



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede la ved valg av tilbud vekt på hensyn som ikke på forhånd var angitt som tildelingskriterier, og klagenemnda la til grunn at innklagede med dette hadde brutt forskriftens § 10-2 (2). Etter å ha mottatt en klage på valg av tilbud, valgte innklagede å avlyse konkurransen, for deretter å kunngjøre en ny konkurranse på i hovedsak samme forutsetninger. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagenemnda la til grunn at det var begått vesentlige feil.

Klagenemndas avgjørelse 17.11.2003 i sak 2003/216

Klager: Bioplan Hardanger AS

Innklagede: Avfallsbehandling Tromsø KF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: vektlegging av andre hensyn enn angitte tildelingskriterier. Saklig grunn for avlysning av konkurransen. Spørsmål om erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Bakgrunn

Første konkurranse

Avfallsbehandling Tromsø KF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 3.1.2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av et anlegg for optisk sortering av avfall. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, ut fra følgende kriterier (i ikke-prioritert rekkefølge):

"- Pris

- Eventuelle forbehold fra tilbyder

- Leveringstid

- Erfaring fra tidligere leveranser (referanser)"

Det skulle leveres inn to alternative tilbud, et dimensjonert for ett skift inntil 24.000 tonn pr. år, og ett for to skift over 15. □ 16.000 tonn pr. år. I konkurransegrunnlaget var også angitt en teknisk spesifikasjon, der visse funksjonskrav ble angitt. Blant annet fremgikk det at:

"- Anlegget skal være godkjent for å være betjent av kun 1 operatør. (dokumenteres)

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- Fargekoding skal enkelt kunne tilpasses av driftsoperatør. (dokumenteres)"

Innklagede mottok to tilbud. Ett fra Bioplan Hardanger AS (heretter kalt "klager") på hhv. kr. 12.985.000 eks. mva. og kr. 9.790.000 eks. mva. Tilbudet var utarbeidet i samarbeid med Cimbria Bioplan AS. Det andre tilbudet ble levert inn av Envac Norge AS (heretter kalt "EN"), og var på hhv. kr. 15.400.000 eks. mva. og 12.248.000 eks. mva.

Avklaringsrunder med leverandørene

Den 28.2.2003 sendte innklagede ut et brev til leverandørene, der det ble opplyst at:

"Ved gjennomgangen av de innkommene anbud viser det seg at forskjellene på de to anleggene er av en slik karakter at de definerte kriteriene i anbudsinnbydelsen ikke kan brukes til valg av leverandør.

Dette er forhold som vi som kriterieleverandør må ta på oss.

Viser til lov om offentlige anskaffelser og ser to mulige løsninger for å komme videre:

- 1. Ny anbudsrunde med utvidere kriterier og spørsmål*
- 2. Endre konkurranseform fra åpen anbudskonkurranse til konkurranse med forhandling.*

For å miste minst mulig tid ber vi om aksept fra tilbyderne om å gå for løsning 2. konkurranse med forhandling".

I brev 7.3.2003 besvarte klager henvendelsen:

"BioPlan Hardanger AS / Cimbria BioPlan AS kan akseptere at kommunen foretar de avklaringer som er nødvendig for å klargjøre anbudene. Det forutsettes imidlertid at de avklaringer som i tilfelle skal gjøres ligger innenfor de rammer anskaffelsesregelverket setter for forhandlinger og avklaringer ved anbudskonkurranser. Vi ber for ordens skyld om å få opplyst hvilke avklaringer Renovasjonen mener det er nødvendig å gjøre.

Vi legger til grunn at leverandørene i forbindelse med en slik avklaringsprosess blir stilt de samme spørsmål, og at prosessen er i tråd med opplysninger vi har fått fra Tromsø kommune."

Innklagede valgte deretter gjennom e-post den 10.3.2003 å stille begge leverandørene fem spørsmål vedrørende de tilbudte løsningene. Spørsmålene relaterte seg til løsningenes funksjoner, kapasitet og toleranse samt konsekvenser for drift, dersom visjonskamera på et bånd faller ut. Spørsmålene ble besvart i etterfølgende e-postkorrespondanse.

Styret besluttet etter dette å "inngå sluttforhandlinger" med EN. Dette ble meddelt leverandørene i brev 14.5.2003. Samtidig ble det opplyst at begge anleggene oppfylte de teoretiske krav angitt i konkurransegrunnlaget, og at:

"Styret i Avfallsbehandling Tromsø KF har valgt å legge stor vekt på den sikkerheten som ligger i at den ene konkurrenten har levert mange anlegg. Flere av disse anleggene ligger også i relativt kort avstand fra Tromsø og man ser mulighet for "backup-løsninger" og andre fellesløsninger. Dette ble vektlagt tungt fra styret □"

Klager protesterte etter dette skriftlig både på endringen til en konkurranse med forhandling, og på valg av tilbud.

Administrasjonen utarbeidet deretter et nytt forslag til styret, denne gang med forslag om at begge innkomne tilbud skulle forkastes og ny tilbudsrunde forberedes. Styret traff beslutning i tråd med administrasjonens anbefaling, og leverandørene ble orientert om beslutningen.

Klager protesterte i brev 14.8.2003 også mot denne beslutningen. Det ble vist til at administrasjonen hadde innstilt på at tilbudet fra klager skulle bli valgt, og at det ikke var gitt noen tilfredsstillende begrunnelse for forkastelsen av tilbudene. Det ble bedt opplyst hvilke ytterligere vilkår og kriterier innklagede ønsket å supplere konkurransegrunnlaget med, og nødvendigheten av dette.

Brevet fra klager ble ikke besvart, ut over at det i brev 18.8.2003 ble opplyst at "□ingen av anbyderne oppfylte samtlige kriterier som var satt i forespørselen. Bl.a. var det ikke vedlagt dokumentasjon fra Cimbria/Bioplan på godkjenning av kun en person som operatør eller at fargekoding enkelt skal kunne tilpasses."

Den andre konkurransen

Innklagede kunngjorde 1.9.2003 på nytt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av anlegg for optisk sortering av avfall. I konkurransegrunnlaget ble det vist til at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt ut fra følgende kriterier (ikke i prioritert rekkefølge):

"- *Pris*

- *Eventuelle forbehold fra tilbyder*
- *Leveringstid*
- *Erfaring fra tidligere leveranser (referanser)*
- *De krav som stilles i "Tekniske spesifikasjoner"*

Det ble vedlagt skisser over planlagt prosessbygg og sorteringsområde, i tillegg til at det ble angitt tekniske krav og spesifikasjoner til anleggene.

Så langt klagenemnda kan se, er kravene i det vesentlige tilsvarende de som ble lagt til grunn i konkurransegrunnlaget i den forutgående konkurranse. Blant annet var det således på nytt bedt om dokumentert godkjenning for drift av anlegget med én operatør.

Partenes anførsler

Klagers anførsler

Klager anfører at innklagede ikke hadde saklig grunn til å forkaste samtlige tilbud og utlyse en ny tilsvarende anbudskonkurranse. Forkastelsen er ikke begrunnet ut fra resultatet av konkurransen, men ut fra innklagedes ønske om å tildele kontrakten til EN, selv om klager har levert inn det beste tilbudet.

Beslutningen om å innlede sluttforhandlinger med EN var lovstridig. Beslutningen var begrunnet med at EN hadde levert det beste tilbudet, ikke med at tilbudene var ukorrekte, ufullstendige eller på annen måte uegnede. Innklagede har tvert om bekreftet at begge tilbudene oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget.

Innklagede har ikke fått samtykke fra klager til å endre konkurranseform. For en åpen konkurranse gjelder det et absolutt forhandlingsforbud. Hadde konkurranseformen blitt endret til konkurranse med forhandling, pliktet innklagede å forhandle også med klager.

Klager har i tilbudet garantert at anlegget kan betjenes av én operatør, og at denne enkelt kan skifte fargekoder. Når det gjelder kravet om at anlegget skal være godkjent for drift med én operatør, antar klager at dette sikter til godkjennelse fra Arbeidstilsynet. Det eksisterer imidlertid ingen ordning for forhåndsgodkjennelse for drift av anlegget med én operatør. Det er følgelig umulig å dokumentere dette på annen måte enn ved å beskrive anlegget i detalj. I tilbudet viste klager til bilder og beskrivelser av et tilsvarende anlegg, levert i Ryfylke. Innklagede var på befaring på dette anlegget våren 2003 og er kjent med at anlegget kan drives med én driftsoperatør.

Dokumentasjon for skifte av fargekoder vil fremgå av den endelige brukerveiledningen. Tilbudet inkluderte videre to uker med opplæring, nettopp for å sikre at driftsoperatøren kunne operere anlegget uten ytterligere bistand, herunder skifte fargekoder. Dette kan ikke dokumenteres på annen måte enn gjennom tilbudet.

Dette viser at den angitte begrunnelse ikke var den reelle begrunnelse for totalforkastelsen. Innklagede har ikke avvist noen av tilbudene. Eventuell ufullstendig dokumentasjon medfører uansett ingen tvil om rangeringen av tilbudene, og kan således ikke berettige avvisning. Det vises her til at innklagede var på befaring på tilsvarende anlegg i Ryfylke. Som begrunnelse for å gjennomføre en ny anbudsrunde eller å gå over til en konkurranse med forhandling, ble det tidligere vist til behovet for å endre kriteriene i konkurransegrunnlaget.

Å avvise tilbudet på grunn av manglende dokumentasjon er en ren hensiktsmessighetsvurdering, ikke en plikt. Uansett har innklagede akseptert eventuell manglende dokumentasjon, og dermed gitt avkall på muligheten for avvisning av tilbudet. Det var bekreftet overfor begge leverandørene at tilbudene oppfylte vilkårene i konkurransegrunnlaget.

Innklagede har i utstrakt grad benyttet seg av muligheten til å innhente avklaringer og supplerende dokumentasjon. Dersom klagers tilbud manglet dokumentasjon, er det uforståelig at innklagede ikke etterlyste dokumentasjonen eller ba om ytterligere redegjørelse.

"Backup-anlegg" var ikke nevnt i konkurransegrunnlaget, og kunne derfor ikke vektlegges ved valg av tilbud.

Erfaring med tidligere leveranser kan bare tillegges avgjørende betydning dersom leverandørene står omtrent likt med hensyn til pris og kvalitet. I så fall måtte dette vært opplyst på forhånd.

Utløsningen av den nye konkurransen fremstår som et forsøk på å omgå forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Den nye konkurransen er utlyst på samme vilkår og kriterier som den første. Videre er leverandørene nå kjent med hverandres priser, og det er ikke andre leverandører på markedet. En ny anbudskonkurranse vil derfor i realiteten kun innebære en forhandlingsrunde på pris.

Beslutningen om totalforkastelse og utlysning av ny anbudskonkurranse er lovstridig og må settes til side. Den nye konkurransen må derfor avlyses.

Klagers svar på henvendelsen fra innklagede om skifte av prosedyre kan ikke sees som en aksept av ny konkurranseform. Innklagede har rent faktisk heller ikke truffet noen beslutning om skifte av prosedyre, men begrenset seg til å be om avklaringer. At leverandørene har bekreftet eller utdypet tekniske detaljer, har ikke endret tilbudene på punkter av vesentlig betydning.

At styret besluttet å sluttforhandle kontrakten med EN, viser at styret må ha vært av den oppfatning at det hadde tilstrekkelig grunnlag til å foreta et valg mellom leverandørene.

Det er ikke gitt noen fornuftig begrunnelse på hvorfor styret besluttet å tildele kontrakten til EN. Administrasjonen innstilte på at kontrakten skulle tildeles klager. Det er heller ikke gitt noen fornuftig begrunnelse for hvorfor innklagede er besluttet å avlyse konkurransen og gjennomføre den på nytt på tilnærmet like forutsetninger.

Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler

Innklagede bestrider å ha brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Det var et misforhold mellom konkurransegrunnlaget/tildelingskriteriene og tilbudene slik de ble presentert. Innklagede hadde ikke nok opplysninger til å foreta et forsvarlig valg. Begge tilbudene var uklare på enkelte punkter, i tillegg til at de manglet dokumentasjon for punktene "*Godkjenning for betjening av kun 1 operatør*" og "*Fargekoding skal enkelt kunne tilpasses av driftsoperatør*".

Det fremgikk av saksfremlegget at begge anleggene *teoretisk* sett ville tilfredsstille kravene. Det er derfor misvisende når klager hevder at innklagede tidlig i prosessen la til grunn at tilbudene oppfylte vilkårene i konkurransegrunnlaget.

For å avhjelpe usikkerheten måtte innklagede gå inn i diskusjoner på et så detaljert nivå at man ville komme i strid med forhandlingsforbudet i forskriften. Selv om klagers aksept av å gå over til konkurranse med forhandling i ettertid har vist seg å være svært tvetydig, så ble det klart oppfattet av innklagede som en aksept. Innklagede har vært i god tro om dette.

Det er ikke tvilsomt at de svar klager ga på de fem spørsmålene fra innklagede, ville være i strid med forhandlingsforbudet ved en åpen anbudskonkurranse. Klager har gjennom konkludent adferd akseptert endring av prosedyreform.

Da klager påberopte seg forhandlingsforbudet i ettertid, aksepterte innklagede dette. Men innklagede var da i samme situasjon som i februar 2003, da man ba partene om aksept for å gå over til en konkurranse med forhandling. Å totalforkaste tilbudene var da både rettfærdig og riktig.

Det er ikke riktig at beslutningen om totalforkastelse var begrunnet i et ønske om å omgå forhandlingsforbudet, og dermed sette EN i en gunstigere posisjon i neste omgang. Beslutningen var kun basert på faglige tekniske vurderinger. Det har ikke vært noen form for forskjellsbehandling mellom leverandørene.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder varekjøp, og følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Klagenemnda legger til grunn at den første konkurranse er avlyst. Spørsmålet er om det var *saklig grunn* til å avlyse konkurransen, jf. forskriftens § 10-1 (1).

Så langt klagenemnda kan se, er avlysningen av den opprinnelige konkurranse begrunnet med at begge tilbud var uklare på enkelte punkter og manglet dokumentasjon for punktene om håndtering av én operatør og at fargekoding enkelt kunne tilpasses av driftsoperatør.

Det fremgår imidlertid at både administrasjonen og styret opprinnelig mente at dokumentasjonen var tilfredsstillende. Administrasjonen innstilte på at klagers tilbud skulle godtas, mens styret besluttet å velge tilbudet fra EN.

Klager har anført at innklagede må ha visst at anlegget kunne håndteres av én operatør, siden innklagede hadde besiktiget tilsvarende, eksisterende anlegg. Klager har også anført at dokumentasjon for fargekoding ikke kan gis på annen måte enn slik det er gjort i klagers tilbud. Ingen av disse anførsler er tilbakevist av innklagede. Innklagede har antydning at det også var andre mangler ved tilbudene, knyttet til oppfyllelsen av de tekniske spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Dette kan imidlertid ikke ses nærmere konkretisert.

Klagenemnda finner at innklagede ikke har kunnet redegjøre for hvilken dokumentasjon som har vært etterspurt, eller gi noen rimelig forklaring på den fremgangsmåte som er valgt. Beslutningen om avlysning som følge av manglende dokumentasjon mht håndtering og fargekoding virker ut fra dette usaklig. Klagenemnda mener at avlysningen av den opprinnelige konkurranse var i strid med forskriftens § 10-1 (1).

Når det gjelder gjennomføringen av avklaringsrunder med leverandørene, kan klagenemnda ikke se at disse hadde karakter av forhandlinger. Klagenemnda vil ellers bemerke at det i meddelelse 28.2.2003 til leverandørene om eventuelt å gå over til forhandlinger ble vist til at de *"definerte kriteriene i anbudsinnbydelsen ikke kan brukes til valg av leverandør"*. Til tross for dette gjorde innklagede ingen forsøk på å presisere eller endre kriteriene. I den etterfølgende konkurranse synes for øvrig kriteriene i det alt vesentlige å være de samme som i den første konkurranse.

Innklagede valgte å tildele kontrakt på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, og oppga de kriterier som ville bli tillagt vekt ved valg av tilbud, jf forskriftens § 10-3 (2). Alle kriterier som er angitt, skal evalueres, og det er ikke tillatt å legge vekt på andre kriterier enn de som er angitt. Det fremgår i brev 14.05.2003 at innklagedes begrunnelse for sitt valg var den sikkerhet som følger av at EN tidligere har levert mange anlegg, og mulighet for *"back-up-løsninger og andre fellesløsninger"* som følge av at flere av leverandørens anlegg lå i relativt kort avstand fra Tromsø sentrum. Disse forhold var imidlertid ikke angitt som kriterier for valg av tilbud. Avgjørelsen innebar således et brudd på forskriftens § 10-2 (2).

Klager kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse, dersom det foreligger vesentlige brudd på regelverket og det er klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud skulle vært valgt, jf. Rt. 2001 s. 1062. I vurderingen av om en feil er vesentlig, må det legges vekt på feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilene. Klagenemnda mener at innklagede i denne saken har gjort vesentlige feil. Klagenemnda har imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at klagers tilbud ville blitt valgt, dersom feilene ikke var begått.

Konklusjon:

Avfallsbehandling Tromsø KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) ved å legge vekt på back-upløsninger og andre fellesløsninger ved valg av tilbud, uten at dette var angitt som tildelingskriterium.

Avfallsbehandling Tromsø KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-1 (1) ved å avlyse en igangsatt anbudskonkurranse uten saklig grunn.

For klagenemnda,

Per Christiansen

17.11.2003