

Møteinnkalling

Utvalg: **Kommunestyret**
Møtested: Kommunestyresalen, Skjervøy rådhus
Dato: 17.01.2018
Tidspunkt: 10:15

Eventuelt forfall må meldes snarest på mail. Vararepresentanter møter etter nærmere beskjed.

Saksliste

Utv.saksnr	Sakstittel	U.Off	Arkivsaksnr
PS 1/18	Anbudskonkurransen (vintervedlikehold på Skjervøy tettsted) - videre rettslig behandling?		2017/72



Saksfremlegg

Utvalgssak	Utvalgsnavn	Møtedato
1/18	Kommunestyret	17.01.2018

Anbudskonkurransen (vintervedlikehold på Skjervøy tettsted) - videre rettslig behandling?

Henvising til lovverk:

Vedlegg

- 1 Kjennelse midlertidig forføyning tatt til følge
- 2 Notat ang anke

Rådmannens innstilling

Kommunestyret gjør slikt vedtak:

Skjervøy kommune anker kjennelsen fra Nord-Troms Tingrett datert 22.12.17. Begrunnelsen for anken er ønsket om en grundigere rettslig behandling, noe som vil gi kommunen et tryggere grunnlag for å inngå brøytekontrakt med entreprenør for Skjervøy tettsted for perioden 2018-2022.

Saksopplysninger

Det foreligger en kjennelse fra Nord-Troms Tingrett etter at Hofsøy Mekaniske AS ba om en rettslig vurdering ift om Skjervøy kommune kunne inngå 5-årig brøytekontrakt med Skjervøy Park og Anlegg AS (SPA). Rettsforhandling ble gjennomført 13. og 14.12, og kjennelsen forelå 22.12.17. I følge rettens kjennelse *forbys Skjervøy kommune å inngå kontrakt før tildelingas lovlighet er rettskraftig avgjort*. Når det gjelder tildelingas lovlighet, går det på kriteriene i anbudsdokumentet. Retten vurderer kriteriene å være for strenge i forhold til oppdraget som skal løses. Dette gjelder både krav til utstyr og dokumentasjon.

Rådmannen finner ikke at det ikke foreligger en tilstrekkelig juridisk begrunnelse for hvorfor tildelinga var ulovlig med utgangspunkt i lovverket for offentlige anskaffelser. Retten går inn og gjør vurderinger om hvorvidt spesifisert utstyr er relevant for oppdraget, eller om utstyret er

spesifisert på en måte for å unngå konkurranse blant tilbydere. Ser en på hvilke moment partene (Hofsøy Mekaniske AS og kommunen) har anført i saken, har ikke partene heller fokusert på utstyret. Spesifisert utstyr anses ikke være et problem for Hofsøy Mekaniske AS – det betegnes som «hyllenvare». Retten legger altså stor vekt på et moment som ikke har vært tema i forhandlingene.

Kjennelsen, slik den er formulert, tar ikke stilling til hvorvidt det foreligger brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Den tar kun stilling til om kommunen kan inngå kontrakt om vintervedlikeholdet eller ikke.

Hvilke alternativ har så Skjervøy kommune etter denne kjennelsen? En kan forholde seg til kjennelsen og gjøre ett av to valg:

- a) Utlyse konkurransen på nytt – da tar en utgangspunkt i rettens vurderinger om at kriteriene var for strenge og ikke i samsvar med oppdraget. En fjerde anbudskonkurranse med nye runder med kriterier er ikke å anbefale.
- b) Tildel kontrakt til én av tilbyderne – da risikerer en at tilbyder uten kontrakt tar ut søksmål mot kommunen. En kjennelse fra tingretten, som ikke hjemler kjennelsen i loven om offentlige anskaffelser, anses være «tynn». Risiko for søksmål er stor.

Det andre alternativet er å anke kjennelsen til lagmannsretten. Alle parter vil da gis mulighet til å få sine sider av saken grundigere vurdert juridisk. En kjennelse fra lagmannsretten har større tyngde og er vanskeligere å ta videre i nye rettsrunder. Risikoen for søksmål er derfor betydelig mindre.

Det er tre mulige utfall av en kjennelse fra lagmannsretten:

- a) Det slås fast av avvisninga av Hofsøy Mekaniske AS var i strid med regelverket – da kan kommunen inngå kontrakt med denne entreprenøren.
- b) Det slås fast at kommunen ikke har brutt regelverket – da kan kommunen inngå kontrakt med SPA.
- c) Konkurranses grunnlaget var ulovlig utforma – ny konkurranse må utlyses.

Uansett utfall av alternativ a) eller b), vil kommunen gjennom lagmannsrettens juridiske vurdering være tryggere ift risiko for søksmål. Utfall a) vil være det økonomisk mest gunstige for kommunen.

Når det gjelder tidsperspektivet for ei ankebehandling i lagmannsretten, avhenger det av om behandlinga blir skriftlig eller muntlig. Det mest vanlige er ei skriftlig behandling - det er også det billigste og mest tidsbesparende alternativet. Ei skriftlig behandling tar vanligvis ikke mer enn to-tre uker. Et muntlig rettsmøte tar vanligvis to til tre måneder før kjennelse foreligger. Advokatutgifter til hhv skriftlig/muntlig behandling vil ligge i størrelsesorden 50 000/150 000.

Kostnadene for en ny rettslig behandling er liten sett i forhold til økonomisk risiko for søksmål ved tildeling av kontrakt på bakgrunn av tingrettens kjennelse. De direkte kostnadene til rettsforhandlingene i Nord-Troms Tingrett (inkl alt forarbeid) er på 458 000 (regnskap pr 8.1.18).

Vurdering

Rådmannen anbefaler at kjennelsen fra Nord-Troms Tingrett ankes. En fjerde anbudsrunder vil være gjenstand for nye vurderinger av kriterier og skjønn, og det medfører mye arbeid og medgått tid for alle parter. Kontraktsinngåelse med Hofsøy Mekaniske AS på et tynt juridisk grunnlag innebærer en stor økonomisk risiko for kommunen. En ny kjennelse basert på ei

brede rettslig vurdering fra lagmannsretten vil være vanskeligere for en part å ta videre i rettssystemet.



NORD-TROMS TINGRETT

KJENNELSE

Avsagt: 22.12.2017
Sak nr.: 17-178516TVI-NHER
Dommer: Kst. tingrettsdommer Emil Algaard
Saken gjelder: Suspensjon av adgang til å inngå kontrakt i offentlig anskaffelse

Hofsøy Mekaniske AS

Advokat Marianne Abeler

mot

Skjervøy kommune

Advokat Robert Myhre

KJENNELSE

Hofsøy Mekaniske AS har begjært midlertidig forføyning overfor Skjervøy kommune med påstand om at Skjervøy kommune forbyr å inngå kontrakt i anbudskonkurranse om rammeavtale for vintervedlikehold av kommunale veier på Skjervøy inntil saken om tildelings lovlighet er rettskraftig avgjort.

Skjervøy kommune (heretter «kommunen» eller «oppdragsgiver») kunngjorde den 16. mars 2017 anbudskonkurranse vedrørende brøytetjenester i Skjervøy kommune for periode 2017 til 2022 (heretter «konkurranse 1»). Det kom inn tre tilbud innen fristen. Hofsøy Mekaniske AS (heretter HM) ble først utropt til vinner av kontrakten, men etter klage fra Skjervøy Park og Anleggsservice A (heretter «SPA») ble det foretatt en befaring hos SPA og HM, og kort tid deretter ble HM og én annen tilbyder avvist og SPA ble utropt til vinner. Konkurransen ble imidlertid avlyst da konkurransen var utlyst etter tidligere lov om offentlige anskaffelser, som var opphevet før utlysningen. Før avlysningen hadde HM begjært midlertidig forføyning, og ble tilkjent erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Skjervøy kommune utlyste ny konkurranse sommeren 2017 (heretter «konkurranse 2»). Kravene til erfaring ble endret, slik at det ble satt krav om at tilbydere hadde utført brøytetjenester på offentlige veier i hvert av de tre siste årene. Fra pkt 4.4 i konkurransegrunnlaget hitsettes:

«En liste over utførte brøytetjenester på riks- fylkes. eller kommunale veier de siste tre år, herunder opplysninger om tidspunkt, samt navnet på oppdragsgiver. Oversikten skal inneholde opplysninger om volum.» [Utheving i originaldokumentet.]

«Lastebiler skal være registrert på tilbudstidspunktet.»

HM tok ut klage for KOFA vedrørende kravet, med anførsel om at de i praksis utelukket alle andre aktuelle tilbydere enn SPA.

Mulig avlysning av konkurranse 2 ble behandlet i lukket kommunestyremøte 14.08.2017, og et notat fra kommunens advokat ble unntatt offentlighet. 17.08.2017 innvilget kommunen likevel innsyn i dokumentasjonen etter en «ny vurdering».

Konkurranse 2 ble avlyst av kommunen den 18.08.2017 med følgende vedtak:

*«Pågående anbudskonkurranse avlyses.
Anbudskonkurransen avlyses grunnet formelle feil av administrasjonen, samt at administrasjonen ser at kravet i punkt 4.4. er noe strengt, i forbindelse med vintervedlikeholdet.»*

Konkurransen nr 3 ble deretter kunngjort 06.09.2017, med tilbudsfrist 15.10.2017. Konkurransen ble gjennomført som en åpen anbudskonkurransen i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser del III for konkurranser over EØS terskler. Konkurransen var delt i tre roder. Saken gjelder rode 1, Skjervøy tettsted. Pris var eneste tildelingskriterie.

Konkurransesgrunnlaget pkt. 3.5 lyder:

«Leverandøren skal ha nødvendig utstyr og mannskap til å utføre brøyteoppdraget tilfredsstillende. De nærmere kravene vil variere noe med de ulike områdene.

Utstyret og maskiner/kjøretøy skal ha en god kvalitativ standard, og mannskapet skal ha relevant erfaring.

Utstyr og kjøretøy skal enten være eid av tilbyder på tilbudstidspunktet, eller fremlegge opsjonsavtale på kjøp, leie eller leasing, samt finansieringsbevis. Før kontraktssignering skal i så fall avtalene være signert, og fremlegges for kommunen.»

Dokumentasjon

Kapasitet skal dokumenteres gjennom å fremlegge:

- en oversikt over utstyr og mannskap, som skal benyttes til utføring av oppdraget*
- en oversikt over kjøretøy som skal benyttes*
- en oversikt over hvilke personer, med oversikt over erfaring og utdanning, som skal utføre oppdraget*

Roder i område 1: Skjervøy tettsted

Tilbyder skal disponere minimum:

- 1. Traktor eller lastebil*
- 2. Diagonalplog*
- 3. Isskjær*
- 4. Klappvingeskuffe*
- 5. Ca. 5 kbm. snøskuffe»*

(Understrekning i original).

Tilbyderne skulle inngi det europeiske egenerklæringskjemaet, jf FOA § 17-1 (heretter «ESPD-skjema») sammen med tilbudsbrevet. For øvrig skulle dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ettersendes på forespørsel:

«Dokumentasjon som nevnt i punkt 3.2 til og med 3.7 skal ikke leveres inn sammen med tilbudet. Dokumentene skal imidlertid være tilgjengelig, slik at de kan sendes over til kommunen i løpet av 1 til 3 dager dersom kommunen ber om dette.»

Tre tilbydere inngav tilbud med ESPD-skjema innen fristen, og tilbudene ble åpnet 16.10.2017. HM hadde lavest pris, foran Robertson & Slotnes AS og SPA.

Oppdragsgiver besluttet 23.10.2017 å innhente dokumentasjonsbevis fra samtlige tre tilbydere med frist 25.10.2017. I henvendelsen fra oppdragsgiver ble det uttalt følgende:

«Kommunen ber spesielt om oppdatert skatteattest, forpliktelseserklæringer, dokumentasjon på maskiner og utstyr og relevant erfaring».

HM inngav dokumentasjon, inkludert opsjonsavtaler fra leverandører av maskiner og utstyr, leasingavtaler og dokumentasjon på finansering. Herunder ble det levert tilbud titulert «opsjonsavtaler» fra GMI AS («GMI») og Dagenborg Maskin AS («Dagenborg»).

07.11.2017 avviste kommunen HMs tilbud fra konkurransen med følgende begrunnelse:

«Konkurranses grunnlaget krever i punkt 3.5 at leverandører «skal ha nødvendig utstyr». Det kreves at leverandøren er kvalifisert på tilbudstidspunktet, slik at han disponerer over utstyret på dette tidspunktet, herunder en diagonalplog. Hofsøy Mekaniske AS har imidlertid etter tilbudsfristen mottatt et tilbud på opsjonsavtale fra GMI AS, som gjelder diagonalplog. Tilbudet er datert 24.10.2017. Hofsøy Mekaniske AS hadde derfor ikke mottatt et tilbud om å disponere over en diagonalplog før denne datoen. Dette innebærer at Hofsøy Mekaniske AS ikke oppfylte kvalifikasjonskravene da tilbudet ble inngitt, og leverandøren avvises derfor fra konkurransen.»

Avvisningen ble påklaget 08.11.2017. Kommunen oppretthold avvisningen ved brev av 10.11.2017, blant annet med følgende begrunnelse:

«Det er heller ikke tilstrekkelig at leverandøren har mottatt et tilbud om å disponere utstyr, da leverandøren skal ha utstyret på tilbudstidspunktet.

Dersom tilbyder ved tilbudsfrist ikke har en ubetinget rett til å disponere over utstyret mv. som kreves, men er avhengig av andre leverandørers kapasitet for å oppfylle kravene, skal det leveres separate egenerklæringer for underleverandørene, jf. forskriften § 17-1 (6).»

Saksøker leverte deretter begjæring om midlertidig forføyning den 14.11.2017. Muntlig forhandling ble gjennomført 13. og 14. desember 2017. Det ble avgitt to partsforklaringer, tre vitneforklaringer og ellers slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

Saksøker har i hovedsak gjort gjeldende:

Avvisning av HMs tilbud

HMs tilbud skulle ikke vært avvist, og HM skulle ha vunnet konkurransen. Avvisningen mangler for det første forankring i konkurransegrunnlagets regler. Det fremgår av pkt 3.7 at dokumentasjon ikke skal leveres sammen med tilbudet, men ved forespørsel.

Det er ikke et krav om å levere ESPD-skjemaer for selgere av utstyr. En selger er ikke en underleverandør, da en underleverandør «forstås vanligvis som en leverandør som utfører én eller flere deler av kontraktsforpliktelsen mellom hovedleverandør og oppdragsgiver», jf artikkel fra Nærings- og fiskeridepartementet «Bruk av underleverandører» datert 29.06.2017, hentet fra www.regjeringen.no/no/dep/nfd/id709/. Heller ikke formålet med ESPD-skjemaene tilsier at selgere skal omfattes av krav om dokumentasjon av betalt skatt og liknende. Både GMI og Dagenborg skulle levere løsesregjenstander for salg eller leasing før kontraktens oppstart. De er dermed ikke å betrakte som underleverandører etter FOA § 17-1 (6).

Det var heller ikke grunnlag for å avvise HMs tilbud basert på datering av opsjonsavtalene etter tilbudsfrist. Det anføres at kvalifikasjonskravet om opsjonsavtaler var uforholdsmessig, med henvisning til anskaffelsesloven § 4. Forholdsmessighetsprinsippet har betydning overalt der det foreligger et valg for oppdragsgiver. Det vises også til formålene bak ny anskaffelseslov og –forskrift, der hensynene til forenkling for både tilbyder og oppdragsgiver er sentralt. Blant annet skal bruken av ESPD-skjemaer sikre at tilbydere ikke behøver innhente omfattende dokumentasjon allerede ved tilbudsfristen, jf NOU 2014:4, side 184. Videre hadde kommunen en anledning til å be om ytterligere dokumentasjon, jf FOA § 23-5 og NOU 2014:4, punkt 20.4.2.

Videre anføres det at konkurransegrunnlaget ikke krever at opsjonsavtaler er datert før tilbudsfrist. Kravet om utstyr oppstiller to ulike alternativer for disponering over utstyr og kjøretøy, enten skal de være eid av tilbyder på tilbudstidspunktet, eller så skal det fremlegges opsjonsavtaler e.l. Siste del av setningen regulerer ikke tidspunktet for fremleggelse, men dette er regulert i punkt 3.7, som tilsier at dette skal fremlegges ved forespørsel.

Videre ba kommunen om «oppdatert» dokumentasjon da de ba om at dokumentasjonsbevis ble fremlagt. Tilbyderne hadde dermed rett til å legge frem oppdatert informasjon slik som de nye opsjonsavtalene.

Videre anfører saksøker at det forelå tilbud fra GMI og Dagenborg på utstyret allerede før tilbudstidspunktet, som fortsatt var gyldige. Disse var innhentet i forbindelse med tidligere konkurranser. HM hadde dermed uansett tilgang til utstyret allerede på tilbudstidspunktet. Innsending av slik dokumentasjon medfører ingen forbedring av tilbudet, siden det kun dokumenterer at kravene var oppfylt på et tidligere tidspunkt.

Videre har kommunen hensyntatt ny informasjon fra annen tilbyder for Rode 2 i konkurransen, som også var fremlagt etter tilbudsfristen. Dette er en forskjellsbehandling, og kommunen er dermed forpliktet til å også hensynte ny informasjon fra HM.

Avvisning av SPAs tilbud

HM har videre krav på at tilbud fra SPA blir avvist, da virksomheten har tilbudt mannskap som opererer som underleverandør, uten at det er levert ESPD-skjema, jf FOA § 17.1 (6). Dette gjelder Henriksen Grunn og Bygg AS. Det avgjørende er at denne underleverandøren ble tilbudt i tilbudet, ikke om underleverandøren er nødvendig for å oppfylle kapasitetskravene.

Også to andre personer som er oppgitt i SPAs tilbud har helt løselig tilknytning til SPA. Dette er en uklarhet ved tilbudet som må føre til avvisning.

Kravet om avvisning av SPA er knyttet til saksøkers krav om å få delta i en fair konkurranse. Det anføres at HM har rettslig interesse i å kreve SPA avvist selv om retten skulle finne at HM også skal avvises. Dette vil føre til at det ikke gjenstår tilbydere, og at det må utlyses en ny konkurranse der HM igjen kan delta.

Habilitet

Videre anføres det at kommunens saksbehandlere er inhabile, jf FOA § 7-5, jf forvaltningsloven § 6.

Dette baseres blant annet på et uheldig samvirke mellom kommunens saksbehandlig og inadekvat rådgivning fra kommunens advokater.

Videre har det vært en hyppig kontakt mellom Waage og teknisk sjef Lehne, som var ansvarlig for anbudskonkurransen. Kontakten skal være transparent og skriftlig. Det er mangler ved journalføringen av denne kontakten. Kontakten kan ikke forklares ved Lehnets involvering i gravmeldinger og andre entrepriseoppdrag som SPA hadde i kommunen.

En rekke omstendigheter anføres som dokumentasjon på at kommunens saksbehandlere har favorisert SPA. Ved befaring under konkurranse 1 besøkte kommunens saksbehandlere SPA først, og da de kom til HM virket de opptatt av om virksomheten hadde nøyaktig samme utstyr som SPA.

Etter avlysning av konkurranse 1 var det kontakt mellom partene vedrørende heving av midlertidig forføyning, og det ble gjort klart overfor kommunen at HM forventet at ny konkurranse skulle være åpen og tilgjengelig. Likevel ble konkurranse 2 utlyst med innsnevrede kvalifikasjonskrav, slik at kun SPA var kvalifisert.

Videre viste saksbehandlingen i kommunen knyttet til innsynsbegjæring i notat fra advokat, samt lukking av kommunestyremøte saksbehandlernes manglende habilitet. Kommunen valgte også å avlyse konkurransen uten å avvente KOFA's behandling av klagen

Selv da kommunen ble kjent med at avvisningen av HM bygget på feil faktisk grunnlag, siden det faktisk forelå tilbud datert før tilbudsfrist, har kommunen tvihold på sin posisjon.

Kommunen har inngått en direktekontakt med SPA i stedet for å utlyse en minikonkurranse for brøyting i sesongen 2017/2018. Dette er ikke ulovlig, men uskjønnsomt i foreliggende situasjon.

Videre har adv. flm Schøyen opptrådt som en «de facto» saksbehandler for kommunen, og har truffet skjønnsmessige beslutninger på vegne av kommunen. Dette er i strid med kommunelovens system, og regler om delegering. Kommunen kan ikke delegerer slik kompetanse ut av kommunens organisasjon.

Sikringsgrunn

Saksøker anfører at det foreligger sikringsgrunn, da kommunen har vist vilje til å inngå kontrakt med SPA.

Det er ikke misforhold mellom saksøkers interesse i en midlertidig forføyning og kommunens interesser. Kommunen har inngått en midlertidig kontrakt for brøyting, og HM vil lide tap og mister mulighet til å brøyte kommunale veier i 5 år. Erstatning vil ikke være fullgod løsning.

Saksøker la ned slik påstand:

1. Skjervøy kommune forbys å inngå kontrakt i anbudskonkurranse om rammeavtale for vintervedlikehold av kommunale veier på Skjervøy inntil saken om tildelings lovliggheit er rettskraftig avgjort.

2. Hofsøy Mekaniske AS tilkjennes sakskostnader.

Saksøkte har i hovedsak gjort gjeldende:

Avvisning av HMs tilbud

Kommunen hadde plikt til å avvise HMs tilbud på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf FOA § 24-2 (1) bokstav a.

Prinsipalt anfører saksøkte at HM skulle avvises fordi det ikke var innsendt ESPD-skjemaer for Dragenborg og GMI, jf FOA § 17-1 (6). HM disponerte ikke over is skjær og diagonalplog på tilbudstidspunktet, slik at HM ikke oppfylte kapasitetskravet alene, jf punkt 3.5 i grunnlaget. GMI og Dagenborg skulle derfor levert egne ESPD-skjemaer. Slike skjemaer kan ikke ettersendes, jf konkurransegrunnlaget punkt 3.7. Dette ville vært et krav uavhengig av om tilbudene var datert før tilbudsfristen.

Subsidiært anfører saksøkte at tilbudene fra GMI og Dagenborg er datert etter tilbudsfrist og dermed for sent. Opsjonsavtalene regnes ikke som «oppdatert» dokumentasjon. Kommunen har ingen oppklaringsplikt. Kommunen er på denne bakgrunn pliktig å avvise tilbudet, jf FOA § 24-2 (1) bokstav a.

Kun hvis tilbyder disponerer over utstyr selv kan ESPD unnlates. HM oppfylte ikke kravene selv, og støttet seg på kapasiteten til GMI og Dagenborg, og skulle dermed ha sendt ESPD-skjema, jf FOA § 17-1 (6). Det er obligatorisk å levere ESPD-skjema hvis vilkårene er oppfylt.

Det følger av sak C-176/98 Holst Italia, premiss 29 at «Ejer» må bety rettslig rådighet. Det anføres at tilbyder ikke selv hadde rettslig rådighet over utstyret på tilbudstidspunktet, og dermed støttet seg på GMI og Dagenborg.

Ved vurderingen av om HMs tilbud fraviker konkurransegrunnlaget skal det foretas en objektiv tolkning av grunnlaget, jf Rt-2014-866, premiss 42 og 43.

Det er ingen holdepunkter i konkurransegrunnlaget for at tidspunktet for når tilbyder skulle være kvalifisert er forskjøvet eller utsatt fra utgangspunktet om at kvalifikasjonene skal foreligge på tilbudstidspunktet. Videre fremgår det at tilbudet ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, og tilbydere kan dermed ikke bli kvalifisert etter utløpet. Alt som skal til for å bli kvalifisert skal skje før tilbudsfrist.

Det er klart at tilbyderne må være kvalifisert ved innsending av tilbud, ordningen med ESPD-skjema er ikke ment å utsette tidspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Dette er lagt til grunn i direktivteksten og kommisjonens veileder. Lettelse av

administrative byrder betyr ikke at tidspunkt for oppfyllelse utsettes. Dokumentasjonen skal være klar før innsending.

Det er ikke holdepunkter for at konkurransegrunnlaget fraviker kravet i FOA § 17-1 (6), og det er uansett ikke adgang for oppdragsgiver til å fravike disse reglene. Punkt 3.5 i grunnlaget presiserer kun at dersom tilbyder ikke har rettslig rådighet over utstyret selv kan han disponere etter en opsjonsavtale, men det skal likevel leveres ESPD-skjemaer.

HM har ikke krav på avklaringer, jf NOU 2014:4 side 203.

Det er ikke av betydning om utstyret er hylleware, og det er ikke anledning til å ettersende noe som ikke er «objektivt etterprøvbart», jf C-336/12, *Manova*.

Prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet hindrer forhandlinger etter tilbudsfrist, jf anskaffelsesloven § 4 og sak C-387/14 «Esaprojekt», premiss 37: «(...) *et bud ikke kan endres etter dets avgivelse*». Å tillate HM å sende nye opsjonsavtaler etter tilbudsfristen ville medført forhandlinger og at HM ble tillatt å endre tilbudet etter fristen.

Avvisning av SPAs tilbud

SPAs tilbud skulle ikke avvises, da Henriksen ikke er nødvendig for SPAs oppfyllelse av kontrakten. SPA har to fulltidsansatte, og andre personer nevnt i tilbudet er dermed ikke nødvendige for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.

Habilitet

Saksøkte ser ikke at det foreligger noen holdepunkter for inhabilitet hos kommunens ansatte. Det er ikke påvist noen kontakt eller relasjon mellom SPA og de ansatte. Kommunen har kun vist et ønske om å tildele kontrakten til rimeligste, kvalifiserte tilbyder.

Sikringsgrunn

Saksøkte anfører at det vil være uforholdsmessig å ilegge midlertidig forføyning, og det vil være til alvorlig ulempe for kommunen dersom brøytebehovet ikke kan dekkes permanent.

Saksøkte la ned slik påstand:

1. Begjæring om midlertidig forføyning forkastes.
2. Hofsøy Mekaniske AS betaler sakens omkostninger.

Rettenns vurdering:

Kommunen har prinsipalt anført at tilbyder skal avvises siden GMI og Dagenborg skulle levert ESPD-skjemaer, og subsidiært at tilbyder skulle avvises fordi opsjonsavtaler er datert for sent. Begge anførsler relaterer seg til konkurransegrunnlagets pkt 3.5 om kapasitet, og til HMs rådighet over det brøyteutstyr som var påkrevet for utførelse av brøytetjenestene, utover lastebil/traktor.

Retten vil først drøfte hvorvidt de konkrete kravene til at tilbyder besatt spesifikt brøyteutstyr ved tilbudstidspunktet var uforholdsmessig strenge, og dermed i strid med forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til konkurransen i anskaffelsesloven § 4, samt konkrete utslag av disse prinsippene ellers i lovgivningen.

Etter FOA § 16-1 (1) kan oppdragsgiver stille krav til tilbydernes kvalifikasjoner, og dette er i utgangspunktet omfattet at oppdragsgivers skjønn. I § 16-1 (1) annet punktum er det imidlertid presisert at kravene skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen. Viktigheten av dette er også understreket i NOU 2014:4 side 182:

«Utvalget understreker at det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet er til hinder for at oppdragsgiver stiller kvalifikasjonskrav som er strengere enn nødvendig. For strenge kvalifikasjonskrav vil begrense konkurransen unødvendig, særlig for SMB-er».

Etter FOA § 16-6 (1) kan oppdragsgiveren bare stille krav om at følgende dokumenter fremlegges for å dokumentere at:

«i) en beskrivelse av redskaper, materiell og teknisk utstyr som leverandøren råder over til å utføre kontrakten;»

Etter FOA § 16-6 (4) skal dokumentasjonskravene «stå i forhold til anskaffelsens karakter, omfang, betydning og planlagte bruk.» Dette er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet i anskaffelsesloven § 4, men understreker viktigheten av at ikke uforholdsmessige dokumentasjonskrav fører til mindre konkurranse og ineffektiv ressursbruk.

Det er dermed klart at oppdragsgiver har en skjønnsmessig adgang til å sette kvalifikasjonskrav og en adgang til å sette dokumentasjonskrav, men slik at hensynene til forholdsmessighet og konkurranse krever at slike krav er forholdsmessige for å ivareta oppdragsgivers interesser.

Det er i forliggende sak klart at kommunen har en berettiget interesse i å sikre at brøytingen i kommunen blir gjennomført på en god måte, og det er nødvendig med adekvat utstyr for å brøyte med tilstrekkelig fart og kvalitet.

Retten finner at listen over påkrevet utstyr i konkurransegrunnlagets punkt 3.5 stiller krav til helt spesifikt utstyr, slik som isskjær og to ulike typer snøskuffer, både en klappvingeskuffe og en snøskuffe på ca 5 kvm. At snøskuffen skal være ca 5 kvm, og

hverken større eller mindre fremstår nærmest som påfallende spesifikt. Alternativt utstyr som kan utføre samme oppgaver kan dermed ikke brukes, for eksempel veihøvel, eller større eller mindre snøskuffer. Det er ikke dokumentert for retten hvordan kommunen kom frem til listen, eller hvem i kommunen som har kompetanse til å spesifiser en liste over utstyr som er nødvendig, og uten fullgode alternativer. Det fremstår imidlertid som sannsynlig at utstyslisten er basert på det utstyret som historisk har vært benyttet, og dette er støttet av Hofsøy i hans partsforklaring. Slike krav kan vri konkurransen i favør av den eksisterende kontraktssinnehaver, og dermed kunne forhindre at nye aktører kommer til. Spørsmålet blir da om kommunen kunne sikret hensynet til god brøyting og adekvat utstyr på en annen måte enn ved å gjøre en liste over brøyteutstyr til et kvalifikasjonskrav, samt kreve at dokumentasjon over rådighet forelå allerede på tilbudstidspunktet.

Retten legger til grunn at det påkrevde utstyret er ukomplisert og kurant å få tak i (s.k. hylleware). Dette er basert på vitnemål fra representanter for GMI og Dagenborg. Det har også formodningen mot seg at normalt brøytemateriell skal være vanskelig å få tak i.

Retten finner at kommunens interesser ville vært tilstrekkelig ivaretatt ved et krav om de brøyteresultater som tilbyder skulle oppnå, samt et krav om at tilbyder skulle spesifisere utstyr og forutsatt metode for brøyting. Hensynet til seriøse tilbydere var ivaretatt ved kravene som er stilt til tilbyders økonomi. Kommunen kunne også stilt krav om at utstyret skulle disponeres før tildeling av kontrakt. Dette ville være tilstrekkelig for å sikre at antatt tilbyder faktisk vil disponere utstyret, men ville vært mindre byrdefullt for tilbyderne. Bevisførselen tilsier også at det er et uvanlig strengt krav at nyinvesteringer dokumenteres ved opsjonsavtaler.

Til støtte for dette synet vise retten til at kvalifikasjonskravene må utformes på en klar, presis og utvetydig måte, slik at det er mulig for alle ”rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører” å forstå kravene på samme måte, jf C-368/10 *Max Havelaar* premiss 109. Retten finner at kravet og dokumentasjonskravet ikke er klart og entydig, slik det er formulert i punkt 3.5:

«Utstyr og kjøretøy skal enten være eid av tilbyder på tilbudstidspunktet, eller fremlegge opsjonsavtale på kjøp, leie eller leasing, samt finansieringsbevis. Før kontraktssignering skal i så fall avtalene være signert, og fremlegges for kommunen.»

Første setning oppstiller to ulike alternativer hva gjelder disposisjon over utstyr og kjøretøy, enten skal det være eid på tilbudstidspunktet, eller så skal det fremlegges opsjonsavtale på kjøp, leie eller leasing. Ordlyden i andre del av setningen sier ikke noe om når opsjonsavtaler skal fremlegges. Fremlegging av dokumenter er imidlertid regulert i pkt 3.7, som sier at dokumentasjon ikke skal leveres inn sammen med tilbudet, men på forespørsel. Når det oppstilles strenge kvalifikasjonskrav må det også kreves at disse er helt klare. Det finner retten ikke er tilfelle, noe som styrker inntrykket av at de er uforholdsmessig strenge og begrensende.

Retten finner på denne bakgrunn at kvalifikasjonskravene knyttet til «diagonalplog, isskjær, klappvingeskuffe og Ca. 5 kbm. snøskuffe» ikke står i forhold til leveransen, og at kravet om at rådighet over dette skulle dokumenteres før tilbudstidspunktet, slik kommunen har forstått og praktisert kravet, ikke står i forhold til anskaffelsens karakter, omfang, betydning og planlagte bruk, jf FOA § 16-6 (4). Det var dermed ikke anledning til

å sette disse kravene, og de må ses bort fra ved den videre behandlingen. Det er ikke nødvendig for retten å ta stilling til kravet om disponering av lastebil eller traktor.

Etter dette forelå det ingen rett eller plikt for kommunen til å avvise tilbudet til HM, siden kommunens prinsipale og subsidiære anførsler om avvisning knytter seg til oppfyllelse av uforholdsmessige kvalifikasjonskrav.

HMs tilbud hadde laveste pris, og konkurransen hadde pris som eneste tildelingskriterie. Retten finner dermed at HM skulle ha vunnet konkurransen og fått tildelt kontrakten. HM har dermed sannsynliggjort et hovedkrav.

Kravet til sikringsgrunn vil lett være oppfylt nå det er grunn til å tro at utlyser vil inngå kontrakt med en annen leverandør enn saksøker, jf *Hans Flock, Midlertidig sikring – Arrest og midlertidig forføyning*, side 140. Retten finner at det er grunn til å tro at kommunen vil inngå kontrakt med SPA. Kommunen har innstilt SPA til kontrakten, og har ikke opptrådt på en måte som gir grunn til å tro at kommunen vil endre innstillingen uten å være rettslig forpliktet til det. Retten finner dermed at midlertidig forføyning er nødvendig for å få en midlertidig ordning i det omtvistede anskaffelsesforholdet, for å avverge en vesentlig skade eller ulempe for saksøker.

Retten finner at HM har en sterk interesse i å få utført kontrakten, som ikke fullt ut kan fylles ved å kreve erstatning for kontraktsinteressen. Kontrakten kan ha betydning for arbeidsplasser i bedriften, og det erfaringen med å utføre et offentlig brøyteoppdrag vil være verdifullt for bedriften. Retten viser også til at kommunen kan bebreides for å ha kommet i en vanskelig situasjon hva gjelder brøyteoppdrag, ved å ha begått feil ved utførelsen av tre konkurranser, slik at de to første måtte avlyses og billigste tilbyder urettmessig har blitt avvist fra den tredje. Videre har kommunen allerede inngått direktekontrakt med Skjervøy Park og Anleggsservice AS, slik at det kortsiktige brøytebehovet tilsynelatende er dekket. Retten finner det dermed at den skade eller ulempe som kommunen blir påført ikke står i åpenbart misforhold til den interesse Hofsøy Maskin har i at forføyning blir besluttet.

Begjæringen om midlertidig forføyning blir etter dette å ta til følge.

Etter resultatet skal saksøkeren tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 32-10, jf. § 20-2 første ledd. Saksøker har lagt frem sakskostnadsoppgave på kr 187 785, hvorav kr 58 925 knytter seg til perioden før begjæringen, kr 139 335 knytter seg til perioden fra begjæringen frem til muntlig forhandling. Kr 48 450 knytter seg til gjennomføring av to dagers muntlig forhandling. Retten har ikke kommentarer til beløpets størrelse, og viser blant annet til at saksøkte har lagt ned påstand om tilkjennelse av sakskostnader på kr 504 000. Retten har avgjort saken på et langt smalere grunnlag enn den bredden saksøker har anlagt saken i. Retten finner imidlertid at det kan forvares at saksøker har anlagt saken i betydelig bredde på bakgrunn av kommunens opptreden gjennom tre

konkurranser, slik denne er dokumentert for retten. Retten legger derfor saksøkers kostnadsoppgave til grunn.

Kostnadsbeløpet inkluderer ikke merverdiavgift, da den som får tilkjent sakskostnader driver næring med avgiftsplikt og kan føre merverdiavgiften til fradrag i sitt avgiftsregnskap.

SLUTNING

1. Skjervøy kommune forbys å inngå kontrakt i anbudskonkurranse om rammeavtale for vintervedlikehold av kommunale veier på Skjervøy inntil saken om tildelingens lovlighet er rettskraftig avgjort.
2. Skjervøy kommune pålegges å betale Hofstad Maskin AS sakskostnader med kr 187 785 – hundreogåttisyvtusensyvhundreogåttifem – kroner. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelsen.

Emil Algaard

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

*Dokumentet i samsvar med undertegnet original
Nord-Troms tingrett 22.12.2017*

Thea Myrvang

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner
Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling. Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.

NOTAT

Til	
Firma	Skjervøy kommune
Emne	
Fra	Robert Myhre
Vår referanse	RXM/RXM/54694/506/NOM/2905644.1
Deres referanse	
Dato	30. desember 2017
Ansvarlig advokat:	

Vi har nedenfor drøftet kjennelsen fra Nord-Troms tingrett, der kommunen forbys å inngå kontrakt med Skjervøy Park og Anlegg AS. Vår anbefaling er at kjennelsen bør påankes.

1. Overordnet om kjennelsen

Nord-Troms tingrett avsa kjennelse 22.12.2017, der kommunen forbys å inngå kontrakt frem til sak om lovligheten av tildelingen av kontrakten til Skjervøy Park og Anlegg er avgjort.

Kjennelsen tar altså ikke endelig stilling til om det foreligger brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, men har funnet det sannsynlig. Dersom kjennelsen blir rettskraftig, og kommunen ikke endrer tildelingen, innebærer dette at Hofsøy Mekaniske vil måtte ta ut søksmål mot kommunen for å få endelig fastslått om det foreligger brudd på regelverket.

2. Problemstilling

Problemstillingen nå er om kjennelsen skal ankes til lagmannsretten. I vurderingen bør det legges vekt på både kvaliteten på kjennelsen som er avsagt, og konsekvensene av ikke å anke.

3. Det omtvistede kravet i konkurransegrunnlaget

Det omtvistede kravet i konkurransegrunnlaget var et krav om at tilbyder skal disponere over en snøskuffe på "ca. 5 kbm." og vingskuffe, ved inngivelsen av tilbudet.

Kravet til snøskuffen ble fastsatt etter diskusjoner mellom undertegnede, Ole Rødum og Kjell Ove Lehne. Ønsket om at det skulle fastsette et klart krav, der det ikke var rom for skjønn, ble fremsatt av undertegnede. Dette var viktig for å unngå nye søksmålet og klager, med påstander om at kommunens saksbehandlere var inhabile eller forskjellsbehandlet tilbyderne.

Jeg har forstått det slik at selve størrelsen på snøskuffen, og kravet om vingskuffe, ble fastsatt etter intern diskusjon i kommunen. Vingskuffe kreves for at man skal

kunne brøyte bredere, og på den måten slippe å kjøre flere ganger (særlig ved kryss, snuplasser og fortau). Skjervøy tettsted er egentlig et stort boligfelt, der veiene er smale. Dette gjelder også der det er fortau. Det er viktig å få snøen med seg, og slippe å kjøre flere ganger.

Selve snøskuffen brukes stort sett til enten å lesse på snø på lastebiler, for å kjøre dette bort fra depo eller direkte bort på sjø, i tillegg til at den brukes til å brøyte med.

Uten klappvingskuffe, og med mindre skuff, vil det ta lengre tid å måke vekk snøen, og dermed få klargjort veiene ved snøfall. En skuffe på 5 kbm. ville etter kommunens skjønn være godt egnet til å sørge for rask måking, og det var samtidig en størrelse som ville være kurant å få tak i for tilbyderne.

Kravet om at tilbyder skal disponere over utstyret på tilbudstidspunktet ble satt av undertegnede. Dette var ikke bare et krav som gjaldt snøskuffe, men alt utstyr. Dette var viktig for å unngå at man fikk inn tilbud fra leverandører som det senere viste seg ikke kunne oppfylle kravet. Dette ville i verste fall kunne medføre at konkurransen måtte avlyses, dersom valgte leverandør ikke klarte å skaffe utstyret likevel.

Utgangspunktet var videre at det var tidsnød for kommunen, idet eksisterende kontrakt var i ferd med å løpe ut. Det var derfor viktig å unngå forsinkelser knyttet til diskusjoner med valgte leverandør om når utstyret skulle være på plass.

For å hindre at kravet ble unødvendig konkurransebegrensende, ved at tilbyderne måtte kjøpe inn skuffe for å delta i konkurransen, ble det uttrykkelig åpnet for at det var tilstrekkelig dersom tilbyder hadde en opsjonsavtale på kjøp eller leie som kunne utløses dersom tilbyder ble tildelt kontrakten. Men det måtte da samtidig dokumenteres finansiering av avtalen, og signert avtale med leverandøren måtte fremlegges før signering av kontrakten med kommunen.

4. Rettens vurdering

Retten la til grunn at kravet om en 5 kbm. snøskuffe "ikke står i forhold til leveransen", og at kravet om rådighet over snøskuffen skulle dokumenteres før tilbudstidspunktet "ikke står i forhold til anskaffelsens karakter".

Videre uttaler retten at kommunens interesse ville være tilstrekkelig ivaretatt ved at krav om brøyteresultatene leverandørene skulle nå, et krav om at tilbyder spesifiserte utstyr og metode for brøyting. Videre kunne kommunen stilt krav om at utstyret skulle disponeres før tildeling av kontrakt.

Basert på dette ble med andre ord kravet i konkurransegrunnlaget ansett for å være i strid med forskrift om offentlige anskaffelser §16-6 (4), som bestemmer at: "Dokumentasjonskravene skal stå i forhold til anskaffelsens karakter, omfang, betydning og planlagte brukt".

5. Vår vurdering av rettens kjennelse

5.1 Saksbehandlingsfeil i retten

Det er viktig å være oppmerksom på at saksøker ikke anførte at kravet om størrelsen på snøskuffen og tidspunktet for dokumentasjon på dette var i strid med regelverket. Dette har heller ikke vært diskutert i rettsmøtet, og kommunen har ikke hatt noen foranledning for å forklare seg om dette. Kjennelsen beror derfor på en klar saksbehandlingsfeil.

5.2 Krav om snøskuffe på 5 kbm.

Det er lagt til grunn at en snøskuffe på 5 kbm. ikke står i forhold til leveransen. Retten har vist til forskriften § 16-6 (4) som hjemmel for å underkjenne kommunens vurdering. Men bestemmelsen gjelder begrensninger i hvilken "dokumentasjon" oppdragsgiver kan kreve på at kvalifikasjonskravene er oppfylt. Det spørsmålet i denne saken gjelder, er om selve kvalifikasjonskravet er for strengt. Bestemmelsen regulerer derfor ikke problemstillingen i saken.

Juridisk sett er det opp til kommunen å vurdere hvilken størrelse på snøskuffen man trenger, så lenge vurderingen ikke er usaklig, grovt urimelig eller vilkårlig.

Kravet til snøskuffens størrelse mener vi klart ligger innenfor kommunens skjønn, og ikke er noe som domstolene kan overprøve. Retten sier da heller ikke hva som ville være "riktig størrelse" på snøskuffen.

Hensynet til en rask gjennomføring av brøytingen er et saklig hensyn, og domstolene kan ikke tvinge kommunen til å for eksempel nøye seg med en snøskuffe på 3 kbm. Retten har for øvrig lagt til grunn at snøskuffen skal være "ca 5 kvm, og hverken større eller mindre fremstår nærmest som påfallende spesifikt". Retten henviser til kvadratmeter, men det riktige skal være kubikkmeter. Retten har imidlertid også her misforstått kravene, idet det selvsagt ikke vil være noe i veien for å ha en snøskuffe som er større enn 5 kbm. Dette er så selvsagt, at det verken ble sagt uttrykkelig i konkurransegrunnlaget, eller anført av motparten.

5.3 Om kommunen må la være å sette krav til snøskuffens størrelse

Retten legger til grunn at kommunen ville være tilstrekkelig sikret ved ikke å ha et krav til utstyr, men i stedet sette krav til resultatet av brøytingen, og la det være opp til leverandørene selv å spesifisere utstyr som skal benyttes.

Heller ikke dette ble anført fra motparten.

Det er helt opp til kommunens skjønn om man vil spesifisere kravene til utstyr på forhånd, eller om man vil la valg av utstyr være helt opp til leverandøren. Dette er ikke en beslutning domstolene kan overprøve.

I dette tilfellet ble det besluttet å spesifisere kravene på forhånd. Rettens fremgangsmåte forutsetter at man klarer å lage en detaljert plan for brøytingen, som tar høyde for alle eventualiteter. Det er en bedre fremgangsmåte å la leverandøren ha en viss frihet i gjennomføringen av kontrakten, under forutsetning av at leverandøren har det utstyret som er nødvendig for å få gjennomført kontrakten på en tilfredsstillende måte.

5.4 Krav om at tilbyder skal disponere snøskuffen på tilbudstidspunktet

Videre har retten lagt til grunn at kravet om at snøskuffen skal være tilgjengelig på tilbudstidspunktet var i strid med regelverket, idet det ville være tilstrekkelig om utstyret var på plass før kontrakt ble inngått. Dette er begrunnet i at kravet er uforholdsmessig strengt.

Kravet er imidlertid i samsvar med regelverkets utgangspunkt, og godt innenfor kommunens skjønnsfrihet. I tillegg overser retten at det var åpnet for at man kunne legge frem en opsjonsavtale, dersom man ikke eide utstyret på tilbudstidspunktet. Rettens argumentasjon blir dermed basert på feil premisser, siden alle tilbydere kan delta i konkurransen slik kravet ble utformet.

5.5 Annet

Det var flere grunnlag for å avvise tilbudet fra Hofsføy Mekaniske AS, herunder manglende ESPD-skjema fra underleverandører. Dette er ikke berørt av retten. Dersom rettens vurdering legges til grunn, må konkurransen avlyses og gjennomføres på nytt. Det er ikke anledning til å se bort fra kravet, slik retten foreslår.

I og med at kommunen anfører at tilbudet skulle vært avvist på andre grunnlag også, mener vi dette skulle vært drøftet av retten.

6. Konsekvenser

Dersom kommunen ikke anker kjennelsen, har man to valg - enten å avlyse konkurransen, eller å avvente et søksmål fra Hofsføy Mekaniske AS, hvor tildelingen kreves satt til side. Slik rettens konklusjon er utformet, er det ingen tidsfrist for Hofsføy Mekaniske AS til å gå til søksmål. Det praktiske vil derfor være at kommunen avlyser konkurransen.

Dersom kommunen avlyser konkurransen, og gjennomfører den på nytt etter rettens forklaringer, vil dette medføre en kvalitativt dårligere og mer risikabel anskaffelse fra kommunens side.

Videre er det betydelig risiko for at det andre tilbyderne vil kreve erstatning fra kommunen. I tillegg er kjennelsen så mangelfull, at det er sannsynlig at valgte leverandør vil gå rettens vei for å kreve erstatning for tapt fortjeneste ved ikke å få kontrakten. Vi mener det er stor sannsynlighet for at tingretten i et nytt søksmål vil komme til at det ikke var brudd på regelverket likevel, og at konkurransen derfor ble avlyst uten saklig grunn. Risikoen for erstatning er derfor meget stor, slik saken står nå.

Dersom kommunen anker kjennelsen, kan lagmannsretten komme til tre resultater:

- a) at avvisningen av Hofsføy Mekaniske AS var i strid med regelverket
- b) at konkurransegrunnlaget var ulovlig utformet
- c) at kommunen ikke har brutt regelverket

7. Anbefalinger

Dersom lagmannsretten kommer til avvisningen av Hofsøy Mekaniske AS var ulovlig, vil løsningen være å annullere tildelingen og tildele den til Hofsøy Mekaniske AS. Siden denne tilbyderen har en lavere pris, vil dette være en økonomisk fordel for kommunen.

Dersom lagmannsretten legger til grunn at konkurransegrunnlaget var ulovlig utformet, vil det innebære at konkurransen må avlyses og gjennomføres på nytt. Men sannsynligheten for å bli saksøkt av valgte leverandør med krav om erstatning for tapt fortjeneste er da betydelig lavere, siden en kjennelse fra lagmannsretten i praksis vil ha betydelig vekt for tingretten i et senere søksmål.

Dersom lagmannsretten legger til grunn at kommunen ikke har brutt regelverket, vil utgangspunktet være at kommunen får dekket sakskostnadene også for tingretten. Kontrakt kan da bli inngått som planlagt.

Slik vi ser det, er det derfor en fordel for kommunen å få lagmannsrettens avgjørelse uansett hvilket resultat lagmannsretten måtte komme til. Det er på denne bakgrunn vår klare anbefaling å anke kjennelsen.

8. Saksbehandlingen i lagmannsretten

Hovedregelen er at behandlingen av anken skjer etter skriftlig saksbehandling, og at den normalt ikke bør ta mer enn et par - tre uker.

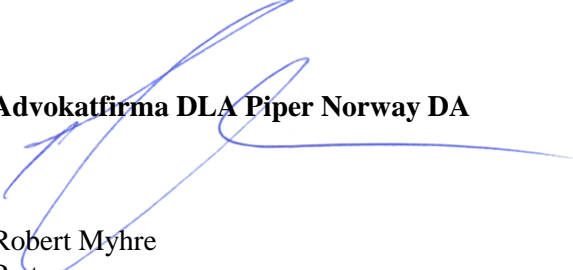
Lagmannsretten kan imidlertid bestemme at det er nødvendig med muntlig rettsmøte, og prosessen vil da ta en til to måneder.

Kostnadene for ankebehandlingen vil i stor grad avhenge av om retten legger til grunn muntlig eller skriftlig behandling, og hvor omfattende motparten gjør saken. I tingretten hadde motparten lagt til grunn en helt usedvanlig omfattende sak, med prosedyre på at alle tre konkurransene var i strid med regelverket, og at det forelå inhabilitet hos kommunens ansatte. Vi foreslå at behandlingen skulle ta én dag, mens motparten fikk gjennomslag for at det skulle benyttes to dager. Dette medførte store kostnader.

Siden hovedregelen er skriftlig behandling i lagmannsretten, vil vi anta (uforbindende) at våre kostnader vil være ca. 50.000,-. Dersom det blir nødvendig med muntlige forhandlinger, vil vi anta at kostnadene vil være ca. 150.000,-. Dersom det mot formodning skulle bli nødvendig med to dager i retten, vil kostnadene bli høyere. Lagmannsretten pleier imidlertid å ha bedre fokus ved behandling av søksmålene, og vil neppe akseptere to dager til behandling av saken.

Med vennlig hilsen

Advokatfirma DLA Piper Norway DA



Robert Myhre
Partner
Robert.Myhre@dlapiper.com