NOTAT

WAHL-LARSEN
ADVOKATFIRMA

Fra: Robert Myhre
Sak nr:
E-post: myhre@wla.no
Dato: 6. august 2017

Til: Skjervøy kommune
Att: Kjell Ove Lehne
E-post: KjellOve.Lehne@skjervoy.kommune.no

VEDR. KONKURRANSE OM SNØBRØYTING

Jeg viser til anmodning om å vurdere den rettslige situasjonen i en pågående konkurranse om snøbrøyting i Skjervøy kommune.

Jeg har nedenfro konkludert med at kvalifikasjonskravet om erfaring fra brøyting av offentlig vei ikke er i strid med anskaffelsesregelverket, og anbefalt kommunen å ikke endre kravet eller avlyse konkurransen.

1. BAKGRUNN

Anskaffelsen ble første gang kunngjort 16.3.2017, som en åpen anbudskonkurranse. Det ble stilt opp flere kvalifikasjonskrav for å delta i konkurransen. Herunder ble det stilt krav om at tilbyderne må ha erfaring fra tilsvarende oppdrag, både med hensyn til volum og kompleksitet. Dette skulle dokumenteres med en liste over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste tre år.

Konkurransen ble kunngjort etter lov om offentlige anskaffelser 16.7.1999 nr. 69, med tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser 7. 4.2006 nr. 402. Dette regelverket ble erstattet 1.1.2017 av lov om offentlige anskaffelser 17.6.2016 nr. 18, og forskrift om offentlige anskaffelser 20.4.2016 nr. 484.

Det vil si at konkurransen ble kunngjort etter tidligere gjeldende regelverk, hvilket det ikke var adgang til. Det nye regelverket har noen endringer, og

Wahl-Larsen Advokatfirma AS
Fr. Nansens pl. 5
0160 Oslo

Email: firmapost@wla.no
Telephone: 22 01 06 70

www.wla.no

selv om disse ikke på alle punkter er vesentlig annerledes, innebar dette en plikt til å avlyse konkurranse. Dette ble gjort straks kommunen ble oppmerksom på feilen.

I etterkant er det reist krav om erstatning fra Hofsøy Mekaniske AS. Prinsipalt er det krevd erstatning for den negative kontraktsinteressen (dvs. kostnader ved å ha deltatt i den avlyste konkurransen). Men det er også tatt forbehold om at det kan bli aktuelt å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen (dvs. tapt fortjeneste ved ikke å bli tildelt kontrakten). Erstatningskravene er avvist av kommunen, og det er sannsynlig at kommunen kan bli saksøkt.

Det ble deretter lyst ut ny konkurranse, etter gjeldende regelverk. I den nye konkurranse ble det stilt kvalifikasjonskrav om at tilbyderne blant annet må ha utført brøytetjenester på riks-, fylkes- eller kommunale veier de siste tre år.

Dette har resultert i at Hofsøy Mekaniske AS har klaget kommunen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Påstanden i klagen er at kommunen har brutt anskaffelsesregelverket ved å sette opp et konkurransebegrensende krav til tilbydernes kvalifikasjoner.

2. OM KOMMUNEN HAR BRUTT ANSKAFFELSESREGELVERKET I DEN NYE KONKURRANSEN

2.1. Rettslige utgangspunkt

Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver har en betydelig skjønnsfrihet med hensyn til hvilke kvalifikasjonskrav som ønskes oppstilt. Kvalifikasjonskrav er minimumskrav til leverandørenes egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet er å sikre at kontrakten gjennomføres på korrekt måte.

Regelverket stiller imidlertid opp noen grenser, herunder må kvalifikasjonskravene oppfylle de grunnleggende prinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 4. Dette innebærer blant annet at kravene må være

proporsjonale, ikke usaklig begrense konkurransen eller forskjellsbehandle leverandørene.

Et eksempel på oppdragsgivers skjønnsfrihet, finnes i EU-domstolens dom T-437/05. Saken gjaldt en anskaffelse av vakthold- og sikkerhetstjenester. Oppdragsgiver hadde stilt krav om minimum ett års ansiennitet blant de ansatte. Klager, tidligere leverandør på den nå kunngjorte kontrakten, hevdet at kravet var i strid prinsippet om likebehandling.

Det var på det rene at kravet var formulert klart, presist og utvetydig, og at kravet gjaldt samtlige leverandører. Dessuten var det, på bakgrunn av arbeidsoppgavene som skulle utføres, ikke upassende å kreve minst et års arbeidserfaring. For ledere på den enkelte lokalitet krevdes det minst fem års erfaring, og for vaktledere krevdes det tre års erfaring. Dette vitnet om at oppdragsgiver hadde tilpasset kravene om arbeidserfaring til den særlige karakteren av stillingen som skulle besittes. Dermed var kravet proporsjonalt i forhold til anskaffelsens art. Domstolen bemerket at et krav til lengre arbeidserfaring ville ha representert en urimelig konkurransebegrensning.

2.2. Om brøyteoppdraget konkurransen gjelder

I kravspesifikasjonen er det stilt mål med hensyn til snømengden, men det er også forutsatt at den som brøyter bruker sitt eget skjønn i tillegg, jf. punkt A1 andre ledd.

2.3. Om det aktuelle kravet

Det omtvistede kvalifikasjonskravet stiller krav om at tilbyderen har brøytet riks-, fylkes- eller kommunal vei i løpet av de siste tre år. Dette følger indirekte av at dette er stilt opp som et krav til dokumentasjon på kvalifikasjonene til tilbyderen. Dette innebærer at erfaring kun med brøyting av privat veg eller fortau ikke er tilstrekkelig.

2.4. Forskjeller på brøyting av privat veg og offentlig veg

Private veger er naturlig nok ulike med hensyn til utfordringer, omfang og krav til vedlikehold. Det er imidlertid noen særtrekk ved offentlige veg som i liten grad er tilstede på private veg:

- *Brøytstikk*:
  Offentlig veg har ofte brøytestikk langs veien, hvilket det ikke nødvendigvis er på en privat vei. Manglende, knekte eller for lave brøytestikk er en fare for brøytesjåførene, og kan bidra til utforkjøringer.

- *Annen trafikk*:
  Det er et annet trafikkbilde ved brøyting av offentlig vei. Påkjørsler, eller nesten-påkjørsler med tredjepart kan gi fatale konsekvenser. Det varierer om det er tredjepart som kjører på brøytebilen eller omvendt. Forbikjøringer på høyre side kan også forekomme. En privat veg vil i praksis ikke ha disse utfordringene.

- *Naboer og trafikanter:*
  Videre kan brøyting av offentlig vei gi hendelser hvor brøytesjåføren blir sjikanert eller truet av trafikant eller nabo. Erfaring kan bidra til en bedre håndtering av slike hendelser. Også dette er utfordringer man naturlig nok ikke møter på privat veg.

- *Faste gjenstander:*
  Private veger vil normalt være relativt korte, og det er derfor lett for entreprenøren som brøyter å skaffe seg kunnskap om vegen på forhånd. Ved brøyting av offentlig veg vil man derimot lettere komme bort i faste gjenstander som kantstein, fartsdumper, kumlokk eller lignende. Dette kan medføre skade på kjøretøy og utstyr, i tillegg til at de påkjørte gjenstandene kan bli skadet.

- *Snøskred:*
  Privat veg vil i praksis sjeldent være utsatt for snøskred. I Skjervøy er det strekninger på offentlig veg som er utsatt for snøskred, og det har tidligere vært dødsulykker som følge av dette. Dette stiller særskilte krav til aktsomhet og grundighet, og kunnskap om forebygging.

- *Tunell:*
  I Skjervøy er det videre tunell, hvilket det i praksis ikke er på private veger. Snø som blir liggende på sideareal i tunellens innkjøringssone kan medføre at biler mister kontrollen i tine- og fryseperioder. Fall i

vegbanen kan føre til at smeltevann renner over vegbanen og fryser til når temperaturen synker.

- *Busstransport:*
  Private veger har ikke busstransport. Busslommer hvor passasjerer venter på bussen, kan medføre at passasjerer glir og faller ut i vegen. Dette er spesielt kritisk hvis noen faller foran eller under bussen som er på veg inn i busslommen.

- *Vegkryss:*
  Offentlige vei har kryss, hvilket private veier sjeldent har. Manglende siktrydding kan medføre ulykker mellom bil og syklist.

- *Skilting:*
  Private veger har sjeldent skilting. Det er viktig for trafikksikkerheten at skilt også er synlige vinterstid. Spesielt viktige er fareskilt, fartsgrenseskilt og retningsmarkeringer i kurve.

- *Fotgjengeroverganger:*
  Private veger har, i motsetning til komunale veier, ikke fotgjengeroveranger. Der det er fotgjengeroverganger må det sørges for at disse blir tilgjengelige. Dvs. at adkomsten ikke stenges med høye brøytekanter i kryss eller inn mot fortauet

- *Parkerte biler:*
  Parkerte kjøretøy kan forhindre brøyting og føre til at brøyting og strøing vanskeliggjøres, og forhindre utrykningskjøretøy i å komme frem. Entreprenøren må derfor kunne varsle eierne for å få kjøretøyene fjernet, eller kontakte politiet for fjerning, jf. vegtrafikkloven § 37.

Kommunen vil i mange tilfeller ha et bredere perspektiv på de samfunnsmessige konsekvensene av arbeidet som utføres. Dette har konsekvenser for forventninger til sandstrøing og salting:

- Sandstrøing kan gi fare for steinsprut og støvplager. Produksjon av sand medfører naturinngrep, og natursand er en begrenset naturressurs. Det

er derfor viktig at forbruket ikke er unødvendig høyt. Det samme gjelder salting.

- Salting kan skade å vegetasjon langs vegen, gi korrosjonskader på biler, vegutstyr og betongkonstruksjoner, og ikke minst forurense vannkilder. Det er derfor viktig å begrense den totale saltmengden som brukes langs en veg.

Også konsekvensene av mangelfull brøyting vil være annerledes på offentlig vei.

- Det kan oppstå møteulykker som følge av at dårligere brøyting gir smalere kjørebane, friksjonsforhold som gjør at kjøretøy kommer over i motsatt kjørefelt, eller sporete vegbane.

- Fotgjengerulykker kan oppstå som følge av friksjonsforhold som gir økt bremselengde, dårlig brøytede fortau kan tvinge fotgjengere ut i kjørebanen, dårlig strøing kan føre til fallulykker, og redusert sikt ved krysningspunkt kan medføre påkjørsler. Dette krever derfor regelmessig en større grundighet og erfaring enn ved brøyting av privat veg.

- Ved ulykker som følge av mangler ved brøytearbeidet, kan kommunen bli erstatningsansvarlig.

Det er også noen risikofaktorer som er tilstede ved all brøyting, men som er mer kritiske ved brøyting av offentlig veg:

- *Blindsoner*:
  Blindsoner har vært årsak til flere ulykker. Lesseapparatet brukes til å heve og senke brøyteskjæret, og dette skaper ekstra blindsoner. Det er da viktig at fotgjenger/syklist har mulighet for blikkontakt med brøytesjåfør for å være sikker på at de er sett.

- *Bakovervent arbeidslys:*
  Brøyteutstyr som kjører med bakovervendt arbeidslys kan skape farlige situasjoner i trafikken. Ofte skjer det mens kjøretøyet bare forflytter seg uten at verken plog eller eventuell fres er i funksjon.

Bilfører som ligger bak brøytebilen blir blendet, og har store problemer med å foreta en sikker forbikjøring.

- *Høyt monterte kjørelys:*
  Høyt monterte kjørelys kan virke blendende på motgående trafikk

- *Jevn standard på vegnettet:*
  Av hensyn til trafikksikkerheten er det viktig at standarden på vegnettet er lik og at man unngår ulogiske sprang i standard i overganger mellom ulike roder, veger og kontrakter der hvor dette medfører økt risiko for ulykker. Sprang i standard kan føre til ulykker

- Arbeidsrekkefølge:
  Innen et område er det viktig å avklare arbeidsrekkefølgen for arbeid på gang-/sykkelveger, bussholdeplasser, tilgrensende veger osv.

- *Plogulykker:*
  Føreren må også alltid være oppmerksom på faren ved at plogen kan skjære over i motsatt kjørebane når plogen støter mot store og harde brøytekanter eller faste hinder i vegbanen. Plogens store kasteevne gjør at snømengder kan treffe personer og gjenstander med stor og ødeleggende kraft.

- *Valg av starttidspunkt:*
  Trafikkforholdene kan være avgjørende for valg av starttidspunkt. Service overfor trafikantene bør i slike tilfeller bety mye, i form av trafikksikkerhet og framkommelighet i et tidsrom som er kritisk for et stort antall trafikanter.

2.5. Om kravet er i strid med regelverket

Det er stilt krav om at tilbyderen har erfaring fra brøyting av riks-, fylkes- eller kommunal vei, og arbeidet som skal utføres gjelder kommunal vei. Det er altså erfaring med samme type arbeid.

Kravet forutsetter at arbeidet som utføres er gjort i løpet av de siste tre år. Denne begrensninger følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 16-6 (1)

b), som kun åpner for at man kan tillate eldre erfaring enn siste tre år dersom dette "nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse".

Kommunen har vurdert det slik at konkurransesituasjonen i dette tilfellet ikke påvirkes nevneverdig av om man åpner for eksempelvis erfaring fra siste fem år, og at det derfor ikke er adgang til å fravike hovedregelen.

Som det fremgår ovenfor, er det en rekke utfordringer og risikofaktorer ved brøyting av offentlig vei, som ikke er tilstede ved brøyting av privat vei. Det kan stilles spørsmål ved om kommunen i stedet for å kreve erfaring med brøyting av offentlig vei, i stedet stiller krav om for eksempel brøying av tunellåpninger, fotgjengeroverganger, skiltede vegstrekninger mv. Men det er i praksis vanskelig å gjøre dette på noen tilfredsstillende måte. Det er for eksempel neppe ønskelig å stille krav om erfaring med håndtering av hver enkelt av de risikofaktorer ovenfor (for eksempel tunellåpninger), men det er ønskelig at man har erfaring med mange av faktorene. Det er videre vanskelig å se for seg at tilbyderen kan ha slik erfaring, uten å ha brøytet offentlig vei. Det er derfor klart enklest, både for kommunen og tilbyderne, og mest forutsigbart for tilbyderne, at kommunen stiller kravet direkte opp mot brøyting av offentlig vei.

Med tanke på det store skadepotensialet som oppstår under utførelsen av brøytearbeidet, og konsekvensene av mangler, vil det være tillatt å stille strenge krav i dette tilfellet. Etter min mening er det innenfor regelverket å stille opp nevnte krav i denne konkurransen.

Det er ikke noe forbud i regelverket mot å oppstille andre kvalifikasjonskrav i en konkurranse, enn i en forutgående konkurranse som er blitt avlyst. At kravet var formulert noe annerledes av kommunen i den første konkurransen, er derfor irrelevant, så lenge endringen ikke er usaklig motivert.

2.6. Om det er anledning til å endre kvalifikasjonskravene i den pågående konkurransen

Forskrift om offentlige anskaffelser § 14-2 forbyr rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget som er vesentlige. I dette tilfellet vil en

endring av kravet øke kretsen av potensielle tilbydere, og dette vil måtte anses for en vesentlig endring.

Dette innebærer at en eventuell endring kun kan gjennomføres ved å avlyse konkurransen, og så utlyse konkurransen på nytt.

2.7. Om konkurransen kan avlyses, og ny konkurranse utlyses

En avlysning av konkurransen krever en saklig grunn, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 25-4. Jo tidligere i konkurransen avlysningen skjer, jo lettere vil kravet om saklig grunn være oppfylt. I dette tilfellet vil en eventuell avlysning skje like før tilbudsfristen løper ut, hvilket kan medføre spørsmål om kommunen burde eller kunne avlyst konkurransen på et tidligere tidspunkt. Dette kan bli brukt mot kommunen, og lede til et etterfølgende krav om erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Det er følgelig ikke nødvendigvis uproblematisk å avlyse konkurransen på dette tidspunktet.

En avlysning vil også skape vanskeligheter i forhold til den kommende vinteren, idet en ny konkurranse neppe vil være avsluttet i tide til å forberede oppstart, innkjøp av materiell og utstyr mv.

2.8. Konklusjon og anbefaling

Etter min vurdering er det kravet som er stilt til tilbydernes kvalifikasjoner ikke i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

Kravet er saklig begrunnet, og bør etter min oppfatning ikke endres.

En endring av kravet vil også medføre vanskeligheter for den kommende vintersesongen, og kan i verste fall medføre ytterligere krav om erstatning fra potensielle tilbydere.

Oslo 6. august 2017
Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Robert Myhre
advokat