



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Advokatfirma Simonsen Vogt Wiig AS
Postboks 1280
7462 TRONDHEIM
Norge
Nils Christian Brandtzæg

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0136-21

Saksbehandler: Kristoffer Clausen

Dato: 30.11.2018

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 13. september 2017 på offentlig anskaffelse av kjøp av juridisk bistand i forbindelse med etableringen av et sentralt ettersorteringsanlegg for restavfall i Midt-Norge. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Trondheim kommune (heretter innklagede) sendte 15. februar 2017 ut invitasjoner til tre advokatfirmaer om å delta i en konkurranse om kjøp av juridisk bistand i forbindelse med etableringen av et sentralt ettersorteringsanlegg for restavfall i Midt-Norge (SESAM-prosjektet). De som mottok invitasjon var Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS (heretter klager), Deloitte Advokatfirma AS (heretter valgte leverandør) og Arntzen de Besche Advokatfirma AS. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget estimert til under 400 000 kroner. Tilbudsfrist var satt til 20. februar 2017.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 ble det gitt en kort beskrivelse av prosjektet. Det fremgikk her at SESAM-prosjektet er et interkommunalt samarbeid mellom 55 kommuner i Midt-Norge.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.6 var det fremhevet at:

«[...] Vi ønsker en utredning av alle forhold som ligger i dannelsen av et driftsselskap. Utredningen skal gi grunnlag for et nødvendig avtaleregime. Tilbyder skal lage utkast til avtaler. Følgende avtaler er viktige:

- Overordnet samarbeidsavtale
- Aksjonæravtale og vedtekter

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- *Leieavtale mellom selskap og Trondheim kommune som beskriver grensesnitt og risikoforhold. Herunder avtalens varighet og hvem som eier anlegg mm når avtalen går ut.*
 - *Avtale mellom driftsselskap og eierselskap/-kommuner om enerett til restavfall inkludert hvordan sortert avfall skal håndteres videre. Herunder avtalens varighet [...]».*
- (4) Videre var det fastslått at *«Utredningen må forankres i relevante regelverk og rettsavgjørelser, da særlig regelverk om offentlige anskaffelse, statsstøtteregelverk og selskapslovgivning»*, samt at *«Tilbyder skal omtale eventuelle tilliggende risikoområder juridisk sett»*.
- (5) Tilbudet skulle inneholde en beskrivelse av hvordan jobben var tenkt utført, herunder *«hvilket lovverk som det er aktuelt å ta inn»*. Videre skulle det fremgå av tilbudet at følgende tidsfrister ville bli overholdt:

«Foreløpig notat senest 17.03.17

Endelig dokument 31.03.17».

- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.1 fremgikk det at kontrakt skulle tildeles på bakgrunn av kriteriene *«Pris»*, *«Oppdragsbeskrivelse»* og *«Kompetanse»*, som var vektet henholdsvis 30, 30 og 40 prosent. Foruten kriteriet om *«Kompetanse»*, hvor det var påpekt at *«Oppdragsgiver vil anse det som en fordel at tilbyder har erfaring fra selskapsdannelser innenfor offentlig sektor og lovpålagte virksomheter til selvkost»*, var ikke kriteriene nærmere beskrevet.
- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 ble tilbyderne bedt om å oppgi hvem som ville bli brukt som saksbehandlere, med tilhørende CV og timepris.
- (8) Vedlagt konkurransegrunnlaget var en rapport som hadde blitt utarbeidet av valgte leverandør i forbindelse med anskaffelsens forprosjekt. Forprosjektet bestod i å redegjøre for fordeler og ulemper ved ulike organisasjons- og eierskapsmodeller i relasjon til bygging og drift av et regionalt ettersorteringsanlegg for restavfall. Utredningen omfattet en juridisk vurdering av regelverket for offentlige anskaffelser, statsstøtteregelverket, selskapslovgivningen og regelverket for skatt- og merverdiavgift.
- (9) Klager fikk torsdag 23. februar 2017 opplyst at valgte leverandør var innstilt som vinner av konkurransen. Klager var rangert som nr. 2. Av brevet fremgikk at klagefristen var tirsdag 28. februar 2017 kl. 16.00. I tillegg til skjema som viste poengsettingen under tildelingskriteriene, fremgikk følgende kommentarer til tilbudene:

«Det er liten forskjell i pris på de 3 tilbudene. Tilbyder nr. 2 [klager] er så vidt under de 2 øvrige.

Alle 3 har god kompetanse, men 2 av tilbyderne har mer relevant kompetansen enn den tredje.

Tilbyder nr. 1 [valgte leverandør] har levert en meget grundig oppdragsbeskrivelse hvor gjennomføring av oppdraget er meget godt beskrevet.

Tilbyder nr. 2 [klager] har levert en god beskrivelse av deler av oppdraget.

Tilbyder nr. 3 [Arntzen de Besche] har beskrevet kompetanse innen ulike sider ved oppdraget, men har i liten grad beskrevet oppdraget».

- (10) Klager påklaget innstillingen. I klagesvaret ble det påpekt at de to andre tilbyderne hadde tilbudt en pris som var åtte prosent høyere enn klagers, noe som medførte et avvik på ett poeng i henhold til en lineær modell. For tildelingskriteriene om «*Oppdragsbeskrivelse*» og «*Kompetanse*», var det særlig fremhevet at klager hadde scoret lavere enn valgte leverandør fordi klager – etter innklagedes vurdering – hadde en svakere kompetanse på avfallsområdet, samt at de hadde inngitt en svakere beskrivelse av spesifikke utfordringer for avfallsbransjen og selvkostregelverket. I tillegg var det påpekt at: «*Det at [klager] mener at de kan tilby kompetanse som går utover det etterspurte, slik som entrepriserett, vil ikke være relevant for vår vurdering*».
- (11) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 23. mars 2017.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. september 2017.

Sekretariatets vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av juridisk bistand knyttet til etableringen av et sentralt ettersorteringsanlegg for restavfall i Midt-Norge, som er en særlig tjeneste med CPV-kode 79100000 («*Juridiske tjenester*»). Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget estimert til under kroner 400 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften § 5-1.

Uforsvarlig saksbehandling

- (14) Klager har fremholdt at innklagedes saksbehandling strider med prinsippet om likebehandling og kravet om en reell konkurranse. Klager viser til at det er operert med korte frister, noe som må ses i sammenheng med at valgte leverandør hadde inngående kjennskap til anskaffelsen.
- (15) Innklagede bestrider dette, og viser for det første til at konkurransegrunnlaget ikke la opp til at tilbyderne måtte foreta særskilt inngående undersøkelser før tilbud ble inngitt. I tillegg var rapporten fra forprosjektet vedlagt konkurransegrunnlaget.
- (16) Forskriften del I oppstiller ingen krav til lengden på frister i anskaffelsesprosessen. En for kort frist vil imidlertid etter omstendighetene kunne være i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. At en leverandør har vært involvert i en tidligere fase av den aktuelle anskaffelsen, og dermed på forhånd har kjennskap til prosjektet, kan være en slik omstendighet.
- (17) Som innklagede har forklart, fikk de tre tilbyderne imidlertid tilgang på den samme informasjonen, herunder hele rapporten fra forprosjektet som valgte leverandør hadde utarbeidet. Selv om en større kjennskap til prosjektet klart nok vil kunne være en fordel, gjaldt valgte leverandørs utredning i forprosjektet utelukkende juridiske redegjørelser for fordeler og ulemper ved ulike eier- og organisasjonsformer. Slik sekretariatet ser det, ga konkurransegrunnlaget et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud innenfor den angitte fristen.
- (18) Klagers anførsel om uforsvarlig saksbehandling kan klart ikke føre frem.

Tildelingsevalueringen

- (19) Klager har videre anført at det er begått feil ved evalueringen av tilbudene. Det hevdes at vurderingene ikke er etterprøvbare, og at de dessuten fremstår vilkårlige. Innklagede har på sin side fremholdt at poengmodellen som ble brukt var forutberegnelig, og dessuten er anvendt likt og konsekvent overfor samtlige tilbydere.
- (20) Ved evalueringen av tilbudene utøver innklagede et innkjøpsfaglig skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Det kan imidlertid prøves om skjønnsutøvelsen er usaklig, uforsvarlig, basert på feil faktum, eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2016/201, premiss 25.
- (21) Klagenemnda har videre slått fast at oppdragsgiver – også i konkurranser der forskriftens bestemmelser om begrunnelser ikke får anvendelse – må gi en begrunnelse for valg av leverandør som gjør det mulig å bedømme om tildelingen er foretatt i samsvar med reglene i konkurransen, jf. eksempelvis sak 2008/153, premiss 60.
- (22) Hva gjelder tildelingskriteriet «*Pris*», har innklagede forklart at det ble anvendt en lineær beregningsmodell ved evalueringen. Innklagede har opplyst at de to andre tilbudene lå åtte prosent over klagers tilbud, noe som gav ett poengtrekk for disse to på priskriteriet. Klagers anførsler gir ikke holdepunkter for å konstatere at innklagede med dette har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (23) Når det gjelder tildelingskriteriet «*Kompetanse*», har innklagede forklart at valgte leverandør – i større grad enn klager – har sannsynliggjort kompetanse innenfor avfallsbransjen og selvkostregelverket. Valgte leverandør er på denne bakgrunn gitt full score (10 poeng) på dette kriteriet, mot 9 poeng til klager.
- (24) Det fremgår direkte av konkurransegrunnlaget at «*lovpålagte virksomheter til selvkost*» var et felt innklagede ønsket kompetanse innenfor, og at slik kompetanse ville bli ansett som en fordel. Videre følger det av anskaffelsens natur at kompetanse innenfor avfallsproblematikk eller tilgrensende områder ønskes. Sekretariatet kan dermed ikke se at innklagede har gått utenfor det som var påregnelig ut fra opplysningene i konkurransedokumentene.
- (25) Vedrørende tildelingskriteriet «*Oppdragsbeskrivelse*» har klager fremhevet at deres oppdragsbeskrivelse var «*betydelig mer omfattende og detaljert*».
- (26) Sekretariatet finner grunn til å påpeke at en beskrivelse som er mer omfattende og detaljert, ikke nødvendigvis er bedre enn en kortere beskrivelse av det samme oppdraget, såfremt den sistnevnte beskrivelsen i større grad berører de sentrale punktene i oppdraget.
- (27) Innklagede har forklart at valgte leverandørs oppdragsbeskrivelse gjorde nettopp dette, dvs. i større grad belyste spesifikke utfordringer knyttet til avfallsbransjen og selvkostregelverket. Etter innklagedes vurdering fremstår valgte leverandørs gjennomføringsevne mer helhetlig for oppdraget. Innklagede har på denne bakgrunn gitt valgte leverandør full score (10 poeng) på kriteriet «*Oppdragsbeskrivelse*», mot 8 poeng til klager.
- (28) Sekretariatet kan ikke se at innklagede med dette har utøvd et uforsvarlig skjønn. Klagers anførsler om brudd på regelverket ved evalueringen av tilbudene, kan klart ikke føre frem.

- (29) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Peter Aadland
Seniorrådgiver

Kristoffer Clausen
Førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Advokatfirma Simonsen Vogt Wiig AS	Postboks 1280	7462 TRONDHEIM Norge	Nils Christian Brandtzæg nils.christian.brandtzaeg@svw.no

Kopi til:

Trondheim kommune	Postboks 2300 Sluppen	7004 TRONDHEIM Norge	Audun Øwre Thorshaug audun- owre.thorshaug@trondheim.kommune.no
Advokatfirma Simonsen Vogt Wiig AS	Postboks 1280	7462 TRONDHEIM Norge	post.trondheim@svw.no