



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saka gjeld: Feil i/uklart konkurransegrunnlag, Avvisingsplikt, Avlysingsplikt

Innkлага gjennomførte ein konkurranse for anskaffing av vintervedlikehald av kommunale vegar i Lyngen kommune. Klagar sitt tilbod vart nummer to i konkurransen om ein av åtte utlyste roder. Klagar gjorde gjeldande at valde leverandør skulle vore avvist frå konkurransen på grunn av manglande oppfylling av kvalifikasjonskrav. Innklaga var samd i klagars påstand om avvising, men viste i tillegg til at konkurransen skulle vore avlyst som følge av fleire feil ved konkurransen. Klagenemnda kom til at konkurransen skulle vore avlyst.

Klagenemnda si avgjerd 7. februar 2025 i sak 2024/1339

Klagar: Lundvoll Maskinstasjon AS

Innkлага: Lyngen kommune

Medlemma i

klagenemnda: Tarjei Bekkedal, Christina Paludan Melson og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Lyngen kommune (heretter *innklaga*) kunngjorde 7. mai 2024 ein anbodskonkurranse for anskaffing av vintervedlikehald av kommunale vegar. I kunngjeringa punkt I var anskaffingsverdien estimert til 22 000 000 kroner. Tilbudsfristen var 6. juni 2024.
- (2) Avtalen gjaldt driftsansvar for brøyting, strøing og tilhøyrande tenester for kommunale vegar og plassar i Lyngen kommune. Anskaffinga var delt inn i åtte roder, og det var høve til å gi deltilbod. Kontrakten skulle ha ei varigheit på 5 år med opsjon på forlenging med eit pluss eit år.
- (3) Kvalifikasjonskrava gjekk fram av konkurransegrunnlaget punkt 4.1. Det var stilt følgjande kvalifikasjonskrav til kapasitet:

Krav:	Dokumentasjon som skal leveres:
Tilfredsstillende kapasitet	En redegjørelse for de redskaper, maskiner, verktøy, materiell eller teknisk utstyr som leverandøren disponerer til gjennomføring av kontrakten. Reservekapasitet, jfr. Pkt. 4 og pkt. 6.2, i bilag 2 Kravspesifikasjon.

- (4) Videre var det stilt følgende kvalifikasjonskrav til levering av avfall:

Krav:	Dokumentasjon som skal leveres:
-------	---------------------------------

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Leverandøren skal ha avtale om å levere inn avfall og dette skal dokumenteres med avtale med miljøstasjon/avfallsselskap.	Avtale med miljøstasjon/avfallsselskap. En norsk tjenesteyter (merverdiavgifts registrert i Norge) skal senest ved kontraktsinngåelsen fremlegge dokumentasjon (medlemsbevis fra Grønt Punkt Norge AS eller tilsvarende ordning) for at han er medlem i en miljømessig forsvarlig returordning for sluttbehandling av emballasje eller oppfyller forpliktelsen gjennom tilsvarende egen returordning. Dersom tjenesteyter er av den oppfatning at han ikke kommer til å benytte emballasje, skal han senest ved kontraktsinngåelsen sende en skriftlig erklæring til Lyngen kommune om dette.
---	---

- (5) Det var stilt følgende kvalifikasjonskrav til økonomisk og finansiell stilling:

Krav:	Dokumentasjon som skal leveres:
God økonomisk og finansiell stilling	- Utdrag fra leverandørens siste tre årsregnskap (som viser leverandørens finansielle og økonomiske stilling), inneholdende nøkkeltall - Oversikt over leverandørens totale omsetning og dens omsetning de siste tre regnskapsårene for de ytelser avtalen omhandler. - Ny oppstartede selskap skal vedlegge åpningsbalansen. - Oppdragsgiver vil i vurderingen av om tilbyder har tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsen, bl.a. vektlegge om Tilbyder har lønnsom drift, positiv kontantstrøm siste år, og positiv egenkapital.

- (6) I konkurransegrunnlagets punkt 8 var det oppgitt kva dokumentasjon tilbudet skulle innehalde. For nyoppstarta selskap vart det kravd «*økonomisk kapasitet til å gjennomføre avtalen, basert på oppdragsgivers skjønn ihht. Vedlagt dokumentasjon fra leverandør. Leverandør skal være kredittverdig*».

- (7) Det gjekk fram av konkurransegrunnlaget punkt 5 at tilboda skulle evaluerast basert på følgjande tildelingskriterium:

Nr.:	Tildelingskriterier	Vekting
1	Pris skal inkludere veier, plasser og turistparkering innanfor den enkelte rode	80 %
2	Kvalitet- klima og miljøkrav	20 %

- (8) Under tabellen om tildelingskriterium var det oppgitt at «*Vi har valgt med bakgrunn i FOA §7-9 (4) å stille klima og miljøkrav i kravspesifikasjonen og ikke som tildelingskriterier*».
- (9) Det var ikkje oppstilt dokumentasjonskrav i konkurransegrunnlaget for tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima og miljøkrav*».
- (10) I kunngjeringa på Doffin var det gitt følgande skildring under miljøkriteriet:

«Leverandøren skal oppgi type og alder for kjøretøy og maskiner som vil bli brukt for å løse oppdraget, bilag 2 vedlegg 12 Skjema klima og miljø skal fylles ut. Leverandøren plikter å overholde gjeldende krav til euro klasser. Avtale mottak avfall av alle typer avfall skal dokumenteres, og plan for behandling av forskjellige typer avfall, spillolje, emballasje, batterier, vrak, farlig avfall etc. skal utarbeides og vedlegges.»

- (11) I kravspesifikasjonen punkt 5.1 var det stilt følgjande krav:

«Leverandøren skal oppgi type og alder for kjøretøy og maskiner som vil bli brukt for å løse oppdraget, bilag 2 vedlegg 12 Skjema klima og miljø skal fylles ut. Leverandøren plikter å overholde gjeldende krav til euro klasser.

Avtale mottak avfall av alle typer avfall skal dokumenteres, og plan for behandling av forskjellige typer avfall, spillolje, emballasje, batterier, vrak, farlig avfall etc. skal utarbeides og vedlegges.»

- (12) I skjemaet vart det påpeika at «*Andel bruk og poeng ut i fra kjøretøyenes utslippsklasse vil bli lagt til grunn for endelig poengsum i tildelingskriteriet kvalitet*». Prisskjemaet viste at Euro-klasse 4 ville gi to poeng, Euro-klasse 5 fire poeng, Euro-klasse 6 seks poeng, biogasskjøretøy åtte poeng og nullutsleppskjøretøy ti poeng.
- (13) Innklaga fekk åtte tilbod innan tilbodsfristen gjekk ut. For rode 2 kom det inn to tilbod, eit frå klagar og eit frå Lyngen Brøyteservice AS. Tildeling skjedde 2. juli 2024, og rode 2 vart tildelt Lyngen Brøyteservice AS (heretter *valde leverandør*).
- (14) Klagar krevja 3. juli 2024 innsyn i korleis poengvurderinga for rode 2 var gjort. Innklaga svarde same dag at «*Resultatet av poeng sum pris beregnes det 80 % av. Resultatet av poeng sum klima og miljø beregnes det 20 % av. Skjema klima og miljø gir maks 10 poeng, avtale avfall gir 5 poeng, og avfallsplan gir 5 poeng sammenlagt gir da klima og*

miljø maks 20 poeng. Pris divideres laveste pris på høyeste pris som multipliseres med 20 som er maks poeng på pris.»

- (15) Klagar klaga 11. juli 2024 over tildelinga av rode 2. Det var særleg mangel på innsyn i det vinnande tilbodet og manglande oppfylling av kvalifikasjonskrav hos valde leverandør som var grunnlag for klagen.
- (16) Innklaga svara på klagen 12. juli 2024, og gjorde greie for sine vurderingar av valde leverandør. Vedrørande innsynskravet viste innklaga til at klagar hadde rett til innsyn i totalprisen på det vinnande tilbodet, og at dei hadde fått innsyn i resultatrapporten. Karenstida vart utvida til 23. juli 2024.
- (17) Klagar oppfordra 17. juli 2024 på nytt innklaga til å gå gjennom kvalifikasjonskrava i konkurransegrunnlaget og revurdere tildelinga til valde leverandør. Innklaga oppretthaldt tildelinga i brev 23. juli 2024.
- (18) Kontrakt for rode 2 vart inngått med valde leverandør 20. august 2024.
- (19) Klagenemnda for offentlige anskaffelser mottok klage i saka 30. august 2024.
- (20) Nemndsmøte vart halde 3. februar 2025.

Påstandsgrunnlag:

Klagar har i det vesentlege gjort gjeldande:

- (21) Innklaga har brote anskaffingsforskrifta § 24-2 første ledd ved å ikkje avvise valde leverandør frå konkurransen på grunnlag av manglande oppfylling av kvalifikasjonskravet om «*god økonomisk og finansiell stilling*». Kommunen har lagt vekt på usaklege og vilkårlege argument og lagt til grunn feil faktum i vurderinga av kravet. Det same gjeld for kvalifikasjonskravet til «*Tilfredsstillende kapasitet*».
- (22) Innklaga har brote forskrifta § 25-1, ved at det er manglande grunngjeving for val av leverandør. Dette gjeld for alle roder.
- (23) Innkalga har brote forskrifta § 17-1 då innklaga ikkje ba leverandørane om å levere utfylt ESPD-skjema saman med tilbodet.
- (24) Det gjerast gjeldande brot på forskrifta § 7-3 og lovas § 4, ved at det ikkje er gitt innsyn i sentrale dokument.
- (25) Klagar ynskjer at klagenemnda skal uttale seg om vilkåra for klagar til å krevje erstatning for positiv kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklaga har i det vesentlege gjort gjeldande:

- (26) Innklaga erkjenner at valde leverandør skulle ha vore avvist frå konkurransen, og gjer prinsipalt gjeldande at konkurransen skulle ha vore avlyst som følgje av feil ved konkurransen.
- (27) Tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima og miljøkrav*» er ulovleg fordi det ikkje er vekta med 30 prosent, jf. forskrifta § 7-9 (2). Det er ikkje gitt noko grunngjeving som viser at det var grunnlag for å gjere unntak frå hovudregelen.

- (28) Det føreligg ei samanblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium, jf. EU-domstolens avgjersle i sak C-532/06 (Lianakis). Tildelingskriteria er av den grunn ulovlege. Dette gjeld for kvalifikasjonskravet om at leverandøren skal ha «*avtale om å levere inn avfall og dette skal dokumenteres med avtale med miljøstasjon/avfallsselskap*» og tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima og miljøkrav*».
- (29) Konkurransesgrunnlaget inneheld motstridande opplysningar om innhaldet i tildelingskriteria. I konkurransegrunnlaget punkt 5 står det i skjemaet at «*Kvalitet- klima og miljøkrav*» skal vektast med 20 prosent, medan det under tabellen står at «*Vi har valgt med bakgrunn i FOA § 7-9 (4) å stille klima og miljøkrav i kravspesifikasjonen og ikke som tildelingskriterier*».
- (30) Tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima og miljøkrav*» har ikkje dokumentasjonskrav og det er derfor uklart kva som vil bli vektlagt under kriteriet.
- (31) Det er også gjort andre feil utover dette som medfører avlysingsplikt. Subsidiært gjer innklaga gjeldande at også klagar skulle ha vore avvist frå konkurransen, då klagar ikkje la ved plan for behandling av avfall. Klagar leverte heller ikkje inn tabell for prisar for mannskap og maskiner innan tilbudsfristen, og skulle også av denne grunn ha vore avvist.
- (32) Det er ikkje grunnlag for erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Klagenemnda si vurdering:

- (33) Klagaren har delteke i konkurransen og har sakleg klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlege anskaffingar § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjeld vintervedlikehald av kommunale vegar i Lyngen kommune, som er ei tenesteanskaffing. Verdien til anskaffinga er estimert til 22 millionar kroner. I tillegg til lov om offentlege anskaffingar 17. juni 2016 nr. 73 følgjer anskaffinga forskrift om offentlege anskaffingar 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskrifta §§ 5-1 og 5-3.
- (34) Klagenemnda tek først stilling til om konkurransen skulle ha vore avlyst på grunn av at tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima og miljøkrav*» i konkurransegrunnlaget er uklart.
- (35) Oppdragsgivar si avlysingsplikt byggjer på ulovfesta rett, og er etablert i praksis. Føresetnaden for avlysingsplikt er at det er gjort ein feil ved gjennomføringa av konkurransen som ikkje kan rettast på annan måte enn ved å avlyse, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) premiss 95. Eit uklart konkurransegrunnlag kan gi oppdragsgivar plikt til å avlyse under føresetnad av at uklarheita kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen, jf. lagmannsrettens dom LB-2019-85112.
- (36) Det følgjer av kravet til at anskaffingsprosessen skal vere føreseieleg at konkurransegrunnlaget må vere utforma tilstrekkeleg klart og eintydig til at ein rimeleg opplyst leverandør vil forstå krava og tolke dei på same måte, jf. mellom anna EU-domstolens avgjersle i sak C-19/00 SIAC avsnitt 42. Dette inneber eit krav om at konkurransegrunnlaget må innehalde «*tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud*», jf. klagenemndas sak 2022/1810 med vidare tilvising til sak C-19/00 (SIAC).
- (37) Etter forskrifta § 18-1 (9) skal oppdragsgivar stille dokumentasjonskrav for kvart tildelingskriterium. Innklaga har ikkje stilt opp dokumentasjonskrav i direkte tilknytning til tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima og miljøkrav*» i konkurransegrunnlaget. I

