



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avklaring eller retting av tilbud. Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Ettersending/supplering. Evaluerings- eller prismodell. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Tildelingsevaluering. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av 15 avtaler om brøytetjenester og vintervedlikehold av vei i kommunen, omtalt som rammeavtaler. Klager gjorde gjeldende en rekke innsigelser mot innklagedes utforming og gjennomføring av konkurransen, deriblant at rammeavtalens løpetid var ulovlig lang, at et av kvalifikasjonskravene var uklart utformet, at valgte leverandørs tilbud inneholdt et vesentlig avvik og derfor skulle ha vært avvist, at evalueringsmodellen var ulovlig, samt at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å undersøke den lave prisen på valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å begrunne hvorfor det som er omtalt som rammeavtaler i konkurransegrunnlaget skulle løpe lenger enn fire år. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 24. juni 2021 i sak 2020/933

Klager: Nils Frode Larsen

Innklaget: Lindesnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Lindesnes kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 2. oktober 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av avtaler om brøyting, rydding, strøing og stikkesetting for utvalgte roder. Avtalene skulle ha en varighet på tre sesonger, med mulighet for forlengelse i inntil to sesonger – totalt ca. fire og et halvt år, og var i konkurransegrunnlaget omtalt som rammeavtaler. Anskaffelsens verdi ble estimert til 33 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 2. november 2020.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det skulle inngås avtaler med inntil én leverandør per rode. Anskaffelsen var delt inn i totalt 15 delkontrakter, der leverandørene kunne levere tilbud på én eller flere roder/delkontrakter.
- (3) Kvalifikasjonskravene var angitt i konkurransegrunnlaget kapittel 8. Her ble det blant annet stilt følgende krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Tilbyder skal disponere over tilstrekkelig kapasitet og kompetanse til å utføre oppdrag på delkontrakter tilbyder leverer tilbud på»

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (4) Oppfyllelse av kravet skulle dokumenteres slik:
- *«Beskrivelse av foretakets bemanning og organisering med hensyn til å levere i henhold til rammeavtalens krav.*
 - *«En beskrivelse av leverandørens tilgjengelige tekniske ressurser (maskiner og utstyr) tilgjengelig for gjennomføring av kontraktsarbeider.»*
- (5) Tildelingskriteriene var «Pris» (80 %) og «Responstid og miljø» (20 %).
- (6) Leverandørene ble bedt om å oppgi enhetspriser for beredskapstillegg, timepris og stikkesetting i et prisskjema. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget kapittel 10 («*Evaluering og avslutning av konkurransen*») at det skulle benyttes en lineær metode for evaluering av pris. Den laveste prisen skulle tildeles ti poeng, mens tilbudspriser som var dobbel så høy som laveste pris, eller høyere, ville få null poeng. Innklagede opplyste om at prisene ville vektet etter forventet uttak.
- (7) Evaluering av kriteriet «*Responstid og miljø*» skulle skje etter en relativ metode, hvor tilbudet innklagede vurderte som det beste ville oppnå en score på ti poeng. Evalueringen av kriteriet skulle baseres på leverandørens besvarelse av krav knyttet til utslippsnivå og responstid.
- (8) Vedlagt del II av konkurransegrunnlaget var en «*Standard rammeavtale for tjenestekjøp - vintervedlikehold*». Om innklagedes rett til prisavslag fremgikk følgende av punkt 3.11:
- «Ved manglende oppfylling av kravene i Bilag 1 for snøbrøyting/rydding/strøing (funksjonsmangler), og/eller ved manglende/forsinket oppmøte per tilfelle, skal det kunne trekkes i oppgjør til Leverandør etter satsene oppgitt under. Responstid fremkommer av bilag 1 jf. bilag 2».*
- (9) Ved første gangs overtredelse betinget innklagede seg et prisavslag på 2000 kroner. Ved fjerde gangs overtredelse ville prisavslag for tredje gangs overtredelse kreves (8000 kroner), eventuelt ville mangelen anses som mislighold av kontrakten.
- (10) Bilag 1 til avtalen inneholdt en kravspesifikasjon hvor det var angitt en rekke krav til leveransen med ulik prioritet: Enten absolutte krav eller ønskede krav. Absolutte krav var merket med enten (A) eller (A*). Krav merket med (A*) innebar følgende:
- «Kravet er viktig, og MÅ tilfredsstilles. Kravet er å anse som et minimumskrav, hvor «mer er bedre». Stjerne tilsier at kravet er gjenstand for relativ vurdering. Dersom leverandør ikke oppfyller absolutte krav, eller tar vesentlige forbehold til absolutte krav, kan dette medføre avvisning av tilbudet jf. FOA § 9-6 og § 24-8».*
- (11) Krav nr. 5.3 («*Miljø*») var merket med (A*):
- «Alle maskiner som benyttes for utførelsen av kontraktsarbeider skal som minimum tilfredsstille avgasskrav trinn II, jf. forskrift om tekniske krav og godkjenning av kjøretøy, deler og utstyr (kjøretøyforskriften) § 25-24.*
- Leverandør skal oppgi laveste garanterte trinn-nivå for maskiner som vil kunne benyttes på avtalen. Høyere trinn-nivå (IIIA, IIIB, trinn IV eller trinn V) vil gi positivt utslag i evalueringen.*

Manglende overholdelse av oppgitt laveste garantert trinn-nivå ved utførelse av kontraktsarbeider vil sanksjoneres iht. rammeavtalens pkt. 3.11».

- (12) Nils-Frode Larsen (heretter *klager*) og Tånevik Anlegg AS leverte begge tilbud på delkontraktene 3 til 11 – totalt ni delkontrakter. Det er ikke opplyst om antallet leverandører som deltok i konkurransen.
- (13) Den 4. november 2020 ba innklagede Tånevik Anlegg AS om å dokumentere tilgjengelige tekniske ressurser for gjennomføring av kontraktarbeidet, med svarfrist til 6. november 2020. Tånevik Anlegg AS leverte en oversikt over maskinparken innen fristen.
- (14) Ved brev av 10. november 2020 meddelte innklagede at de hadde til hensikt å inngå avtaler med en rekke ulike leverandører for de ulike rodene. Delkontraktene 5, 6, 8, 9, 10 og 11 ble tildelt Tånevik Anlegg AS (heretter *valgte leverandør*).
- (15) Av tildelingsbrevet fremgikk følgende om prisevalueringen:

«Evalueringen av pris er gjort etter lineær metode hvor beste pris (laveste pris) gis 10 poeng. Øvrige tilbud er poengsatt etter en lineær modell hvor beste pris multiplisert med to eller mer gir 0 poeng. Evalueringssummen består av estimerte volumtall multiplisert med tilbudt beredskapstillegg, timepris og opsjonspris fra tilbudsskjema/bilag 4. Opsjonspris er i tillegg multiplisert med sannsynlighet for uttak, som er satt til 50 %».

- (16) Innklagede benyttet følgende volumtall ved utregningen av leverandørenes evalueringspriser:
- Beredskapstillegg: 1
 - Timepris: 100
 - Opsjon på stikkesetting: 1100

- (17) Av tildelingsbrevene fremlagt for klagenemnda går det frem at valgte leverandør fikk full score på priskriteriet for delkontraktene 5, 10 og 11. Forskjellene i evalueringsprisene til leverandørene for de nevnte delkontraktene var som følger:

Delkontrakt	Valgte leverandør	Klager	JDD Maskin AS
5 (rode E)	Kr 158 250	Kr 236 025	Kr 289 750
10 (rode J)	Kr 184 250	Kr 254 025	Kr 333 750
11 (rode K)	Kr 211 250	Kr 329 125	Kr 388 750

- (18) Forskjellene i pris ga følgende utslag i vektet poengsum på priskriteriet:

Delkontrakt	Valgte leverandør	Klager	JDD Maskin AS
5 (rode E)	8,00	4,07	1,35
10 (rode J)	8,00	4,97	1,51
11 (rode K)	8,00	3,54	1,28

- (19) For de tre delkontraktene var JDD Maskin AS vurdert å score best på kriteriet «*Responstid og miljø*», hvor evalueringen baserte seg på meroppfyllelse av krav 4.1 og 5.3 om henholdsvis responstid og miljø. Kravene var vektet likt i evalueringen. Det fremgikk også at valgte leverandør ikke ble premiært ved vurdering av miljø-kravet i 5.3.
- (20) Innklagede inngikk kontrakt med utvalgte leverandører for samtlige av de 15 delkontraktene 25. november 2020.
- (21) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. november 2020.
- (22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. juni 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Det anføres primært at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen, på to ulike grunnlag. For det første er konkurransen gjennomført med et mangelfullt og uklart konkurransegrunnlag. Nærmere bestemt anføres det at kvalifikasjonskravene knyttet til leverandørens kapasitet og kompetanse er uklare. Denne uklarheten kan ha medført at potensielle leverandører har avstått fra å levere tilbud, og innklagede hadde derfor en avlysningsplikt.
- (24) Innklagede har heller ikke vist til at det foreligger særlige forhold som grunnlag for en varighet av rammeavtalen som overskrider fire år. Konkurransen har derfor vært konkurransevridende, og innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (25) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Dokumentasjonen som valgte leverandør har vedlagt tilbudet er en ren oversikt over leverandørens ansatte, og gir heller ingen opplysninger om organisering og bemanning av personell tilknyttet utførelsen av kontrakten. Valgte leverandør oppfyller derfor ikke kvalifikasjonskravene om kompetanse og kapasitet.
- (26) Innklagedes etterfølgende avklaringer med valgte leverandør er i strid med forskriften. Ettersendelsen av dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet har ført til en mulighet for valgte leverandør til å utvide og forbedre sitt tilbud, og er på den bakgrunn ulovlig.
- (27) Valgte leverandør har ikke vist at tilbudet oppfyller minimumskravet om avgasskrav trinn II. Dette utgjør et vesentlig avvik, og innklagede har derfor brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet.
- (28) Videre anføres det at innklagede har brutt regelverket ved ikke å undersøke den unormalt lave prisen på valgte leverandørs tilbud.
- (29) Evalueringsmetoden er uegnet for å identifisere det beste tilbudet, og derfor ulovlig. Innklagedes evaluering av pris har gjort øvrige tildelingskriterier ubetydelige. Evalueringsmodellen strider mot loven § 4.
- (30) Endelig har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved manglende håndheving av helt sentrale krav i anskaffelsesdokumentene. Dette utgjør i praksis en vesentlig endring av rammeavtalen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Kvalifikasjonskravene er tilstrekkelig klare. Kravene, lest sammen med dokumentasjonskravet og konkurransegrunnlaget for øvrig gir klare rammer for hva som må anses som «tilstrekkelig» kompetanse og kapasitet. Det forelå derfor ingen avlysningsplikt.
- (32) Det forelå særlige forhold som tilsa at det var nødvendig med en varighet på fem sesonger, eller fire og et halvt år. For potensielle leverandører ville det innebære en betydelig investeringskostnad å gå til anskaffelse av til dels spesialisert utstyr for å kunne delta i konkurransen. Det var derfor nødvendig med en noe lengre varighet på avtalen for å sikre økt konkurranse. Det var heller ikke ønskelig å skifte leverandør midt i en brøytesesong. Subsidiært anføres det at det i realiteten er inngått en gjensidig bebyrdende avtale, og ikke en rammeavtale som har til formål å fastsette kontraktsvilkår for underliggende kontrakter som skal tildeles i løpet av avtaleperioden. Det kan uansett ikke konstateres avlysningsplikt som følge av at avtalen har en varighet på omtrent fire og et halvt år.
- (33) Det er dokumentert at valgte leverandør har tilgjengelig personell med tilstrekkelig kompetanse for å gjennomføre oppdraget. Valgte leverandør har også dokumentert at nødvendige tekniske ressurser er tilgjengelig. Det er dermed klart at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene om tilstrekkelig kompetanse og kapasitet.
- (34) Ettersending av dokumentasjonen utgjør ikke en ulovlig forbedring av tilbudet. Dokumentasjonen er benyttet for å bekrefte oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til kapasitet, samt for å bekrefte opplysninger som allerede fremgikk av tilbudet, herunder at tilbudet oppfylte krav 5.3 om utslipp av avgasser.
- (35) Valgte leverandør har dokumentert oppfyllelse av kravet 5.3 om avgass-utslipp. Det foreligger dermed ikke et vesentlig avvik i tilbudet, og anførselen om at valgte leverandør skulle ha vært avvist på dette grunnlag kan ikke føre frem. I tilbudet har valgte leverandør krysset av for at minimumskravet om avgass-krav var oppfylt.
- (36) Vurderingen av om det foreligger unormalt lavt pristilbud må baseres på tjenestene som etterspørres, og ikke andre inngitte tilbud i konkurransen. Innklagedes gjennomgang av prisene til valgte leverandør ga ingen indikasjoner på at enhetsprisene var unormalt lave. På denne bakgrunn forelå det ingen plikt for innklagede å kreve en nærmere redegjørelse fra valgte leverandør før tildeling av kontrakt.
- (37) Evalueringsmodellen er lovlig. Ettersom «Pris» og «Responstid og miljø» var vektet henholdsvis 80 og 20 prosent, var det ikke mulig å vinne så lenge tilbudet med den laveste prisen oppfylte minstekravene i konkurransen. Evalueringsmodellen fremgikk av konkurransegrunnlaget, og var derfor forutberegnelig. Modellen strider heller ikke med noen av de øvrige grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (38) Det avvises at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse gjennom å foreta en vesentlig endring av kontrakten. Den aktuelle hjullasteren oppfyller minstekravet om avgass-krav. Uansett var hjullasteren i bruk i 12 timer 1. februar 2021. En eventuell manglende håndhevelse av minimumskravet er derfor begrenset i tid og omfang.

Klagenemndas vurdering:

(39) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av en avtale om levering av brøytetjenester og andre tjenester knyttet til vintervedlikehold av vei, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 33 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Uklare kvalifikasjonskrav, avvisning av valgte leverandør og avklaringer

(40) Klagenemnda tar først stilling til klagers anførsler knyttet til kvalifikasjonskravene.

(41) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at *«oppdragsgiveren skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene»*.

(42) I denne konkurransen var det stilt krav om at leverandørene skulle *«[...] disponere over tilstrekkelig kapasitet og kompetanse til å utføre oppdrag på delkontrakter tilbyder leverer tilbud på»*.

(43) Klagenemnda har ved flere anledninger understreket at tolkningen av konkurransegrunnlaget skal skje med utgangspunkt i hvordan det er naturlig for en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder å forstå kravet, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2018/23, avsnitt 27-28, med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens sak C-368/10 *Max Havelaar*.

(44) Krav til *«tilstrekkelig»* kapasitet og kompetanse er utbredt i praksis, og gir oppdragsgiver et visst rom for skjønn ved vurderingen av om kravene er oppfylte. Det nærmere innholdet av slike krav må forstås i lys av dokumentasjonskravene og konkurransegrunnlaget for øvrig.

(45) Det aktuelle kravet til kompetanse skulle dokumenteres oppfylt ved en beskrivelse av leverandørens bemanning og organisering med hensyn til å levere i henhold til avtalens krav. Kapasitet skulle dokumenteres ved en beskrivelse av hvilke tekniske ressurser leverandøren hadde tilgjengelig for utførelse av arbeidet. For begge var det vist til at leverandørene skulle ha kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget på delkontrakten(e) tilbyder leverer tilbud på. Bilag 1 ga nærmere beskrivelser av arbeidsoppgavene og utstyret som skulle benyttes på den enkelte rode/delkontrakt. Omfanget av rodene var nærmere beskrevet i bilag 1a.

(46) Slik klagenemnda ser det, var det – for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør – klart at leverandørene skulle dokumentere tilstrekkelig kompetanse og kapasitet for å utføre den eller de delkontrakten(e) leverandørene valgte å inngi tilbud på.

(47) Valgte leverandør dokumenterte oppfyllelse av kravet til kompetanse ved å gi en oversikt over sine ansatte, der det fremgikk hvilken rolle den enkelte ansatte har, om de har fagbrev og eventuelt hvilke(t), samt hvilke sertifikater de innehar og om de har *«kurs i vei»*. Innklagede vurderte det slik at denne oversikten viste at valgte leverandør hadde tilstrekkelig kompetanse til å utføre delkontraktene.

- (48) Klagenemnda kan ikke se at det foreligger rettslige mangler ved utøvelsen av innklagedes innkjøpsfaglige skjønn på dette punkt.
- (49) Klagenemnda går videre til å vurdere om valgte leverandør oppfylte kravet til kapasitet.
- (50) Ved utløpet av tilbudsfristen hadde ikke valgte leverandør levert dokumentasjon på egen kapasitet. Innklagede ba derfor valgte leverandør om å ettersende dokumentasjon innen 6. november 2020 – fire dager etter utløpet av tilbudsfristen.
- (51) Det følger av anskaffelsesforskriften § 23-5 (1) at en oppdragsgiver kan «*skriftlig be leverandørene ettersende, [...] avklare [...] mottatte opplysninger eller dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom [...] bestemte opplysninger eller dokumenter mangler*», samtidig som det presiseres i bestemmelsens andre ledd at dette ikke skal «*medføre at tilbudet forbedres*».
- (52) Dokumentasjonen som valgte leverandør sendte inn 6. november 2020 var en oversikt over maskinparken til selskapet. Det fremgikk av denne at valgte leverandør hadde fem traktorer tilgjengelig.
- (53) Avklaringer som bidrar til at en leverandør som faktisk oppfyller kvalifikasjonskravene i en konkurranse, også får adgang til å delta i konkurransen, er i tråd med anskaffelsesregelverkets formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser og prinsippet om konkurranse, jf. anskaffelsesloven §§ 1 og 4. Etter klagenemndas syn ligger den ettersendte dokumentasjonen i kjernen av anvendelsesområdet til forskriften § 23-5.
- (54) Spørsmålet blir så om denne dokumentasjonen viser at valgte leverandør oppfylte det aktuelle kravet.
- (55) Det er riktig, slik som klager påpeker, at valgte leverandør innga tilbud på ni delkontrakter, men bare hadde fem traktorer tilgjengelig.
- (56) Innklagede har imidlertid forklart at dette ut fra omfanget av rodene tilbudet gjaldt, ble vurdert som tilstrekkelig.
- (57) Klagers anførsel gir ikke grunnlag for å konstatere at det foreligger rettslige mangler ved utøvelsen av innklagedes innkjøpsfaglige skjønn på dette punktet.
- (58) Klagenemnda kan dermed ikke se at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Klagers anførsler gir heller ikke grunnlag for å konkludere med at kvalifikasjonskravet er uklart utformet, eller at ettersending av dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet brøt med avklaringsadgangen.
- (59) Overfor klagenemnda har innklagede forklart at informasjonen om maskinparken – i tillegg til å bli benyttet for å avklare oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til kapasitet – også ble benyttet for å verifisere at valgte leverandørs tilbud oppfylte krav 5.3 om avgassutslipp i kravspesifikasjonen.
- (60) Begrensningen i avklaringsadgangen er som nevnt at avklaringen ikke skal føre til en forbedring av tilbudet, jf. § 23-5 (2).
- (61) Det fulgte av krav 5.3 i kravspesifikasjonen at alle maskiner som skulle benyttes i kontraktutførelsen som minimum skulle tilfredsstillende avgasskrav trinn II, jf. forskrift om

tekniske krav og godkjenning av kjøretøy, deler og utstyr § 25-24. Leverandørene skulle krysse av for om tilbudet oppfylte kravet, og angi laveste garanterte trinn-nivå. Leverandører som kunne garantere for et trinn-nivå bedre enn trinn II, ville få uttelling for dette ved evalueringen av «*Responstid og miljø*».

- (62) Valgte leverandør bekreftet at krav 5.3 var oppfylt ved å krysse av for dette. I kommentarfeltet henviste valgte leverandør innklagede til å «*[s]e oppgitte trinnverdier i tabellen i punkt 1 i tilbudsbrief*». Av tilbudsbriefet fremgikk det at «*Euro 5*» var laveste garanterte trinn-nivå.
- (63) Slik klagenemnda leser valgte leverandørs tilbud, gir det uttrykk for at valgte leverandør har til hensikt å oppfylle avgass-kravet. Valgte leverandørs feilaktige henvisning til «*Euro 5*» kan ikke tolkes dithen at tilbudet ikke oppfyller kravet om minimum trinn II – selv om det er egnet til å skape en viss uklarhet om hvilket trinn-nivå valgte leverandør mente å garantere for oppfyllelse av. Etter nemndas syn er dette en uklarhet som først og fremst knytter seg til en eventuell meroppfyllelse av kravet. Avkrysningen, sammenholdt med henvisningen til tilbudsbriefet, gir en tydelig indikasjon på at tilbudet i alle fall oppfylte kravet om trinn II.
- (64) Når avklaringen ble benyttet for å verifisere informasjon som allerede fremgikk av tilbudet, kan ikke klagenemnda se at avklaringen innebærer at tilbudet ble forbedret. Til dette kommer at valgte leverandør ikke fikk uttelling i evalueringen for at traktorene hadde et høyere trinn-nivå enn minstekravet trinn II.
- (65) Klagers anførsler gir ikke grunnlag for å konkludere med at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, og heller ikke at innklagede foretok ulovlige avklaringer.

Avtalens varighet

- (66) Klagenemnda går så videre til å vurdere om innklagede har brutt regelverket ved å fastsette en kontraktvarighet på potensielt fire og et halvt år, inkludert opsjoner om forlengelse på inntil to brøytesesonger.
- (67) Etter forskriften § 26-1 (4) kan ikke oppdragsgiver inngå rammeavtaler for mer enn fire år, med mindre det foreligger «*særlige forhold*». Eksempler på slike forhold kan være knyttet til avtalens formål, investeringskostnader eller brukerens behov. 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.
- (68) I tilfeller hvor oppdragsgiver ønsker å inngå rammeavtaler med en varighet som overskrider fire år, fremgår det imidlertid av Annex V del C til direktiv 2014/24/EU nr. 10 bokstav a at begrunnelsen for avtalens varighet skal fremgå av kunngjøringen.
- (69) Klagenemnda tar ikke stilling til om de kontraktene konkurransen gjelder, er rammeavtaler slik dette er definert i forskriften § 4-1 bokstav i), men noterer at innklagede har lagt til grunn at så er tilfellet. Ettersom innklagede har kunngjort anskaffelsen som rammeavtaler, må innklagede vise til at det forelå «*særlige forhold*» som begrunnet en varighet på opptil fire og et halvt år, jf. § 26-1 (4).
- (70) Overfor klagenemnda har innklagede forklart at avtalen forutsetter at leverandøren har maskiner og utstyr som er nødvendig for utførelse av vintervedlikeholdet tilgjengelig – inkludert reservemaskiner. Investeringskostnadene for leverandører som ikke allerede

hadde utstyret tilgjengelig var potensielt store, og innklagede vurderte det slik at en lengre kontraksperiode kunne bidra til økt konkurranse og muligheter for nye leverandører til å delta. Videre ville en avtaletid på fire år medføre bytte av leverandør midt i en brøytesesong.

- (71) Klagenemnda legger etter dette til grunn at det forelå «*særlige forhold*», og at innklagede dermed hadde adgang til å inngå avtaler med en potensiell varighet på fire og et halvt år.
- (72) Ettersom kunngjøringen ikke inneholdt en redegjørelse for de særlige forhold som tilsier lengre løpetid enn fire år, har imidlertid innklagede brutt forskriften § 21-2 (1).

Unormalt lavt pristilbud

- (73) Klagenemnda går så videre til å vurdere om innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å foreta nærmere undersøkelser av prisen som valgte leverandør har tilbydd.
- (74) Undersøkelsesplikten fremgår av forskriften § 24-9. Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver skriftlig skal kreve at leverandøren redegjør for tilbudets sammensetning i tilfeller hvor et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen.
- (75) Overfor klagenemnda har innklagede forklart at en gjennomgang av valgte leverandør sine enhetspriser ikke ga indikasjoner på at tilbudene var unormalt lavt priset. Heller ikke en sammenligning med priser på tidligere rammeavtaler tilsier at tilbudene inneholdt unormalt lave priser.
- (76) Klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å tilsidesette innklagedes vurdering på dette punkt.
- (77) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å foreta nærmere undersøkelser av tilbudet til valgte leverandør, kan ikke føre frem.

Valg av evalueringsmodell

- (78) Klagenemnda går nå videre til å vurdere om evalueringsmodellen som innklagede har anvendt er ulovlig.
- (79) Valget av evalueringsmodell kan bare i begrenset grad overprøves rettslig. Temaet for rettslig kontroll er ikke om fremgangsmåten er optimal, men om den er lovlig. Terskelen for å tilsidesette en evalueringsmodell som uegnet, i de tilfellene hvor oppdragsgiver – som her – har gjort fremgangsmåten kjent i anskaffelsesdokumentene, er høy, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/296, avsnitt 47 med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i C-6/15 *Dimarso*.
- (80) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at «*Pris*» skulle vektes 80 prosent, mens «*Responstid og miljø*» skulle vektes 20 prosent. Det var her opplyst at det skulle benyttes en lineær metode for evalueringen av «*Pris*», og en relativ metode for evalueringen av «*Responstid og miljø*». Det var videre presisert at tilbud dobbelt så dyre som det rimeligste tilbudet, eller dyrere, ville oppnå null poeng på priskriteriet. Tilbudet med den beste prisen ville få en score på ti poeng, hvilket ga en vektet score på åtte poeng. Tilbudet som scoret best på «*Responstid og miljø*» ville få en vektet score på to poeng.
- (81) En konsekvens av denne evalueringsmetoden er at «*Responstid og miljø*» vil kunne være utslagsgivende kun i tilfeller hvor det er liten prisdifferanse mellom det rimeligste og det

nest rimeligste tilbudet. Tilbud som er mer enn 25 prosent dyrere enn det rimeligste tilbudet vil være avskåret fra å vinne konkurransen, uavhengig av oppnådd score på dette punkt.

- (82) Etter klagenemndas oppfatning gjenspeiler dette innklagedes vekting av tildelingskriteriene, der lav pris var vurdert som viktigst. Klagenemnda kan derfor ikke se at evalueringsmetoden er uegnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet i denne konkurransen. Ettersom modellen var gjort kjent for leverandørene i konkurransegrunnlaget, mener nemnda at det var forutberegnelig at stor differanse i pris fra det rimeligste tilbudet ville gi betydelige utslag i poenggingen for priskriteriet, og at priskriteriet hadde avgjørende betydning for utfallet av konkurransen.
- (83) Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (84) Klagenemnda tar videre stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse gjennom en vesentlig endring av kontrakten.
- (85) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Dette gjelder også tilfeller hvor innholdet i kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort. En står i slike tilfeller overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/550, avsnitt 19, med videre henvisning til forskriften §§ 28-1 (1) bokstav f og 28-2.
- (86) Det følger av den sistnevnte bestemmelsen at en endring ikke er tillatt dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. En endring er alltid vesentlig dersom den:

«a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,

b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,

c) utvider kontraktens omfang betydelig eller

d) gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 28-1 første ledd bokstav e.»

- (87) Den 1. februar 2021 benyttet valgte leverandør en hjullaster som ikke oppfyller det fastsatte minstekravet til utslipp av avgasser i kravspesifikasjonen punkt 5.3.
- (88) Det fremgår av avtalen mellom innklagede og valgte leverandør at ved manglende oppfyllelse av kravet skal det kunne kreves prisavslag. Som nevnt, gir første gangs mislighold av minstekrav angitt i bilag 1 til konkurransegrunnlaget innklagede en rett til prisavslag. Innklagede har opplyst at det ikke ble krevd prisavslag i dette tilfellet.

- (89) Klagenemnda forstår det slik at den aktuelle hjullasteren ble benyttet den nevnte dagen i tolv timer, og at innklagede ikke var gjort kjent med bruken før etter den var avsluttet. Valgte leverandør har heller ikke benyttet hjullasteren senere.
- (90) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til om et kontraktsbrudd som det foreliggende gir innklagede en rett til prisavslag etter kontrakten. Dersom innklagede har en slik rett, blir spørsmålet om innklagedes unnlåtelse av å kreve prisavslag endrer kontrakten slik at innklagede i fremtiden må akseptere at det benyttes maskiner som ikke tilfredsstillir avgass-kravet. Nemnda kan ikke se at det grunnlag for at unnlåtelsen innebærer en slik endring.
- (91) Klagenemnda kan heller ikke se at unnlåtelsen innebærer at kontrakten er vesentlig endret i form av at innklagedes rett til å kreve prisavslag ved eventuelle fremtidige mislighold har falt bort. Sett hen til at konsekvensen av unnlåtelsen er at innklagede ikke trekker 2000 kroner fra valgte leverandørs oppgjør, er heller ikke den økonomiske balansen mellom avtalepartene vesentlig endret.
- (92) Innklagede har ikke foretatt en vesentlig endring av avtalen med valgte leverandør.
- (93) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Lindesnes kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å redegjøre for de særlige forhold som begrunner en avtalevarighet på over fire år i kunngjøringen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk