



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Per-Erling Ellingsen
Moan 45
9357 TENNEVOLL
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0088-11

Saksbehandler: Peter Aadland

Dato: 27.02.2018

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 19. juni 2017 på Lavangen 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) Lavangen kommune (heretter innklagede) kunngjorde 24. oktober 2016 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av vintervedlikehold (brøyting og snørydding mv.). Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til mellom 3 og 4 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 7. desember 2016.
- (2) Oppdraget besto ifølge konkurransegrunnlaget punkt 1.2 av til sammen 26 roder.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.6 gikk det frem at innklagede tok sikte på å inngå en kontrakt med virkning «fra 1. januar 2017 (sesong 1) med en varighet frem til 10. mai 2018 med opsjon på forlengelse med inntil 2 år».
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3.5 ble det stilt følgende krav til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner:

«Krav

Gjennomføringsevne. Det kreves god gjennomføringsevne. I dette ligger at leverandøren skal ha tilstrekkelig tilgjengelig personell for gjennomføring av kontrakten. Kommunen krever at leverandør har minst 2 tilgjengelige sjåfører som kan brøyte samtidig ved behov. Kommunen krever i tillegg at leverandør har reservepersonell tilgjengelig.

Dokumentasjonskrav

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

En beskrivelse av [det] tekniske personell [som] leverandører disponerer over. Dette omfatter også personell som ikke er ansatt hos leverandøren.

Det kreves [at det] angis en liste med navn samt en beskrivelse av hvordan de angitte personer er tilgjengelig for leverandør. Det kreves at leverandør bekrefter at minst to av tilgjengelig personell kan brøyte samtidig ved behov. Det kreves også at reservepersonell angis».

- (5) Om bruk av underleverandører ble det i punkt 4 presisert følgende:

«Dersom en leverandør skal benytte underleverandør(er) for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene under punkt 3.4. og 3.5, må det legges frem en forpliktende erklæring om at han har den nødvendige råderett over underleverandøren(es) kapasitet. Det skal i så fall legges frem en signert forpliktelseserklæring fra underleverandør(er) – vedlegg 6, samt en kort beskrivelse av hvilke(n) kapasitet(er) underleverandør skal utføre».

- (6) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte en kravspesifikasjon. I kravspesifikasjonen punkt 1.9 ble det stilt ulike krav til utførelsen av oppdraget, eksempelvis at «[v]egen skal holdes farbar i det tidsrom den er forutsatt åpen for alminnelig ferdsel».
- (7) I kravspesifikasjonen punkt 3 ble det også stilt noen krav til maskiner/utstyr og materiell. I punkt 3.2.1 ble det eksempelvis stilt krav om at «[m]inst **ett** kjøretøy skal være utstyrt med undermontert/midtmontert skjær» og at «[a]lle kjøretøy må tilfredsstille miljøkrav minst tilsvarende Euro 4».
- (8) Kontrakten ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 7 bli tildelt tilbudet med den laveste prisen.
- (9) Om rode 26 («Gangvei fra sameskolen til Spansdalelva») ble det i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 sagt at denne «skal prises separat. Rode tas ikke inn i samlet tilbud».
- (10) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et prisskjema. I skjemaet ble tilbyderne bedt om å gi én pris for det første året (fra 1. januar 2017 til 10. mai 2017 – periode 1) og én pris pr. år for perioden 25. september 2017 og ut kontraktperioden (periode 2). Prisen for periode 2 skulle også gjelde dersom opsjonen på forlengelse ble utløst.
- (11) I tråd med konkurransegrunnlaget punkt 1.2, inneholdt prisskjemaet separate kolonner for prising av rode 26. Selve prisingen skulle skje på samme måte som for de øvrige rodene: én pris for periode 1 og én pris pr. år for periode 2.
- (12) Innenfor tilbudsfristen kom det inn fire tilbud, herunder fra Per-Erling Ellingsen (heretter klager) og Røkeneshamn Maskin AS.
- (13) Ved brev datert 9. desember 2016 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt Røkeneshamn Maskin AS (heretter valgte leverandør), som hadde tilbudt den laveste prisen. Klagers tilbud ble rangert som nr. 2.
- (14) Ved brev datert 12. desember 2016 orienterte innklagede om at man hadde rettet en feil i utregningen av tilbydernes priser:

«Det vises til meddelelse om kontraktstildeling og karenstid før inngåelse av kontrakt av 9. desember 2016.

Etter meddelelsen har vi etter påvisning fra flere av tilbyderne blitt oppmerksom på at det ved utregningen av totalpris har blitt regnet med ett år for mye.

Korrekt prisutregning av totalpris basert på prisskjemaet skal være som følger:

Kolonne 2 og kolonne 4 multipliseres på tre (1 +2 opsjonsår), jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.6, og deretter legges pris i ***kolonne 1 og kolonne 3*** til.

Ved forrige utregning hadde kolonne 2 og 4 ved en inkurie blitt multiplisert på 4 (år), i stedet for 3 (år).

[...]

Ved ny og korrekt utregning innehar fremdeles Røkeneshamn Maskin AS det laveste pristilbudet. Regnefeilen har således ikke hatt betydning på utfallet [...]».

(15) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 22. desember 2016.

(16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. juni 2017.

Sekretariatets vurdering:

(17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vintervedlikehold, som er en prioritert tjeneste med CPV-kode 90620000-9 («*Snørydding og brøyting*») i tjenestekategori 16. Konkurransen ble kunngjort 24. oktober 2016. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt IV.3.4 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 etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Evalueringen av tilbydernes priser – opsjon på forlengelse mv.

(18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene.

(19) Klager anfører for det første at det er i strid med regelverket å inkludere opsjon på kontraktsforlengelse i utregningen av tilbydernes priser.

(20) Som det fremgår av sakens bakgrunn ovenfor, har innklagede bedt om én pris for periode 1; fra 1. januar 2017 til 10. mai 2017 – og én pris pr. år for periode 2; fra 25. september 2017 og ut kontraktsperioden (inkludert opsjon på forlengelse).

(21) Ved evalueringen er tilbydernes priser for periode 2 ganget med tre for antall år (inkludert de to opsjonsårene) og lagt sammen med prisen for periode 1.

(22) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har en viss frihet ved fastsettelsen av metoden for evaluering av tilbudene, jf. senest EU-domstolens avgjørelse i C-6/15 (Dimarso). Denne friheten er ikke ubetinget, men er underlagt til dels vesentlige rettslige begrensninger. Klagers anførsler gir imidlertid ikke grunnlag for å konstatere at oppdragsgiver har gått utenfor de rettslige rammene for evaluering av priskriteriet i denne saken.

(23) For det første var selve prisskjemaet utformet slik at det var påregnelig for leverandørene at opsjonsårene ville bli inkludert. Videre har innklagede opplyst at man med nokså stor sannsynlighet ville benytte opsjonsårene, ettersom vintervedlikehold er et konstant og

varig behov. For det tilfellet at opsjonene blir utløst, vil det å inkludere opsjonsårene gi det mest representative uttrykket for hvilket vederlag innklagede vil betale.

- (24) Klagers anførsel om at det var i strid med regelverket å inkludere opsjon på kontraktsforlengelse i utregningen av tilbydernes priser, kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.
- (25) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket ved å inkludere rode 26 i utregningen av tilbydernes priser.
- (26) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at rode 26 skulle prises separat, og at denne prisen ikke skulle «tas [...] inn i samlet tilbud». I prisskjemaet var rode 26 da også skilt ut i egne kolonner.
- (27) Det er imidlertid ingenting som indikerer at prisen for rode 26 ikke skulle inngå i evalueringen. I avtalen med valgte leverandør inngår da også rode 26 i oppdraget. Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å inkludere rode 26 i prisevalueringen, kan klart ikke føre frem.
- (28) Klager anfører også at innklagede har brutt regelverket ved å anvende ulike metoder for evaluering av pris i én og samme konkurranse.
- (29) Hvordan innklagede har gått frem for å regne ut totalpris/tilbudspris, er beskrevet i innklagedes brev datert 12. desember 2016, som er gjengitt i premiss 13 ovenfor. Innklagede opplyste der at prisene for periode 2 ved en feil opprinnelig ble ganget med fire (år) i stedet for tre. Selv om feilen ikke hadde betydning for resultatet, ble dette rettet i det nevnte brevet, som altså kom fire dager etter utsendelsen av tildelingsbrevet. Selv om det på dette tidspunktet gjelder svært strenge rettslige begrensninger i oppdragsgivers handlefrihet, er det ut fra omstendighetene rimelig å legge til grunn innklagedes forklaring om at dette var en regnefeil. En retting av denne feilen hadde derfor innklagede adgang til å foreta, jf. forskriften § 22-3 (5). Rettingen av feilen innebærer uansett ikke at innklagede, i én og samme konkurranse, har brukt ulike metoder for evaluering. Klagers anførsel om dette kan klart ikke føre frem.

Vesentlig endring – overholdelse av krav til utstyr mv.

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å sørge for at valgte leverandør overholder de kravene til utstyr mv. som ble stilt i konkurransegrunnlaget.
- (31) Slik klagenemnda forstår klager, går anførselen ut på at innklagede har gjort vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør.
- (32) Det følger av ulovfestet anskaffelsesrett at oppdragsgiver ikke kan gjøre vesentlige endringer i den kontrakten som er inngått, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2017/69 premiss 25 med videre henvisninger. For anskaffelser over EØS-terskelverdi som er iverksatt etter 1. januar 2017, er dette nå direkte regulert i ny forskrift om offentlige anskaffelser av 2016 § 28-2. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 72 i direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser. Direktivbestemmelsen er langt på vei en kodifisering av den ulovfestede anskaffelsesretten nevnt innledningsvis.
- (33) De endringene som oppdragsgiver og den valgte tilbyderen gjør i en kontrakt, må normalt anses vesentlige dersom de er av en slik karakter at de ville gjort det mulig for andre leverandører å delta i konkurransen, eller dersom det kunne ledet til et annet utfall av

konkurransen, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-454 (presstext) premiss 35. En oppdragsgivers manglende oppfølging av den valgte tilbyderens mislighold av kontrakten, vil etter omstendighetene kunne likestilles med at kontrakten er vesentlig endret, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2015/27 med videre henvisninger.

- (34) I vår sak har klager imidlertid ikke sannsynliggjort at det har funnet sted en slik type mislighold og manglende oppfølging. Klager har bare i begrenset grad konkretisert hvordan valgte leverandør har misligholdt kontrakten, og hvordan misligholdet i neste omgang er håndtert av innklagede.
- (35) Klager skriver generelt at valgte leverandør ikke har overholdt kravene verken til utstyr, spesifikke regler for når det skal brøytes, eller miljøkravene til utstyret.
- (36) Når det gjelder krav til utstyr, har klager for det første anført at valgte leverandør – fra januar til mars 2017 – brukte to pickuper med brøyteskjær.
- (37) Et brøyteskjær er montert på fremsiden av kjøretøyet, og skiller seg dermed fra innklagedes krav om at *«[m]inst ett kjøretøy skal være utstyrt med undermontert/midtmontert skjær»*.
- (38) Innklagede har forklart at bare én av pickupene til valgte leverandør hadde brøyteskjær i stedet for midtmontert skjær. Etter det opplyste opphørte for øvrig bruken av kjøretøyet med brøyteskjær etter at innklagede påpekte at kjøretøyet manglet godkjenning fra Statens vegvesen. Dette skjedde ifølge innklagede allerede i februar 2017. Det er klart ikke grunnlag for å likestille dette med en vesentlig endring av kontrakten.
- (39) Klager fremholder for det andre at valgte leverandør ikke har egen steamkjele.
- (40) Det er ikke vist til hvilket krav i kravspesifikasjonen som dette avviker fra. Innklagede bestrider uansett at valgte leverandør ikke besitter egen steamkjele. Uten noen nærmere dokumentasjon på forholdet, gir ikke klagers påstand holdepunkter for å konstatere at det foreligger noe mislighold av kontrakten på dette punkt.
- (41) Klager viser videre til at valgte leverandør har benyttet seg av en underleverandør for å steame – en underleverandør som ikke var angitt i valgte leverandørs tilbud.
- (42) Innklagede har forklart at valgte leverandør i en kort periode brukte Erling Reingjerdskog som underleverandør til steaming. Dette inntil valgte leverandør fikk på plass egen steamkjele.
- (43) Heller ikke på dette punkt gir klagers anførsel grunnlag for å konstatere at det er skjedd en vesentlig endring av kontrakten.
- (44) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som u hensiktsmessig 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
Per-Erling Ellingsen

Postadresse
Moan 45

Poststed
9357 TENNEVOLL
Norge

Kontakt/e-post
per-erling@live.no

Kopi til:

Lavangen kommune

Nessveien 7

9357 TENNEVOLL
Norge

postmottak@lavangen.kommune.no