ved gjennomføringen av oppdraget. Vassbakk & Stol AS har følgelig ikke hatt noen rådgiverrolle i løpet av anskaffelsesprosessen. Det nevnes her at klager ikke synes å ha heftet seg ved lovligheten av innføringen av kravet om å bruke siltgardin som sådan. Det er uansett vanskelig å se for seg at en slik endring kan betraktes som vesentlig, jf. forskriften § 8-4 (4). Klagers anførsel kan derfor klart ikke føre frem.
- (17) Klager har også fremholdt at Vassbakk & Stol AS hadde en urimelig konkurransefordel fordi selskapet gjennom et annet oppdrag hadde informasjon om logistikken for leveransen av massene som klager ikke hadde.
- (18) Klager har også her vist til forskriften § 8-2. Ettersom Vassbakk & Stol AS ikke har vært involvert i planleggingen av konkurransen, regulerer ikke bestemmelsen spørsmålet.
- (19) Det rettslige utgangspunktet må derfor tas i loven § 4, hvor det fremgår at oppdragsgiver skal sikre at tilbyderne behandles likt i anskaffelsesprosessen.
- (20) Prinsippet om likebehandling innebærer blant annet at oppdragsgiver plikter å sikre at samtlige tilbydere får den samme informasjonen om anskaffelsen, og dermed settes i stand til å inngi tilbud på de samme premissene.
- (21) Klagenemnda har i sin praksis uttalt at oppdragsgiver kan ha en aktivitetsplikt for å utjevne en konkurransefordel som en tilbyder har i egenskap av å være en eksisterende leverandør for oppdragsgiver, jf. eksempelvis sak 2010/160 premiss (80) og (81). Nemnda uttaler at oppdragsgiver ikke plikter å utjevne enhver forskjell. Hvorvidt oppdragsgiver har plikt til å utjevne et konkurransefortrinn, beror på en avveining av de berørte interesser. En plikt til å utjevne en forskjell gjelder bare dersom utjevningen i teknisk henseende er enkel å foreta, er økonomisk rimelig, samt at den ikke innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter.
- (22) Innklagede har i konkurransegrunnlaget og i dialogmøtet opplyst om tilgjengelig og nødvendig informasjon om logistikk for gjennomføring av oppdraget. I møtet fikk klager informasjon om hvor mye stein som maksimalt må kunne tas imot per dag. Tidspunktene for steinleveranse er uforutsigbare, men innklagede mener å ha gitt samtlige tilbydere så presis informasjon om dette så langt dette har latt seg gjøre.
- (23) Slik sekretariatet ser det, var heller ikke Vassbakk & Stol AS' fordel primært at selskapet hadde mer informasjon enn konkurrentene om oppdraget som skulle utføres. Fordelen bestod av at Vassbakk & Stol AS ikke på samme måte trengte å ta hensyn til den usikkerheten som andre tilbyderne måtte ta høyde for når det gjaldt tidspunktene for levering av masser, og hvor mye masser som ble levert til de ulike tidspunktene. I egenskap av å være entreprenør for prosjektet i Lundssvingane hadde Vassbakk & Stol AS mulighet for å koordinere de to leveransene.
- (24) Likebehandlingsprinsippet er ikke i seg selv til hinder for slike naturlige konkurransefortrinn, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-513/99 premiss 81 flg. Som nevnt over vil imidlertid oppdragsgivere kunne ha en aktivitetsplikt for å utjevne en konkurransefordel. Etter omstendighetene kan man se for seg at oppdragsgivere i en tilsvarende situasjon som den foreliggende kunne avhjulpet konkurransefordelen. Klagers anførsler gir imidlertid ingen foranledning til å ta stilling til dette, jf. ovenfor om hvilke momenter som er relevante i denne forbindelse.

- (25) Klager hevder videre at innklagede har gitt informasjon som var av mer urimelig og usikker karakter enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Klager påpeker at det opprinnelig kun var opplyst om at leverandøren måtte påregne opphold i leveransen av masser til utfylling. Under forhandlingene hevder klager at det ble opplyst om at leverandøren når som helst må kunne ta imot masser når leverandøren av massene krever dette, innenfor den oppgitte tidsperioden og den maksimale mengdebegrensningen.
- (26) Når konkurransegrunnlaget leses i sammenheng er det imidlertid ikke grunnlag for å hevde at disse opplysningene utgjør annet enn presiseringer av det som allerede fremgikk av konkurransegrunnlaget. Det er uansett ikke tale om vesentlige endringer i henhold til forskriften § 8-4 (4).
- (27) Etter sekretariatets vurdering kan klagen på denne bakgrunn klart ikke føre frem. Den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 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

Kristoffer Clausen
førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker
Byggservice AS

Postadresse
Sandvollveien 13

Poststed
5452 SANDVOLL
Norge

Kontakt/e-post
Sigthor Ari Sigthorsson
sigthor@byggserviceas.no

Kopi til:

Kvinnherad kommune

Rosendalsvegen 10

5470 ROSENDAL
Norge

Kaia Olsen Tjøflåt
kaia.olsen.tjoflat@kvinn
herad.kommune.no