kravspesifikasjonens punkt 5.1 «Klima og miljø» er det likevel spesifisert at leverandør skal fylle ut «bilag 2 vedlegg 12 Skjema klima og miljø». I skjemaet var det utheva at «[a]ndel bruk og poeng ut i fra kjøretøyenes utslippsklasse vil bli lagt til grunn for endelig poengsum i tildelingskriteriet kvalitet».

- (38) Det går fram av kunngjeringa under miljøkriteriet at innklaga i tillegg til utfylling av skjemaet for utsleppsklasser, har kravd dokumentasjon for mottak av avfall, samt at plan for behandling av forskjellige typar avfall, emballasje, batteri m.m. skal utarbeidast og dokumenterast. Ein leverandør som leste kunngjeringa på TED eller i Doffin hadde derfor moglegheit til å skaffe seg informasjon om kva som var relevant ved vurderinga av tildelingskriteriet «Kvalitet- klima og miljøkrav». Nemnda viser i den samanheng til at kunngjeringa og konkurransegrunnlaget til saman utgjer anskaffingsdokumenta, jf. anskaffingsforskrifta § 4-2 bokstav b, og at konkurransegrunnlaget ikkje trenger å innehalde opplysingar som er tilstrekkeleg skildra i kunngjeringa, jf. § 14-1.
- (39) Klagenemnda peikar på at det er ein uheldig framgangsmåte å ta inn ulikt innhald i konkurransegrunnlaget og kunngjeringa, då dette kan vere eigna til å skape uklarheit. I denne saka er det likevel ikkje motstrid mellom opplysningane i konkurransegrunnlaget og kunngjeringa. Samtidig er det eksplisitt presisert i konkurransegrunnlaget at kunngjeringa er ein del av det komplette konkurransegrunnlaget. Nemnda meiner derfor ikkje at dette i seg sjølv er en uklarheit som fører til avlysingsplikt.
- (40) Det følgjer av forskrifta § 18-1 (4) at tildelingskriteria må ha tilknytning til leveransen. Dette inneber at tildelingskriteria må ha tilknytning til det som skal leverast etter kontrakten, og vere eigna til å skilje ut det økonomisk og kvalitetsmessige mest fordelaktige tilbodet. Det er eit prinsipielt skilje mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium, jf. EU-domstolens avgjersle i sak C-532/06 (Lianakis). Avgjerda frå EU-domstolen stenger likevel ikkje for at vurderingar under kvalifikasjonsvurderinga i somme tilfelle også kan vere eigna til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbodet. Føresetnaden er at kriteriet ikkje er nytta som kvalifikasjonskrav i same konkurranse, jf. klagenemndas sak 2024/1373, med vidare tilvising til EU-domstolens praksis. Konkurransegrunnlaget må dermed gjere det klart at vurderinga under tildelingskriteria ikkje er den same vurderinga som er gjort etter kvalifikasjonskrava.
- (41) Spørsmålet er derfor om tildelingskriteriet «Kvalitet- klima og miljøkrav» har same vurderingstema som kvalifikasjonskravet knytt til at leverandøren skal ha «avtale om å levere inn avfall og dette skal dokumenteres med avtale med miljøstasjon/avfallsselskap».
- (42) Kvalifikasjonskravet krev dokumentasjon på avtale med miljøstasjon eller avfallsselskap, samt dokumentasjon for medlemsskap i ein miljømessig forsvarleg returordning for sluttbehandling av emballasje eller tilsvarende eigen returordning. I konkurransegrunnlaget er det oppgitt at «Avtale mottak avfall av alle typer avfall skal dokumenteres, og plan for behandling av forskjellige typer avfall, spillolje, emballasje, batterier, vrak, farlig avfall etc. skal utarbeides og vedlegges.» Dette er det same som blir sagt under kravspesifikasjonens punkt 5.1 om klima og miljø.
- (43) Både kvalifikasjonskravet og tildelingskriteriet krev dokumentasjon på avtale for mottak av avfall. Det tyder på eit visst samanfall mellom dei to vurderingane når det gjeld avtalen for mottak av avfall. Under tildelingskriteriet er det i tillegg kravd ein plan for avfallshandtering for ulike avfallstypar i tillegg til avtalen med miljøstasjon. Dette inneber eit ekstra element utover det som skulle vurderast etter kvalifikasjonskravet.

- (44) Det er for klagenemnda uklart kva som ville gi meirverdi ved å dokumentere avtale for mottak av avfall. Det er presisert at dette skulle leggst ved, og det er ikkje haldepunkt for kva som ville telle positivt ved evaluering av avtalen. Halde saman med at det var delvis det same som skulle dokumenterast for kvalifikasjonskravet, kjem det ikkje klart fram kva som var skilnaden mellom vurderinga av kvalifikasjonskravet og tildelingskriteriet, og korleis leverandørane skulle oppnå meirverdi under tildelingskriteriet når det gjeld avtale for mottak av avfall.
- (45) Det går vidare fram av grunngjevinga frå innklaga av 3. juli 2024 at «*avtale avfall gir 5 poeng*», slik at det kan synes som at den einaste vurdering innklaga har gjort er om leverandøren har ein avtale eller ikkje. Ettersom dette allereie er oppstilt som kvalifikasjonskrav er dette ikkje eit tildelingskriterium som er eigna til å skilje dei ulike tilboda frå kvarandre.
- (46) Det er i tillegg gjort gjeldande at konkurransegrunnlaget inneheld motstridande opplysingar om innhaldet i tildelingskriteria, samt at tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima og miljøkrav*» er vekta feil, jf. forskrifta § 7-9 (2).
- (47) I konkurransegrunnlaget under punkt 5, står det i skjemaet for tildelingskriteria at «*Kvalitet- klima og miljøkrav*» skal vektast med 20 prosent, medan det under tabellen står at «*Vi har valgt med bakgrunn i FOA § 7-9 (4) å stille klima og miljøkrav i kravspesifikasjonen og ikke som tildelingskriterier*». Dette er ei formulering som er eigna til å skape ein viss uklarheit.
- (48) Etter forskrifta § 7-9 (2) «*skal*» oppdragsgivar vekte klima- og miljøomsyn med «*minimum tretti prosent*». Det følgjer vidare av § 7-9 (4) at tildelingskriterium kan erstattast med klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen «*dersom det er klart at dette gir en bedre klima- og miljøeffekt og dette begrunnes i anskaffelsesdokumentene*». Det er ikkje gitt ei grunngjeving for kvifor ein har vald å stille miljøkrav i kravsspesifikasjonen, samt at tildelingskriteriet som er stilt opp i skjema skal vektast med 20 prosent. Oppstillinga av miljøkrav for konkurransen er derfor uansett ikkje i samsvar med fråsegna i § 7-9.
- (49) Bortsett frå tillegget om at maskinar og utstyr ikkje skal gå på unødig tomgang, stiller kravspesifikasjonen heilt like miljøkrav som dei som er oppstilt i kvalifikasjonskrava og tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima, og miljøkrav*».
- (50) Samla sett bidreg dei nemnde forholda rundt tildelingskriteriet til at det er uklart kva som er det faktiske innhaldet i vurderinga under tildelingskriteriet «*Kvalitet- klima og miljøkrav*». Klagenemnda har såleis kome til at konkurransegrunnlaget er ulovleg uklart.
- (51) Det er ikkje mogleg å rette feilen utan avlysing. Feilen kan derfor ha verka inn på resultatet eller deltakinga i konkurransen. Innklaga hadde etter dette plikt til å avlyse konkurransen.
- (52) Som følge av resultatet klagenemnda har kome til, finn ikkje nemnda grunnlag for å behandle partane sine resterande fråsegn.
- (53) Brotet på regelverket som nemnda har konstatert, kan ha påverka utfallet av konkurransen, og gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret jf. klagenemndsforordninga § 13.

Konklusjon:

Lyngen kommune har brote regelverket ved gjennomføringa av anskaffinga.

For Klagenemnda for offentlege anskaffingar,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur