



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning, avvisning av leverandør, tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for innsamling og transport av slam. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å avlyse konkurransen. Klagenemnda kom til at det forelå saklig grunn for å avlyse konkurransen. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers anførsler om at valgte leverandør skulle ha vært avvist, og at evalueringen var usaklig, uforsvarlig og vilkårlig.

Klagenemndas avgjørelse 19. november 2019 i sak 2018/350

Klager: Perpetuum Miljø AS

Innklaget: Lofoten avfallsselskap IKS

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Lofoten Avfallsselskap IKS (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. april 2018 en åpen anbudskonkurranse om innsamling og transport av slam. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til ni millioner kroner. Tilbudsfrist var 16. mai 2018.
- (2) Av den tekniske beskrivelsen i konkurransegrunnlaget fremgikk det følgende om tjenesten som skulle anskaffes:

«Denne kontrakten gjelder innsamling og transport av slam fra husholdninger i kommunene Vågan, Vestvågøy, Flakstad og Moskenes. Området har ca. 22 000 innbyggere og ca. 4500 slamavskillere.»

- (3) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 60 prosent), «Kvaliteten på tilbudet» (vektet 20 prosent) og «Miljø, innovasjon og arbeidsmiljø ved gjennomføringen» (vektet 20 prosent).
- (4) Om «Miljø, innovasjon og arbeidsmiljø ved gjennomføringen» fremgikk det følgende av konkurransegrunnlaget:

<i>Kriterium</i>	<i>Vekt</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>Miljø, innovasjon og arbeidsmiljø ved gjennomføringen:</i>		

<p>Vurderes fra følgende:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tiltak for å redusere drivstoffbruk på kjøretøyene. Eventuell bruk av helelektrisk eller hybride løsninger. - Vil tilbyder arbeide systematisk som en del av et overordnet system innen miljøledelse. Dette kan være NS-EN ISO 14001 eller andre offentlig godkjente systemer for arbeids- og miljøledelse. - Hvordan innovasjon og nytenking er planlagt i oppdraget. - Fokus på hygiene for operatørene. 	20 %	<p>Dette kravet besvares med bl.a. følgende:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Planlagt plan for miljø herunder om tilbyder er offentlig miljøsertifisert - Beskrivelse av planlagte kjøretøyer som skal brukes i oppdraget. - Hvordan personell sikres et godt og sikkert arbeidsmiljø. - Planlagte «nyvinninger» i oppdraget.
---	------	--

- (5) Tildelingskriteriet «Pris» ble bedømt på bakgrunn av priser gitt i et prisskjema. Leverandørene ble bedt om å legge inn enhetspriser, basert på tanker av ulik størrelse og med egne priser for nødtømming. I beregningen av tilbudspriser ble enhetsprisene holdt opp mot forventet volum i kommunene som avfallsselskapet betjener. Det ble presisert at vederlaget i kontrakten ville bli basert på faktiske leveranser.
- (6) Innklagede hadde også gitt informasjon om forventet omfang av innsamlingen og transporten av slam, hvor det var gitt historiske tall for antall slamavskillere og tømmefrekvens. Det ble videre opplyst at slamavskillerne normalt ble tømt en gang hvert andre år, mens slamavskillere for fritidsbebyggelse ble tømt en gang hvert fjerde år.
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Ståle Holdahl Maskin og Transport AS (heretter *valgte leverandør*) og Perpetuum Miljø AS (heretter *klager*).
- (8) Ved brev av 4. juni 2018 sendte innklagede ut tildelingsmeddelelse til leverandørene. Av brevet fremgikk det følgende:

*«Ved evaluering av anbudene framstår **Ståle Holdahl Maskin og Transport AS** sitt tilbud som det økonomisk mest fordelaktige ut ifra kriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. Se vedlagte anbudsevaluering.*

Lofoten Avfallsselskap IKS har derfor den 4. juni 2018 besluttet å tildele kontrakten for «Innsamling og transport av slam» til Ståle Holdahl Maskin og Transport AS.»

(9) Ved brev av 15. juni 2018 påklaget klager tildelingsbeslutningen. Klagen ble prinsipalt begrunnet med at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen, og subsidiært at evalueringen av tildelingskriteriene var usaklig, uforsvarlig og vilkårlig.

(10) Ved e-post av 20. juni 2018 meddelte innklagede at konkurransen var avlyst. Det fremgikk følgende av meddelelsen:

«Med bakgrunn i at det er noen uklarheter i konkurransegrunnlaget avlyses konkurransen og ny konkurranse vil bli kunngjort så raskt som mulig.»

(11) Ved brev av 4. juli 2018 mottok klager en nærmere begrunnelse for hvorfor konkurransen ble avlyst. Av brevet fremgikk det følgende:

«Oppdragsgiver besluttet å avlyse konkurransen fordi tildelingskriteriet «Miljø, innovasjon og arbeidsmiljø ved gjennomføringen» ikke fremstod som egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for LAS. Etter at tilbudene kom inn, viste det seg å være vanskelig å evaluere tilbudene opp mot dette kriteriet, blant annet fordi tilbudene til dels var vage når det gjaldt de planene som forelå for den enkelte tilbyder. LAS vil derfor utlyse konkurransen på nytt og med tildelingskriterier som forhåpentligvis gjør det lettere å sammenligne tilbudene.»

(12) Det ble deretter utlyst ny konkurranse som ble avlyst 5. august 2018 med følgende begrunnelse:

«Begrunnelsen for at konkurransen avlyses er at det er en feil i prisskjemaet ved at det var satt opp for mange tømminger. Dette vil bli rettet opp og konkurransen vil bli utlyst på nytt om kort tid.»

(13) Konkurransen ble så utlyst på nytt. I tildelingsbrev av 26. september 2018 ble det opplyst at valgte leverandør var tildelt oppdraget, og at klager ble innstilt som nummer tre. Kontrakt ble etter dette inngått med valgte leverandør.

(14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage av 28. september 2018.

(15) Nemdsmøte i saken ble avholdt 11. november 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(16) Klager anfører at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurranse nummer én. Konkurransegrunnlaget var ikke uklart, og tildelingskriteriene var lovlige.

(17) Klager anfører videre at klager skulle ha vært innstilt som vinner av konkurransen. Klager anfører prinsipalt at klager skulle ha vært innstilt som vinner av konkurranse nummer én, da Ståle Holdahl Maskin og Transport AS skulle ha vært avvist fra konkurransen. Subsidiært anfører klager at klager skulle ha vært innstilt som vinner av konkurranse nummer én, som følge av at evalueringen og poenggivningene var usaklig, uforsvarlig og vilkårlig.

(18) Klagenemnda bes uttale seg om erstatning for den positive og negative kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Det forelå saklig grunn for å avlyse konkurransen.
- (20) Dersom det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, hadde innklagede uansett en rett og plikt til å avvise klagers tilbud, da klager hadde tatt flere forbehold fra konkurransegrunnlaget.
- (21) Valgte leverandør skulle ikke vært avvist, da valgte leverandør oppfyller kravene om «*relevant erfaring*» fra tilsvarende oppdrag.
- (22) Tildelingsevalueringen var riktig.
- (23) Det foreligger verken ansvarsgrunnlag eller årsakssammenheng for den positive kontraktsinteressen.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder innsamling og transport av slam som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til ni millioner kroner. Kontraktens varighet er fire år med opsjon på forlengelse med inntil 1+1 år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (25) Klager anfører at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse den første konkurransen.
- (26) Det følger av forskriften § 25-4 (1) at oppdragsgiver «*kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn*». Dette kravet til saklig grunn for å avlyse en konkurranse ble behandlet av Høyesterett i sak HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen-saken). Høyesterett stadfestet først at det normalt ikke foreligger en plikt til å inngå kontrakt. En avlysning uten at det foreligger en saklig grunn, kan imidlertid gjøre oppdragsgiver erstatningsansvarlig.
- (27) Høyesterett ga følgende overordnede utgangspunkt for vurderingen av om det foreligger en saklig grunn for avlysning:

«Etter Høyesteretts praksis er det sentrale om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, jf. Rt-2007-983 SB Transport avsnitt 91, som igjen viser til kjøremålsutvalgets avgjørelse i Rt-2001-473 Concord. En totalvurdering innebærer etter mitt syn at det er rom for å ta i betraktning både subjektive og objektive omstendigheter – for å bruke NOUens terminologi – forutsatt at de er saklige. Illojale hensikter, for eksempel å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, vil ikke gi saklig grunn til å avlyse.»
- (28) Med dette som bakgrunn går klagenemnda over til å vurdere om avlysningen etter en totalvurdering var saklig begrunnet.
- (29) Innklagede avlyste konkurransen etter at kontrakt var tildelt. På dette tidspunktet stilles det strengere krav til avlysningsgrunnen enn når konkurranser avlyses på et tidligere tidspunkt, for eksempel før tilbudsfristens utløp.

- (30) Innklagedes begrunnelse for avlysningen var at det var «*noen uklarheter i konkurransegrunnlaget*». I den nærmere begrunnelsen har innklagede forklart at tildelingskriteriet «*Miljø, innovasjon og arbeidsmiljø ved gjennomføringen*» ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (31) Det aktuelle tildelingskriteriet er gjengitt i avsnitt 4 foran. Klagenemndas utgangspunkt er at tildelingskriteriet legger opp til å vurdere sterke og svake sider ved gjennomføringen av den tilbudte tjenesten innen «*Miljø, innovasjon og arbeidsmiljø ved gjennomføringen*». Vurderingstemaet er ytterligere konkretisert i beskrivelsen som ledsaget tildelingskriteriet, hvor innklagede har konkretisert hva som anses som relevant i bedømmelsen av «*Miljø, innovasjon og arbeidsmiljø ved gjennomføringen*». Det er også angitt hvordan disse sidene ved den tilbudte leveransen skulle beskrives i tilbudene.
- (32) Slik klagenemnda forstår tildelingskriteriet, legger det opp til å vurdere sider ved tilbudene som er relevante for gjennomføringen av det aktuelle oppdraget. Tildelingskriteriet har følgelig tilknytning til leveransen.
- (33) Innklagede har forklart at det viste seg å være vanskelig å evaluere tilbudene opp mot tildelingskriteriet, blant annet fordi tilbudene «*til dels var vage når det gjaldt de planene som forelå for den enkelte tilbyder*». Innklagede har videre forklart at dette medførte at det var vanskelig å skille tilbudene fra hverandre på dette kriteriet.
- (34) Til dette bemerker klagenemnda at tildelingskriteriet fremstår som tilstrekkelig klart utformet. Som nevnt, er vurderingstemaene konkretisert i beskrivelsen og dokumentasjonskravet som fulgte kriteriet. Slik kriteriet er utformet, mener klagenemnda at leverandørene måtte kunne forstå hvilken merverdi som ville gi uttelling i evalueringen, særlig når kriteriet leses i lys av konkurransegrunnlaget for øvrig.
- (35) Den normale konsekvensen ved vage eller mangelfulle besvarelser av et tildelingskriterium er at tilbudets uttelling på kriteriet reduseres fordi det ikke er synliggjort en merverdi. Gjennomføringen av konkurransen gir for øvrig ikke holdepunkter for at evalueringen har gitt slike utfordringer som innklagede har påberopt. Etter det klagenemnda er kjent med, har ingen av leverandørene – verken under gjennomføringen av konkurransen eller senere – hevdet at tildelingskriteriet var uklart. I den opprinnelige evalueringen mente også innklagede at tildelingskriteriet var egnet til å skille mellom tilbudene. Det ser ikke ut til at innklagede på dette tidspunktet mente at tildelingskriteriet var uegnet.
- (36) Klagenemnda er etter dette ikke enig i at tildelingskriteriet «*Miljø, innovasjon og arbeidsmiljø ved gjennomføringen*» var uegnet, og at dette representerte en saklig grunn for avlysning av konkurransen.
- (37) I HR-2019-1801-A slår Høyesterett fast at en rettslig usikkerhet på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, kan være en saklig grunn for å avlyse en konkurranse. Klagenemnda har ikke sett det som nødvendig å vurdere om utformingen av tildelingskriteriet ga grunnlag for en slik rettslig usikkerhet. Grunnen til det er at klagenemnda mener at det forelå en annen saklig grunn til å avlyse konkurransen. I den nevnte høyesterettsdommen la Høyesterett til grunn at vurderingen av saklig grunn også kan bygge på andre begrunnelser enn den oppdragsgiveren ga på avlysningstidspunktet.

- (38) Innklagede har vist til at anskaffelsens verdi var estimert til ni millioner kroner, basert på budsjett fra foregående år, men at tilbudsprisene viste seg å være betydelig høyere. Under gjennomføringen av konkurranse nr. to, hvor verdien var estimert til 15 millioner kroner, oppdaget innklagede at det var en feil i prisskjemaet som førte til at prisene ble høyere enn de skulle ha vært. I prisskjemaet var antall septiktanker korrekt angitt, men det var ikke tatt høyde for at helårsboligers tanker skulle tømmes hvert andre år, eller at fritidsboligers tanker skulle tømmes hvert fjerde år. Skjemaet la derfor opp til en vesentlig større volumberegning av enhetsprisene inn i totalprisen på handlekurven enn det erfaringstallene ga grunnlag for. Etter å ha rettet opp prisskjemaet i en ny konkurranse var den laveste tilbudsprisen ca. 7,5 millioner kroner.
- (39) Totalprisen som ble beregnet i prisskjemaet, var synlig for leverandørene. Det er derfor grunn til å anta at leverandørene ved prisingen også så hen til sine totalpriser, slik de fremgikk av prisskjemaet. Enhetspriser påvirkes ofte av forventet volum. Det er ikke gitt at leverandørenes enhetspriser – og prisdifferansene – ville ha vært de samme hvis prisskjemaet hadde vist en korrekt beregning av volum i handlekurven i samsvar med innklagedes forventede behov. Den store forskjellen mellom volumtallene som lå til grunn for totalprisene som ble beregnet og de korrekte volumtallene, kan derfor ha påvirket leverandørenes prising.
- (40) Klagenemnda kunne ha ønsket at innklagede i større grad hadde konkretisert hvorfor feilene i prisskjemaet hadde betydning for utfallet av konkurransen. Dette er et sentralt tema i vurderingen av om feilen utgjorde en saklig grunn for avlysning. Når forskjellene mellom etterspurt og forventet volum var såpass store, har klagenemnda likevel – under noe tvil – falt ned på at denne feilen utgjorde en saklig grunn for avlysning av konkurransen.
- (41) Klagers anførsel har etter dette ikke ført frem. Klagenemnda finner da heller ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler om feil ved gjennomføringen av konkurransen. Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12.

Konklusjon:

Lofoten avfallsselskap IKS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk