



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysningsplikt. Habilitet. Uklart konkurransegrunnlag. De generelle kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse i forbindelse med anskaffelsen av vintervedlikeholdstjenester. Klagenemnda kom til at det forelå inhabilitet i innklagedes faggruppe, men at det var anledning til å rette feilen. Nemnda kom også til at konkurransegrunnlaget var uklart utformet, og at dette medførte avlysningsplikt.

Klagenemndas avgjørelse 23. oktober 2023 i forente saker 2023/474 og 2023/724

Klager: Ryeng Anlegg AS og Koht & Sønner AS

Innklaget: Storfjord kommune

Klagenemndas

medlemmer: Christina Paludan Melson, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Storfjord kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. mars 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester. Anskaffelsens verdi var estimert til å overstige EØS-terskelverdiene. Tilbudsfrist var satt til 8. juni 2023. Kontrakten ville ha en varighet på inntil 8 år (5 + 1 + 1 + 1).
- (2) Det ville bli tildelt kontrakt til fire brøytesoner, herunder én kontrakt per sone.
- (3) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Pris og kostnader*» (vektet 60 prosent), «*Løsningsforslag og miljø*» (vektet 20 prosent) og «*Oppdragsspesifikk kompetanse*» (vektet 20 prosent).
- (4) Evalueringen av tildelingskriteriet pris var i konkurransegrunnlaget beskrevet slik:
«Det benyttes en skala fra 0-100 hvor lavest pris gis 100 poeng. Poengene for priser og kostnader er satt ut fra en forholdsmessig prisforskjell omregnet i poeng i forhold til laveste pris, med følgende formel: (laveste pris / tilbudspris) x maksopoeng (100 poeng).»
- (5) Evalueringen av de to øvrige tildelingskriteriene var beskrevet slik:
«Evalueringen av kriteriene baseres på en helhetsvurdering hvor de momenter som er spesifisert i konkurransegrunnlaget legges til grunn. Det gis poeng på en skala fra 0 til 100, der 100 er best. Det tilbud som vurderes som best for hvert kriterium oppnår 100 poeng. De øvrige tilbud får poeng ut fra et skjønn som er basert på hvordan det enkelte tilbud fremstår i forhold til det beste tilbudet.»
- (6) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at innklagede hadde oppnevnt en faggruppe som skulle foreta den skjønnsmessige evalueringen av tilbudene. Det ble opplyst at faggruppen bestod av personer med nær tilknytning til behovet.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (7) Av kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget fremgikk det blant annet:

«Opplistede behov er ikke absolutte. Eventuelle avvik fra behovene vil bli evaluert under tildelingskriteriene.

Det må stilles tilstrekkelig brøyteutstyr til hver sone det er lagt inn pris på.

Brøyting og rydding skal settes i gang før den totale snømengden, også etter gjentatte små snøfall, overstiger 8 cm tørr snø, eller 5 cm kram snø. Det skal også brøytes ved snødrev. Det er ikke tillatt å brøyte i skolegårder/barnehager i åpningstiden.

Det skal brøytes gjennom grunder og bommer, åpninger mellom gangvei og vei og inntil offentlig søppeldunker.

Med i tilbudet er fjerning av såle/sørpe ved mildvær, og brøyting og rydding etter høvling.

(...)

Strøing skal skje straks behovet oppstår. Vanligvis når mildvær inntreffer, men uansett ved ekstra glatt kjørebane. Hele kjørebane skal strøs. Behovet oppstår når friksjonen er lavere enn 0,25.

Tilbudet skal inneholde oppkosting av strøsand i henhold til vedlagte rodekart for kosting. Oppkosting skal være inkludert i sesongprisen.

(...)

Med i tilbudet er all nødvendig isgraving slik at grøfter til enhver tid har tilfredsstillende funksjon.

Dersom det i kontraktperioden blir endringer i omfanget av sonen, herunder en eller flere roder som inngår i sonen, skal det forhandles om dette, og tillegget/fradraget skal være i samsvar med enhetsprisen i anbudet.

Avvik eller mislighold av ovenstående punkter vil bevirke reduksjon i utbetalingen. Størrelse på reduksjonen vil vurderes i forhold til graden/ hyppigheten av misligholdet. Er misligholdet alvorlig og/eller gjentar seg etter at det er tatt opp med brøyteentreprenøren, kan oppdragsgiver heve avtalen.»

- (8) Det var videre vist til behovskrav i to vedlegg, herunder Vedlegg 1 Standardkrav for vintervedlikehold av kommunale veier og plasser i Storfjord kommune og Vedlegg 2 Rodekart.

- (9) Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende om tildelingskriteriet «Priser og kostnader»:

«Tilbyder skal fylle ut prismatrisen. Andre vedlegg vil ikke bli evaluert. Oppgitte volumer er kun satt for å sammenligne tilbyderne og er ikke bindende for oppdragsgiver.

Prisene skal oppgis i NOK eks mva.

Sesongprisen skal inkludere alle former for vintervedlikehold i hht. konkurransedokumentene, herunder vedlegg.

Prisene skal inkludere lønn, sosiale utgifter, tarifferte godtgjørelser, reisetid, reiseutgifter, oppmøtekostnader og eventuelle godtgjørelser for diett og overnatting, hold av alt verktøy og redskap, utgifter til stedlig arbeidsledelse, hovedadministrasjon, fortjeneste, oppfølging og kontroll med egne utførte arbeider og alle andre kostnadselementer/drivere, slik at disse er uten påslag av noen art ved avregningen.

Timeprisen skal gjelde kjøretøy/maskin inkl. sjåfør.

Vintervedlikehold som utføres i perioden 1. november til 30. april avregnes i hht. sesongpris, dog slik at stikkesetting skal være inkludert.

Vintervedlikehold som utføres utenfor angitte datoer avregnes etter medgått tid og tilbudte timepriser.»

(10) Videre fremgikk følgende om tildelingskriteriet «Løsningsforslag og miljø»:

«a. Beskriv hvordan oppdraget tenkes utført, med tanke på å vurdere behovet for brøyting/strøing (vinterdrift.)

b. Beskriv hvordan kontraktens responstider overholdes og ditt opplegg for vakt og beredskap

c. Beskriv brøytemateriell og utstyr som skal benyttes ved gjennomføringen av oppdraget.

Det skal redegjøres for konkrete miljøløsninger for tilbudt kjøretøy/utstyr. Tilbyder skall pr. kjøretøy/utstyr redegjøre for miljø-/utslippsklasse.»

(11) Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende om tildelingskriteriet «Oppdragsspesifikk kompetanse»:

«a. Oppdragsgiver vil ha en fast kontaktperson hos leverandøren med ansvar for oppfølging av alle tjenester som inngår i avtalen. Du skal ikke legge ved CV, men oppgi følgende for fast kontaktperson:

- Navn*
- Utdanning og relevante kurs*
- Relevant arbeidserfaring/bakgrunn*
- Beskriv erfaring som fast kontaktperson for navngitte kunder*

B. Oppdragsgiver vil i tillegg ha et fast team som skal gjennomføre vintervedlikehold. Du skal ikke legge ved CV, men oppgi følgende:

- Navn*
- Personenes rolle i teamet*
- Utdanning og relevante kurs*
- Relevant arbeidserfaring*
- Teamets erfaring fra tilsvarende oppdrag (oppgi navn på kundene)»*

(12) Under hvert av tildelingskriteriene fremgikk følgende:

«Tilbyder skal besvare spørsmål i de svarboksene som oppdragsgiver har opprettet. Evalueringen bygger BARE på det som fremkommer i svarboksene og det skal ikke vises til vedlegg. Det vil bli sett bort fra eventuelle vedlegg ved evalueringen av tilbudet. Dersom det i svarboksen kun oppgis «Se vedlegg» vil dette svaret gis maksimalt poengtrekk i evalueringen. Unntak gjelder for de svarbokser der det spesifikt bes om vedlegg.»

- (13) Angående «Forbehold/avvik» fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget i et eget punkt med tilhørende svarboks:

«Det er ikke anledning til å ha vesentlige avvik til anskaffelsesdokumentene. Tilbud som eventuelt etter avklaringer, inneholder slike vesentlige avvik vil bli avvist. Avvisning kan skje på et hvert tidspunkt av konkurransen.

Avvik skal klart fremgå nedenfor med henvisning til hvor i tilbudet avviket er inntatt, og de skal være presise og tydelige.»

- (14) Koht & Sønner AS og Ryeng Anlegg AS ba om innsyn i faggruppens sammensetning før tilbudsfristen. Innklagede avsto innsynskravene.
- (15) Innklagede mottok tilbud fra fem leverandører innen tilbudsfristen, herunder Asgeir Heiskel, Baks AS, Bjørn Nilsen Maskin AS, Koht & Sønner AS og Ryeng Anlegg AS.
- (16) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at innklagede mottok to tilbud på sone 1, tre tilbud på sone 2, tre tilbud på sone 3 og 2 tilbud på sone 4. Videre fremgår det at Baks AS ble tildelt kontrakt på sone 1 og 2, Nilsen Maskin AS på sone 3 og Asgeir Heiskel på sone 4.
- (17) Innklagede orienterte om faggruppens sammensetning i etterkant av tildelingen.
- (18) Ryeng Anlegg AS og Koht & Sønner AS klaget på tildelingen henholdsvis 21. juni og 22. juni 2023. Ingen av klagen ble tatt til følge av innklagede.
- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser henholdsvis 23. juni 2023 og 5. september 2023. Innklagede har bekreftet at kontrakt er inngått.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. oktober 2023.

Anførsler:

Ryeng Anlegg AS har i det vesentlige anført:

- (21) Det foreligger flere brudd på regelverket, som hver for seg medfører avlysningsplikt.
- (22) Tildelingen er ugyldig, som følge av at det foreligger inhabilitet i faggruppen som har tilrettelagt konkurransegrunnlaget og evaluert tilbudene.
- (23) Konkurransegrunnlaget er ikke tilstrekkelig klart utformet. Det er uklart hvilke krav i behovsbeskrivelsen som er absolutte, og hvordan eventuelle avvik sanksjoneres. Det er også uklart når det foreligger godkjente føreforhold, som følge av at det mangler kvalitetskrav som definerer dette. Omfanget av innklagedes instruksjonsrett overfor entreprenøren er i tillegg uklart.

- (24) Tildelingskriteriet «*Løsningsforslag og miljø*» er ulovlig utformet, som følge av at underkriteriet i bokstav b ikke legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved den tilbudte ytelsen.
- (25) Prinsippet om likebehandling er brutt, som følge av at Ryeng Anlegg AS har mottatt supplerende informasjon om at kravene i behovsbeskrivelsen ikke var absolutte, men at avvik likevel ville vurderes. Dette er ikke delt med alle leverandørene.
- (26) Kontrakten er ulovlig, som følge av at den har en varighet på opptil åtte år, og dette ikke er tilstrekkelig begrunnet av innklagede.

Koht & Sønner AS har i det vesentlige anført:

- (27) Innklagede har brutt regelverket, som følge av at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig klart utformet. Det er ikke definert startdybde på brøyting. Oppdragsgiver har i tillegg en uklar og udefinert instruksjonsrett. Det er også uklart hvordan avvik behandles og sanksjoneres.
- (28) Innklagede har brutt prinsippet om likebehandling, som følge av innklagede har korrespondert med, og gitt veiledning til, andre tilbydere utover det som fremgår av konkurransegrunnlaget.
- (29) Innklagede har brutt prinsippet om etterprøvbarehet, som følge av at tilbudene Koht & Sønner AS har fått innsyn i er sladdet på en måte som ikke gjør det mulig å vurdere dem opp mot hverandre.
- (30) Innklagede har brutt regelverket, som følge av at saksbehandlerne som har tilrettelagt konkurransegrunnlaget og tildelt kontrakt er inhabile.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Prinsipalt skal begge klagenes avvise fra behandling i klagenemnda, som følge av at de er uklare og ubegrunnede, og dermed klart ikke kan føre frem.
- (32) Det aktuelle medlemmet i faggruppen er ikke inhabil, som følge av at det ikke foreligger et særegent forhold mellom han og daglig leder i valgte leverandør «*som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*». En eventuell inhabilitet kan heller ikke anses å ha påvirket resultatet av konkurransen, som følge av at alle medlemmene i faggruppen var enige om evalueringen.
- (33) Subsidiært foreligger det ikke brudd på regelverket. Konkurransegrunnlaget er klart utformet, og både tildelingskriteriene og kontraktene er lovlige. Det foreligger heller ikke brudd på prinsippet om likebehandling.
- (34) Atter subsidiært medfører ikke eventuelle brudd på regelverket avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til å overstige EØS-terskelverdi. I tillegg til lov om

offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avlysningsplikt

- (36) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen. Ifølge Ryeng Anlegg AS foreligger det en rekke brudd som hver for seg medfører avlysningsplikt. Koht & Sønner AS har vist til tilsvarende brudd på regelverket, men har ikke anført avlysningsplikt.
- (37) For at en oppdragsgiver skal være forpliktet til å avlyse en konkurranse, må det (1) være begått en feil, (2) feilen må ikke kunne rettes på annen måte enn ved avlysning og (3) det må være en nærliggende faktisk mulighet for at feilen har påvirket deltagerinteressen eller utfallet av konkurransen for klager, se blant annet LH-2023-18494 og HR-2019-1801-A, avsnitt 85.

Habilitet

- (38) Både Ryeng Anlegg AS og Koht & Sønner AS anfører at tildelingen er ugyldig, som følge av at det foreligger inhabilitet i innklagedes faggruppe. Det er vist til at et av faggruppemedlemmene har en nær vennskapelig og profesjonell relasjon til daglig leder hos en av de valgte leverandørene.
- (39) Ved gjennomføringen av anskaffelser som omfattes av forskriften, gjelder forvaltningslovens regler om habilitet i §§ 6 til 10, jf. forskriften § 7-5 (1).
- (40) Den aktuelle tjenestemannen er ansatt hos innklagede og medlem av innklagedes faggruppe. Faggruppen har ansvar for å forberede konkurransegrunnlaget, og for å evaluere tilbudene fra leverandørene, herunder foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det er dermed klart at faggruppemedlemmet har vært med på å tilrettelegge grunnlaget for valget av leverandør, jf. forvaltningsloven § 6 (1).
- (41) Det er ingen holdepunkter for at det aktuelle medlemmets tilknytning til den daglige lederen omfattes av situasjonene oppregnet i forvaltningsloven § 6 (1). Spørsmålet er dermed om det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten*» til faggruppemedlemmets «*upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 (2). Klagenemnda har kompetanse til å prøve spørsmålet fullt ut, og er ikke bundet av innklagedes syn på hvorvidt det foreligger inhabilitet.
- (42) Klagenemnda forstår ordlyden «*særegne*» forhold slik at situasjoner som mange befinner seg i, ikke medfører inhabilitet. Forholdet må skille seg fra det som er normalt for personer i vedkommende posisjon, men forholdet behøver ikke å være helt unikt.
- (43) Det avgjørende er om de særlige forholdene i saken, etter en objektiv målestokk, gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på tjenestemannens upartiskhet, se klagenemndas avgjørelse i sak 2018/76, avsnitt 48, med videre henvisning til HR-2016-2311-P, avsnitt 15. I tilfeller hvor inhabilitetsgrunnene griper inn i hverandre, kan det være grunn til å foreta en samlet vurdering, jf. HR-2016-660-U, avsnitt 21.
- (44) Begge klagere anfører at medlemmet har en vennskapelig relasjon til daglig leder hos en de valgte leverandørene, og har i den forbindelse vist til flere konkrete sosiale sammenkomster det siste året. Etter det opplyste omfatter den sosiale omgangen

deltakelse i daglig leders femtiårsfeiring, tur på bar, hjemmebesøk og snekkerhjelp ved tre anledninger. I tillegg har de to dratt på selfangsttur sammen med en tredjemann, etter at anskaffelsen var gjennomført. Innklagede har bekreftet forholdene, men er av den oppfatning at de ikke gir uttrykk for et vennskap, som følge av at det er tale om tilfeldige møter i en liten bygd. Etter klagenemndas oppfatning tilsier en objektiv vurdering av den sosiale omgangens art og hyppighet, at det foreligger et vennskap mellom de to. Vennskap vil i enkelte tilfeller kunne medføre inhabilitet, jf. HR-2019-2191-A, avsnitt 14. Nemnda bemerker for øvrig at det ikke er av avgjørende betydning at verken innklagede eller medlemmet selv vil karakterisere relasjonen som et vennskap.

- (45) Klagerne har også vist til den profesjonelle relasjonen medlemmet har til den daglige lederen. Etter det opplyste har de to samarbeidet på enkelte prosjekter, som følge av at faggrupped medlemmet har vært prosjektleder i Storfjord kommune, og den daglige lederen både har vært byggherreombud og innleid byggeleder. De to skal også samarbeide fremover i forbindelse med oppfølging av saker om garanti og reklamasjon. Med utgangspunkt i det opplyste, er det noe uklart hvor tett det profesjonelle samarbeidet har vært.
- (46) Klagenemnda er av den oppfatning at vennskapet og den profesjonelle relasjonen, samlet sett, er å anse som «*særegne forhold*» for en person som har ansvar for å forberede et konkurransegrunnlag, og evaluerer tilbud fra leverandørene. Nemnda viser til at det skal noe mindre til før det foreligger særegne forhold ved konkurranser om offentlige oppdrag, se for eksempel Høyesteretts avgjørelser i Rt. 1998 s. 1398 på side 1410, og Rt. 2007 s. 983, avsnitt 82.
- (47) Klagenemnda er videre av den oppfatning at de særegne forholdene er «*egnet til å svekke tilliten til [faggrupped medlemmets] upartiskhet*». Nemnda viser til at forholdene er av en slik karakter at omverden kan ha svekket tillit til at faggrupped medlemmet ikke har en interesse i at konkurransen får et bestemt utfall. Nemnda bemerker at det ikke er av betydning hvorvidt vedkommende faktisk har latt seg påvirke. Det avgjørende er hvordan forholdet «ser ut» utenfra. Nemnda finner i tillegg grunn til å bemerke at innklagede har foretatt en habilitetsvurdering i samråd med det aktuelle faggrupped medlemmet. Etter nemndas syn kan imidlertid ikke dette ilegges særlig vekt, som følge av at selve habilitetsvurderingen ikke fremgår av sakens dokumenter.
- (48) I vurderingen har klagenemnda også lagt vekt på at innklagede avslo klageres krav om innsyn i faggruppens sammensetning. Etter det opplyste var innsynskravene begrunnet i et ønske om å fremme habilitetsinnsigelser, dersom det aktuelle medlemmet var en del av gruppen, som følge av manglende tillit til vedkommendes upartiskhet. Nemnda skal ikke vurdere hvorvidt innklagedes avslag på innsynskravet var rettmessig, men finner likevel grunn til å bemerke at det ikke er tillitsvekkende at klagerne har vært avskåret fra å fremme habilitetsinnsigelser tidligere i prosessen. Nemnda bemerker i den forbindelse at det skal legges vekt på om innsigelser er reist av parter i saken, jf. forvaltningsloven § 6 (2). Nemnda kan for øvrig vanskelig se at innsynskravene kunne avslås av hensyn til å skjerme gruppens medlemmer fra utilbørlig påvirkning, slik innklagede har fremholdt.
- (49) På denne bakgrunn er klagenemnda av den oppfatning at det foreligger «*særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til [faggrupped medlemmets] upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 (2).

- (50) Det er klagenemndas syn at faggrupped medlemmets inhabilitet kan ha påvirket konkurransen, men at feilen kunne rettes på annen måte enn ved avlysning. Nemnda viser til at innklagede hadde anledning til å omgjøre tildelingsbeslutningen, og gjennomføre evalueringen på nytt med en ny faggruppe, jf. forskriften § 25-1 (4).
- (51) Ryeng Anlegg AS har også påpekt at det inhabile faggrupped medlemmet har vært med å forberede konkurransegrunnlaget, og at medlemmet dermed hadde anledning til å utforme konkurransegrunnlag på en måte som var fordelaktig for valgte leverandør. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at klager har dokumentert at dette er tilfellet i denne saken. Anførselen fører dermed ikke frem.
- (52) Koht & Sønner AS har for øvrig også anført at det kan stilles spørsmål ved habiliteten til de to øvrige medlemmene i faggruppen. Det er vist til at samme daglige leder har vært byggherreombud for kommunen i mange år, og at de dermed nødvendigvis må ha møttes i gangene på kommunehuset. Klagenemnda kan ikke se at sporadiske møter på en felles arbeidsplass er uvanlig, og det er dermed klart at det ikke er tale om «*særegne forhold*».

Uklart konkurransegrunnlag

- (53) Både Ryeng Anlegg AS og Koht & Sønner AS anfører at konkurransegrunnlaget er uklart utformet, og har i den forbindelse vist til flere forhold.
- (54) Det følger av kravet til forutberegnelighet at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart til at en rimelig opplyst leverandør vil forstå kravenes innhold, jf. EU domstolens avgjørelse i sak C-19/00 SIAC Construction.
- (55) Ryeng Anlegg AS og Koht & Sønner AS anfører at det er uklart når det foreligger avvik og hvordan avvik sanksjoneres. Ryeng Anlegg AS anfører også at det er uklart om kravene i behovsbeskrivelsene er absolutte.
- (56) Innledningsvis finner klagenemnda grunn til å knytte noen generelle bemerkninger til bruken av kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kravspesifikasjoner. Kvalifikasjonskrav er absolutte krav som gjelder leverandøren, og manglende oppfyllelse skal føre til avvisning. Kravspesifikasjoner skal angi kravene som stilles til egenskapene ved ytelsen som skal anskaffes. Tildelingskriterier er konkurranseparametere som skal benyttes til å velge ut det beste tilbudet.
- (57) Utgangspunktet er at vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, herunder avvik fra absolutte krav, skal føre til avvisning, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b. Avvik som ikke er vesentlige, og som heller ikke er ubetydelige, gir oppdragsgiver en rett til å avvise, jf. § 24-8 (2) bokstav a.
- (58) Oppdragsgivere har imidlertid anledning til å benytte tildelingskriterier som åpner for å evaluere tilbud med utgangspunkt i om, og i så fall i hvilken grad, de oppfyller kravene i kravspesifikasjon. Utgangspunktet er da at manglende eller svak oppfyllelse av et tildelingskriterium ikke skal føre til avvisning, men til lav uttelling på tildelingskriteriet, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/75. I et slikt tilfelle håndteres altså avvik fra kravspesifikasjonen gjennom trekk i scoren, og ikke ved avvisning eller prissetting. Det er likevel ikke noe til hinder for at oppdragsgiver kan forplikte seg, eller forbeholde seg retten, til å avvise tilbud som ikke oppfyller visse krav, eksempelvis dersom tilbudet ikke

oppnår en viss samlet score eller scorer null poeng på visse krav, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2020/707, avsnitt 47, og EU-domstolens avgjørelse C-546/16 Montte.

- (59) Dersom det oppstilles absolutte krav, må det da klart fremgå hva som kan gi merverdi og dermed evalueres, jf. klagenemndas avgjørelse i forente saker 2019/711 og 2019/712, avsnitt 33-34. I tillegg må det være klart under hvilke tildelingskriterier de ulike kravene i kravspesifikasjonen – og eventuelle avvik fra disse – skal evalueres.
- (60) Av kravspesifikasjonen i denne saken fremgår det at *«[o]pplystede behov er ikke absolutte»*. Deretter følger en liste over ulike krav, herunder blant annet maksimal tillatt snøhøyde og friksjonsnivå, i tillegg til hvilke steder det skal brøytes og hva slags arbeid som inngår i tilbudet. Av kravspesifikasjonen fremgår det videre at *«[e]ventuelle avvik fra behovene vil bli evaluert under tildelingskriteriene»*.
- (61) Som følge av at det er presisert at kravene ikke er absolutte, er det klagenemndas syn at en normalt påpasselig tilbyder må kunne legge til grunn at det er adgang til å levere tilbud som avviker fra kravspesifikasjonen, og at manglende oppfyllelse av krav vil kunne føre til lav score.
- (62) Samtidig er det presisert i et eget punkt i konkurransegrunnlaget at *«[d]et ikke er anledning til å ha vesentlig avvik til anskaffelsesdokumentene»*, og at *«tilbud som eventuelt etter avklaringer, inneholder slike vesentlige avvik, vil bli avvist»*. Selv om det adgang til å avvike fra kravene, risikerer altså leverandøren å bli avvist dersom avviket er vesentlig. Når det ikke er oppstilt absolutte krav, må det derfor avgjøres ut ifra en alminnelig vesentlighetsvurdering om et konkret avvik er vesentlig.
- (63) Det er imidlertid ikke spesifisert hvilke tildelingskriterier de enkelte kravene i kravspesifikasjonen skal vurderes under. Nemnda viser til at eventuelle avvik heller ikke er nevnt som et element under noen av de tre tildelingskriteriene, samtidig som det under hvert kriterium er presisert at evalueringen utelukkende skal bygge på svarene som fremkommer i svarboksene under det aktuelle kriteriet.
- (64) Etter klagenemndas syn er det dermed uklart hvordan avvik fra kravspesifikasjonen vil håndteres av innklagede videre i konkurransen, dersom tilbudet ikke blir avvist. Det fremgår eksempelvis ikke klart om et avvik skal føre til trekk i score på et av de kvalitative kriteriene, eller om det skal føre til pristillegg under priskriteriet. I den forbindelse fremholder nemnda at man skal være varsom med å forvente at en normalt påpasselig leverandør vil analysere hvilke punkter i kravspesifikasjonen som vil inngå i de enkelte tildelingskriteriene.
- (65) Nemnda viser videre til at det av kravspesifikasjonen fremgår at *«[a]vvik eller mislighold av ovenstående punkter vil bevirke reduksjon i utbetalingen»*, og at *«[s]tørrelsen på reduksjonen vil vurderes i forhold til graden/ hyppigheten av misligholdet»*. Slik nemnda ser det, er henvisningen til avvik og misligholdsbeføyelser egnet til styrke uklarhetene som påpekes ovenfor.
- (66) På denne bakgrunn er klagenemnda av den oppfatning at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig klart utformet, som følge av at det er uklart hvordan avvik som ikke fører til avvising, vil håndteres av innklagede.

- (67) Det er klagenemndas syn at feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen, og at feilen kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Nemnda viser til at uklarheten er av en slik karakter at den er egnet til å påvirke leverandørenes utforming av tilbud. Innklagede hadde dermed plikt til å avlyse konkurransen.

Ulovlig lang kontrakt

- (68) Ryeng Anlegg AS anfører at kontraktens lengde på åtte år er i strid med det grunnleggende prinsippet om konkurranse, og at de inngåtte kontraktene dermed er ulovlig.
- (69) I tilfeller hvor det ikke er tale om en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, oppstiller regelverket i utgangspunktet ingen begrensninger for hvilken varighet en avtale kan ha. Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at dette spørsmålet som hovedregel er underlagt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, se klagenemndas avgjørelse i sak 2017/117, avsnitt 71 med videre henvisninger. I saken la nemnda likevel til grunn at prinsippet om konkurransen i loven § 4 kan utgjøre en skranke for kontrakter av meget lang varighet uten at oppdragets art eller innhold tilsier dette, og hvor konkurransemomentet svekkes av den grunn. I vurderingen er det relevant å legge vekt på de samme momentene som kan begrunne unntak fra tidsbegrensninger for rammeavtaler, jf. forskriften § 26-1 (4).
- (70) Hensynet til konkurranse kan i noen tilfeller tilsi lange avtaleperioder. Dette vil særlig være tilfellet der det er tale om investeringskrevende varer og tjenester, jf. NOU 2014:4 s. 135. Lengre avtaleperioder vil kunne bidra til en større grad av forutsigbarhet, som kan være nødvendig for at nye aktører skal kunne forsvare store investeringer. En lengre avtaleperiode vil også kunne være fordelaktig for oppdragsgivere, som følge av at det er ressurskrevende å gjennomføre offentlige anskaffelser. Inngås svært langvarige kontrakter, skjerpes imidlertid kravene til begrunnelse og dokumentasjon fra oppdragsgivers vurderinger.
- (71) Kontraktene i denne saken har en varighet på fem år, med opsjon på tre forlengelser ett år om gangen. Til sammen gir dette en total lengde på åtte år. Kontraktene gjelder anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester. Innklagede har begrunnet den lange varigheten med at det er forholdsvis få aktuelle leverandører i området, og at mange av disse er små. Ifølge innklagede vil avtaler med en lengre varighet være en fordel for disse leverandørene, med tanke på investering i utstyr som skal benyttes. Kontraktenes varighet er også begrunnet med miljøhensyn, i tillegg til et ønske om større budsjettmessig forutsigbarhet.
- (72) I denne saken har klagenemnda, under noe tvil, kommet til at det ikke er grunn til å overprøve oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn ved fastsettelse av kontraktens lengde. Nemnda viser til at innklagede har begrunnet kontraktenes varighet med blant annet hensynet til lokal konkurranse, herunder leverandørenes behov for å investere i nødvendig utstyr. Nemnda kan ikke se at denne begrunnelsen er sterkt urimelig eller vilkårlig, eller for øvrig i strid med det grunnleggende prinsippet om konkurranse.
- (73) Innklagede har dermed ikke brutt prinsippet om konkurranse i loven § 4, ved å inngå kontrakter med en varighet på opptil åtte år.

- (74) På bakgrunn av klagenemndas resultat, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (75) Bruddene på regelverket som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyrene, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Storfjord kommune har brutt regelverket, som følge av at en inhabil tjenestemann har deltatt i tilbudsevalueringen.

Storfjord kommune har brutt regelverket, som følge av at de utformet et uklart konkurransegrunnlag. Bruddet medfører avlysningsplikt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne S. Torkelsen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur