



Storfjord kommune

DERES REF

VÅR REF
86884/102915/D334417

ANSVARLIG ADVOKAT
Emilie Kristoffersen Søgård

Oslo, 5. juni 2023

ANMODNING OM RETTING/AVLYSNING AV KONKURRANSE 23099 VINTERVEDLIKEHOLD

1 Innledning

Advokatfirmaet Berngaard representerer Ryeng Anlegg AS (heretter «**Ryeng**») i forbindelse med konkurranse utlyst av Storfjord kommune (heretter «**Oppdragsgiver**»/ «**Kommunen**») knyttet til vintervedlikehold kommunale veier og plasser fra høsten 2023.

Vi viser til vårt brev av 2. juni 2023 der det ble varslet at det kreves at konkurransen avlyses hvis feilene ved konkurransen ikke rettes. Det ble i brevet pekt på feil knyttet til uklarheter i konkurransegrunnlaget og ulovlig tildelingskriterium. Dette utdypes i det følgende.

2 Konkurransgrunnlaget er uklart

Som nevnt i vårt brev av 2. juni forsøkte Ryeng å oppklare uklarhetene som var i konkurransegrunnlaget ved spørsmålsadgangen. Svar på spørsmålene som var stilt i konkurransen ble gitt 1. juni, men svarene var lite utførlige og ga få avklaringer. Konkurransgrunnlaget er med dette fortsatt uklart.

Konkurransgrunnlaget må være tilstrekkelig tydelig slik at det er klart for en alminnelig tilbyder hva det skal leveres tilbud på og hvordan det skal gjøres. Dette har KOFA blant annet uttalt i sak 2022/596 premiss 42:

«Kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 innebærer at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres, og at det må inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Se blant annet EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction) og klagenemndas avgjørelse i sak 2020/64, premiss 31.»

Konkurransgrunnlaget er i denne konkurransen ikke klart da det foreligger uklarheter i konkurransegrunnlaget knyttet til blant annet følgende forhold:

a) Uklart om krav i konkurransen er absolutte

Det står i dokumentet «2. Tilbud sone 1» punkt 2.1 at «Opplistede behov er ikke absolutte». Flere krav i konkurransen anses som absolutte og Oppdragsgiver ble derfor bedt om å avklare hvorvidt disse er absolutte eller ikke.

Oppdragsgiver svarer ikke på spørsmålet, men svarer at de vil «vurdere om eventuelle avvik er vesentlige».

Det er således fortsatt uklart om kontraktens krav er absolutte. Det gjør konkurransegrunnlaget uklart og uforutberegnelig.

b) Uklart i hvilken utstrekning Oppdragsgiver har instruksjonsrett

Det står i vedlegg 1 «Standardkrav for vintervedlikehold kommunale veier og plasser Storfjord kommune» punkt 1.3 at «*Entreprenør må rette seg etter instruksjoner om utførelse av arbeidene fra oppdragsgiver.*». Det er uklart hva som ligger i denne instruksjonsretten. Ryeng stilte spørsmål om dette, men fikk kun til svar at «*Oppdragsgivers instruksjonsrett gjelder eventuelle endringer knyttet til eksempelvis snø- og sanddeponi og adferd, brytemønster ol.*». Dette gir ikke en avklaring på hvor omfattende Oppdragsgivers instruksjonsrett er. Særlig er det uklart hvordan instruksjonsretten skal prises inn som risiko ved fastprisen tilbyderne skal levere. Uklarheten knyttet til Oppdragsgivers instruksjonsrett fører til en uforutsigbarhet for tilbyderne.

3 Brudd med de grunnleggende prinsippene

Oppdragsgiver har knyttet til «Oppdragsspesifikk kompetanse» skrevet: «Oppdragsgiver kan ikke på forhånd avgjøre hva som vektlegges tyngst da dette er basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering.». Dette svaret er det også vist til ved spørsmål knyttet til tildelingskriteriet «Løsningsforslag og miljø».

Behovet til kommunen må være klarlagt før tilbudsåpningen. Hvilke tilbud som kommer inn endrer ikke kommunens behov, og skal ikke kunne tilpasses tilbudene. Hele anskaffelsesregelverket er myntet på at Oppdragsgiver på forhånd skal angi tildelingskriteriene som tilbudene blir vurdert opp mot, og at Oppdragsgiver ikke etter tilbudsåpning skal kunne tilpasse hva som skal vektlegges ved evalueringen. En mulighet for tilpasning i ettertid vil i så tilfelle være i strid med det grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 4.

Oppdragsgiver må med dette før tilbudsfristens utløp konkretisere hva som vektlegges tyngst for å ikke være i brudd med de grunnleggende prinsippene.

4 Ulovlig tildelingskriterium

I konkurransegrunnlagets punkt 2.2.2 er «Løsningsforslag og miljø» angitt som et tildelingskriterium som skal vektes 20 %. Innenfor dette er det angitt underkriterier i bokstav a, b og c.

I bokstav b er følgende angitt som underkriterium: «Beskriv hvordan kontraktens responstider overholdes og ditt opplegg for vakt og beredskap».

Dette er et ulovlig tildelingskriterium da det ikke legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved den tilbudte ytelsen, slik et tildelingskriterium skal gjøre.

For det første må et tildelingskriterium knytte seg til *leveransen*, jf. FOA § 18-1 4.ledd. Formuleringen i bokstav b knytter seg imidlertid til *leverandøren*, og skulle i så tilfelle vært utformet som et kvalifikasjonskrav.

Videre er responstider et minstekrav i konkurransen som kan sanksjoneres ved brudd. Hvis det er minstekrav i konkurransen og det ikke åpnes for meroppfyllelse har KOFA i sak 2022/587 lagt til grunn at det ikke er et lovlig tildelingskriterium. Det vises da til at Oppdragsgiver må vise hvilken meroppfyllelse av kravene som vil bli premiært.

Knyttet til tjenestens art og konkurransegrunnlaget for øvrig, vil ikke en normal forstandig tilbyder anta at den skal beskrive annet enn at kravene til responstider vil oppfylles og overholdes. Det er derfor uklart hvilke egenskaper ved tilbudene som er relevante i bedømmelsen av kriteriet. Det synes ikke å åpnes for å kunne tilby en meroppfyllelse, herunder raskere og bedre responstid enn kontraktens krav, og eller ikke dårligere responstid.

Kriteriet i bokstav b åpner ikke for noen meroppfyllelse, men er et minstekrav, og er således ikke lovlig.

Klagenemnda kom til at et tildelingskriterium var ulovlig i sak 2022/596 da kriteriet ikke la opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsen som var tilbudt. I samme sak uttaler KOFA i premiss 54 og følgende at:

«For at kriterier knyttet til kapasitet skal kunne benyttes som tildelingskriterium må det knytte seg til hvordan kapasitetsutfordringer skal møtes i forbindelse med leveransen. Det må videre gjelde forhold som forplikter leverandøren, for eksempel tilbudt reservekapasitet, se til sammenligning sak 2019/370, premiss 16 til 18. Klagenemnda har lagt til grunn at tildelingskriterier som premierer forhold ved leverandøren uten en nærmere vurdering av om leverandørens egenskaper viser en relevant kvalitet for ytelsen, er ulovlige. Se klagenemndas avgjørelser i sakene 2022/277, premiss 44 og sak 2019/664, premiss 23.

Slik tildelingskriteriet i denne saken er utformet, legges det opp til premiering av interne ressurser og interne løsninger uten en nærmere vurdering av relevansen disse har for rammeavtalen. Det er slik klagenemnda forstår det heller ikke bedt om at det tilbys reservekapasitet. Innklagede har heller ikke overfor nemnda gitt forklaringer som tilsier at det var leverandørens evne til å løse kapasitetsutfordringer som skulle premieres, og det er heller ikke slik kriteriet er anvendt i konkurransen.»

Kriteriet i bokstav b åpner ikke for en vurdering av sterke og svake sider ved tilbudet er og således ulovlig.

5 Oppsummering

Det foreligger flere feil ved konkurransegrunnlaget som må rettes.

Konkurransegrunnlaget kan rettes inntil tilbudsfristens utløp, jf. FOA § 14-2 1.ledd. Det bes om at Oppdragsgiver retter uklarhetene i konkurransegrunnlaget og det ulovlige tildelingskriteriet. For det tilfellet at uklarhetene ikke rettes må konkurransen avlyses, jf. FOA § 25-4 1.ledd.

Hvis oppdragsgiver retter feilene i konkurransen bes det også om at tilbudsfristen forlenges i samsvar med FOA § 20-1 tredje ledd, jf. FOA §14-2 tredje ledd.

Med vennlig hilsen

Advokatfirmaet Berngaard AS

Emilie Kristoffersen Søgård

Emilie Kristoffersen Søgård
Advokat

E-post: emilie@berngaard.no

Mobil: (47)45066520