



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag. De generelle kravene i § 4. Avlysningsplikt

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om sluktømming. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at tildelingskriteriet «priser og kostnader» ikke ga tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 5. desember 2018 i sak 2017/140

Klager: Ragn-Sells AS

Innklaget: Oppegård kommune

Klagenemndas

medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Tone Kleven og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Oppegård kommune (heretter innklagede) kunngjorde 26. juni 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om sluktømming. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.4 estimert til kr. 1 200 000 per år. Rammeavtalen ble i kunngjøringens punkt II.2.4 oppgitt å skulle ha en varighet på ett år, med opsjon på forlengelse i ytterligere ett år. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.2 angitt til 17. august 2017.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.1.3 at konkurransen gjaldt rammeavtale for tømming av sluk/sandfang og spyling av avløpsledninger.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 3 «Del 3 – Tildelingskriterier» fremgikk det at valget av leverandør skulle skje på bakgrunn av tildelingskriteriene «priser og kostnader» (vektet 50 %), «løsningsforslag» (vektet 40 %) og «miljø» (vektet 10 %). Tildelingskriteriet pris skulle evalueres på bakgrunn av totalprisen i vedlagt prisskjema.
- (4) Prisskjemaet var utformet som følger:

	Benevnning	Antall/ estimer	DIN PRIS	TOTAL PRISER	Kommentar fra oppdragsgiver
1	Enhetspris for tømming per sandfang i henhold til arbeidsplan	1100	Kr 0	Kr 0	Enhetsprisen skal dekke tømming/spyling av sandfanget, samt spyling av avløpsledningene
2	Enhetspris for tømming per sandfang innen 3 timer bestilt av oppdragsgiver utenom arbeidsplan	25	Kr 0	Kr 0	Enhetsprisen per tømming skal dekke tømming av 1-10 sandfang per ordre. Enhetsprisen skal dekke tømming /spyling av sandfanget

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

3	Utskifting/montering av dykkere (alle typer). Enhetsprisen skal dekke arbeidskostnader	25	Kr 0	Kr 0	Enhetsprisen skal dekke arbeidskostnadener. Kostnader for anskaffelse inngår ikke i prisen.
4	TV-inspeksjon av rør fra sandfang, inklusive fremmøte/rigg og arbeidsvarsling	15	Kr 0	Kr 0	Enhetsprisen angis som stk. pris per sandfang.
	TILBUDSSUM				
Opsjon	Enhetspris for tømming per sandfang i henhold til arbeidsplan	1100	Kr 0	Kr 0	Enhetsprisen skal dekke tømming/spyling av sandfanget, samt spyling av avløpsledningene UTEN DEPONIAVGIFT
Opsjon	Enhetspris for tømming per sandfang innen 3 timer bestilt av oppdragsgiver utenom arbeidsplan	25	Kr 0	Kr 0	Enhetsprisen per tømming skal dekke tømming av 1-10 sandfang per ordre. Enhetsprisen skal dekke tømming /spyling av sandfanget. UTEN DEPONIAVGIFT
	SUM OPSJONER				
Timepriser	Regningsarbeider iht. kontraktens punkt 4.9	100	Kr 0	Kr 0	
	SUM				
	TOTALSUM (OVERFØRES TIL KGV)			Kr 0	

- (5) I kontraktsbestemmelsene, vedlagt konkurransegrunnlaget, fremgikk det i punkt 4.10.10 «Miljø» at leverandøren skulle garantere å oppfylle avtalens miljøkrav og gjeldende miljølovgivning i avtaleperioden.
- (6) Videre fremgikk det av kontraktbestemmelsene punkt 4.9 at «Vederlaget skal dekke alle kostnader med utførelse av arbeidet, inklusiv transport av avfall til midlertidig og permanent/godkjent deponi/fyllplass».
- (7) Innklagede mottok og besvarte følgende spørsmål 9. juli 2017:
- «Spørsmål 1: Hvor skal masser fra sluk deponeres?*
- Spørsmål 2: Hvilken tilstandsklasse er massene karakterisert som?*
- Spørsmål 3: Hvem skal dekke deponikostnadene?*
- SVAR 1: Hos godkjent deponi*
- SVAR 2: Tilbyder har ansvar for at massene blir deponert på godkjent deponi til riktig tilstandsklasse.*
- SVAR 3: Oppdragsgiver dekker deponikostnadene».*
- (8) Dette svaret ble sendt til alle som hadde meldt interesse for konkurransen.
- (9) Den 14. juli 2017 ble det stilt følgende spørsmål:

«I pkt. 1 og 2 på prisskjema står det ingenting om deponikostnader, kun at prisen skal dekke tømning/spyling av sand/anget og avløpsledningene. Under punktene opsjon skal prisen dekke tømning/spyling av sandfang og avløpsledningen UTEN DEPONIAVGIFT. Hva er forskjellen på pkt. 1 og 2, og punktene under opsjon i prisskjema?»

SPØRSMÅL: Er det slik å forstå at under pkt 1 og 2 skal vi gi pris inklusive deponering som oppdragsgiver betaler?».

- (10) Til dette svarte innklagede: *«Det er riktig. Tilbyder kan beskrive hvordan dette er beregnet i kolonne H i prisskjemaet».* Svaret ble sendt den 2. august 2017 til alle som hadde meldt interesse i konkurransen.

- (11) Den 4. august 2017 stilte klager følgende spørsmål:

«Basiskarakteristikken er helt avgjørende for hvilke deponier som kan ta imot avfallet. Oppdragsgiver skal betale deponikostnadene, men hvordan skal transportkostnadene til godkjent deponi prises, det står ingen ting om dette i prisskjemaet.»

- (12) Innklagede besvarte dette spørsmålet kun til klager, ikke de øvrige interesserte i konkurransen, og skrev:

«Oppdragsgiver kan ikke se at dette er relevant og minner om at denne avtalen gjelder sluktømning/slam og ikke avfallsprodukter. Massene som skal deponeres er i hovedsak sand, grus og andre biprodukter fra vei.»

- (13) Den 10. august 2017 kommenterte klager til innklagede at masser fra gatesluk/sandfang er forurensede masser, og at forurensningsgraden er avgjørende for hvor massene kan deponeres, og for kostnadene ved deponering. Innklagede svarte kun til klager og skrev;

«De fleste sandfangene i kommunen er langs boligveier med lite trafikk. Innholdet i sandfangene består for det meste av sand, grus og jord. Det er ikke husholdningsavfall i sandfangene, men masser. Det går frem av kontraktens punkt 4.9 at transport skal være inkludert i prisen.»

- (14) Den 15. august 2017 sendte klager en anmodning til innklagede om å endre konkurransegrunnlaget eller avlyse konkurransen.

- (15) Innklagede mottok fire tilbud innen tilbudsfristens utløp 17. august 2017, heriblant fra Norsk Gjenvinning AS (heretter valgte leverandør) og Sandnes transport AS. Klager leverte ikke tilbud.

- (16) Den 23. august 2017 sendte innklagede følgende melding til klagers advokat:

«[...] Deres klient stilte to spørsmål i konkurransen, henholdsvis 4. august og 10. august. Spørsmålene ble besvart samme dag, og ble besvart privat, da oppdragsgiver ikke anså at svaret var en supplerende opplysning, men snarere en konstatering av åpenbare fakta, jf. forskriftens §14-2(2). Det var mange firmaer som meldte interesse for konkurransen, og flere leverandører som ga tilbud. Ingen andre leverandører stilte lignende spørsmål, eller tok forbehold eller kommenterte de samme forholdene som

deres klient. Kommunen er heller ikke kjent med at deres bekymring har vært tatt opp av andre leverandører i lignende konkurranser eller i oppdrag for kommunen.

[...] Det er en forutsetning for denne konkurransen at massene kan deponeres på normal måte. Oppegård kommune vil selvsagt forholde seg til gjeldende lover og forskrifter ved gjennomføring av sluktømming.

For å sikre at leverandøren som får oppdraget kan gjennomføre det på en betryggende måte, er det også stilt et kvalifikasjonskrav i konkurransen der leverandøren må dokumentere tilsvarende oppdrag utført siste tre år.»

- (17) Av tilbudet fra valgte leverandør fremgikk det i prisskjemaet kolonne H at: «Basert på vår erfaring estimerer vi for ordens skyld at det i snitt er 400 kg avfall pr sluk. Dersom kg sluk avviker fra dette vil deponiavgiften også endre seg».
- (18) I tilbudet fra Sandes transport AS fremgikk følgende i kolonne H i prisskjemaet: «Deponiavgift kr 700,- pr tonn. Beregner ½ tonn pr sandfang».
- (19) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 5. september 2017.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. desember 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Saklig klageinteresse

- (21) Klager har saklig klageinteresse. Klager er en stor aktør i marked for avfallstjenester, herunder tømming av sandfang og spyling av avløpsledninger. Selskapet synliggjorde sin interesse for å delta via KGV og gjennom de spørsmål og oppfordringer som ble kommunisert før tilbudsfristen, men valgte å avstå fra å delta i konkurransen på grunn av at konkurransegrunnlaget var uklart.

Uklart konkurransegrunnlag - avlysningsplikt

- (22) Ved tilbudsfristens utløp fremgikk det ikke tilstrekkelig klart hvorvidt leverandørene skulle utføre basiskarakterisering og/eller bære risikoen for urene masser/ulike forurensningsgrader. Dette kan ha åpnet opp for usammenlignbare tilbud.
- (23) Innklagede etterspurte videre priser inklusiv deponering, som innklagede skulle betale, uten at konkurransegrunnlaget klargjorde forutsetningene for kalkulering av deponiavgift og transport. Det fremgikk verken mengde eller omfang av forurenset masse. Leverandørene har derfor lagt ulike forutsetninger til grunn for prisingen av deponiavgiften.
- (24) Konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av disse uklarhetene i konkurransegrunnlaget.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Saklig klageinteresse

- (25) Klager har ikke deltatt i konkurransen, og har ikke aktuell interesse i å få prøvd om det er begått feil i konkurransen.

Uklart konkurransegrunnlag

- (26) Konkurransegrunnlaget var ikke uklart. Det var ikke oppstilt krav om at tilbyderne skulle utføre basiskarakterisering, og dette ble presisert for klager før tilbudsfristen. Det er også klart at leverandøren bærer risikoen for hvor massene skal deponeres. Dette er også presisert i spørsmål av 09.07.17 (offentlig spørsmål). Det var ikke gitt informasjon som skulle tilsi at massene fra Oppegård kommune generelt var mer forurenset enn det tilbyderne kunne forvente.
- (27) Konkurransegrunnlaget åpnet ikke for usammenlignbare tilbud. Det fremgår klart av konkurransedokumentene at risikoen for deponiavgiften ligger hos innklagede.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager er en potensiell leverandør av tjenesten, men valgte ikke å delta i konkurransen som følge av de anførte uklarhetene i konkurransegrunnlaget. Klager har åpenbart saklig interesse i å få prøvd disse anførselene, jf. klagenemndsforordningen § 6 og eksempelvis sak 2017/84, premiss 30. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av en rammeavtale om sluktømming, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til kroner 1 200 000 per år, totalt kroner 2 400 000 i hele avtaleperioden. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Uklart konkurransegrunnlag - avlysningsplikt

- (29) Klager anfører at konkurransen skulle ha vært avlyst grunnet uklart konkurransegrunnlag. Klager viser til at innklagede etterspurte priser inklusiv transport og deponeringsavgift, uten at konkurransegrunnlaget klargjorde forutsetningene for kalkulering av deponiavgift og transportkostnader. Det fremgikk verken informasjon om mengder slam eller omfang av forurenset masse. Konkurransegrunnlaget åpnet derfor for at leverandørene kunne legge ulike forutsetninger til grunn i tilbudene.
- (30) Klagers anførsel knytter seg altså til hvordan leverandørene skulle besvare tildelingskriteriet «*priser og kostnader*».
- (31) Det følger av kravene til likebehandling og etterprøvbarehet i loven § 4 at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte, jf. klagenemndas sak 2016/155 med videre henvisninger. I sak 2016/155 uttalte Klagenemnda videre, under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC Construction), at dette innebærer et krav om 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*». Det avgjørende er hvordan konkurransegrunnlaget mest naturlig må forstås, ikke hva innklagede har ment, jf. også forskriften § 14-1 (5) hvor det fremgår at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.

- (32) I konkurransegrunnlagets prisskjema punkt 1 og 2 fremgikk det at leverandørene skulle gi en enhetspris for tømning per sandfang i henhold til arbeidsplan, og en enhetspris for tømning av sandfang utenom arbeidsplan. Enhetsprisen for tømning av sandfang utenom arbeidsplan skulle dekke tømning av 1-10 sandfang per ordre. Prisskjemaet inneholdt også to opsjoner for tømning av sandfang i henhold til og utenom arbeidsplan. Det var for disse opsjonspostene skrevet med store bokstaver at prisen var «*UTEN DEPONIavgift*». Dette var den eneste forskjellen på prispostene i punkt 1 og 2 og opsjonene.
- (33) Som svar på innkomne spørsmål sendte innklagede 9. juli 2017 en melding til alle som hadde meldt interesse for konkurransen. Her fremgikk det at massene fra sluk skulle deponeres hos godkjent deponi, at tilbyder skulle ha ansvar for at massene ble deponert på godkjent deponi til riktig tilstandsklasse, og at innklagede skulle dekke deponikostnadene.
- (34) Den 2. august ble det stilt spørsmål om prisene i punkt 1 og 2 i prisskjemaet skulle være inklusiv deponering, selv om det altså var innklagede som skulle betale deponeringsavgiften. Til dette svarte innklagede at: «*Det er riktig. Tilbyder kan beskrive hvordan dette er beregnet i kolonne H i prisskjemaet*».
- (35) Basert på dette finner klagenemnda at konkurransegrunnlaget må forstås slik at prisene i punkt 1 og 2 skulle inkludere deponiavgift, selv om det var oppdragsgiver som skulle betale denne avgiften. Leverandørene skulle være ansvarlig for å levere massene til riktig deponi og til riktig tilstandsklasse.
- (36) Hvor massene kan deponeres, og hva prisene for deponering blir, avhenger imidlertid av forurensningsgraden på massene. Også transportkostnadene, som skulle være innkalkulert i prisen, vil etter omstendighetene avhenge av forurensningsgraden.
- (37) Både informasjon om hvor store masser man kunne forvente, og forurensningsgraden på massene, var følgelig faktorer som påvirket leverandørenes priser. At det var innklagede som skulle betale deponiavgiften er uten betydning så lenge leverandørenes estimerer knyttet til avgiften påvirket de prisene som leverandørene konkurrerte med.
- (38) På tross av betydningen som disse opplysningene ville ha for utformingen av tilbudene, ga konkurransegrunnlaget ingen informasjon om hvor forurenset leverandørene kunne gå ut fra at massene var. Konkurransegrunnlaget sa videre ikke noe om hvor store masser som skulle legges til grunn for beregning av deponiavgiften. Slik klagenemnda ser det, kunne leverandørene ikke forventes å besitte denne kunnskapen selv. Spørsmålene som kom inn i løpet av konkurransen, indikerte nettopp at leverandørene manglet slik kunnskap.
- (39) Tilbudene som kom inn i konkurransen viser at leverandørene har lagt noe ulike volumer til grunn: Valgte leverandørs pris tar utgangspunkt i et estimat på 400 kg, mens det i tilbudet til Sandes Transport AS er lagt til grunn et halvt tonn. Nemnda finner grunn til å bemerke at konkurransegrunnlaget legger opp til at mesteparten av risikoen for for optimistiske estimerer knyttet til deponeringsavgiftene, påhviler innklagede, ikke leverandørene. Dette innebærer at leverandørene kunne prise deponeringsavgiften lavt, og på den måten komme bedre ut i evalueringen, uten å bære risikoen for en eventuell feilprising. Det kan på denne bakgrunn stilles spørsmål ved om prisskjemaet overhodet

var egnet til å identifisere det laveste pristilbudet, uten at nemda finner ikke grunn til å ta stilling til dette.

- (40) Etter klagenemndas oppfatning var konkurransegrunnlaget ikke utformet på en måte som ga tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Innklagede har dermed brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4.
- (41) Feilen har som nevnt påvirket utformingen av tilbudene, ved at leverandørene la ulike forutsetninger til grunn for prisingen. Konkurransen skulle følgelig ha vært avlyst, hvilket også gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Oppegård kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at tildelingskriteriet «priser og kostnader» ikke ga tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk