



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Feil i/uklart konkurransegrunnlag.
Tildelingsevaluering.

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse om avhenting og transport av avfall fra fire gjenvinningsstasjoner på Nord-Jæren. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved tildelingsevalueringen, da kjøretøyenes alder hadde blitt vektlagt. Anførselen førte ikke frem. Klager anførte videre at innklagede hadde brutt regelverket ved å vektlegge tidligere egen erfaring med leverandørene, noe som hadde slått dårlig ut for klager. Klagenemnda kom til at dette utgjorde et brudd, da det var i strid med lovens krav til etterprøvbarhet.

Klagenemndas avgjørelse 12. august 2019 i sak 2019/363

Klager: Westco Miljø AS

Innklaget: IVAR IKS

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) IVAR IKS (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. februar 2019 en åpen anbudskonkurranse om avhenting og transport av avfall fra fire gjenvinningsstasjoner på Nord-Jæren. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 16 millioner kroner. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen satt til 1. april 2019.
- (2) Kontrakten skulle ha en varighet på to år med opsjon på ett pluss ett år.
- (3) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle tildeling skje på bakgrunn av hvilket tilbud som representerte det beste forholdet mellom tildelingskriteriene «*Pris / Kostnad*» og «*Service og gjennomføring*», vektet henholdsvis 80 og 20 prosent. Under sistnevnte tildelingskriterium fremgikk det at «*Oppdragsforståelse og løsningsforslag*», «*Avvikshåndtering*» og «*Vaktordning*» skulle vurderes. Tilhørende dokumentasjonskrav til kriteriet var «*Løsningsbeskrivelse/gjennomføringsplan*».
- (4) Av dokumentet som var omtalt som «*Kravspesifikasjon/oppdragsbeskrivelse*» fremgikk det blant annet følgende under punktet om «*Transport*»: «*Det forutsettes at leverandøren har nødvendig kapasitet/ressurser, slik at transporten kan utføres på en rasjonell måte. Beskrivelse av transportutstyr og kapasitet skal vedlegges tilbudet*».
- (5) Videre stod det følgende om tildelingskriteriet «*Service og gjennomføring*»:

«Det er viktig for oppdragsgiver at transport av avfallsfraksjoner gjennomføres som avtalt og til avtalt tid. Tilbyder skal beskrive hvordan han planlegger å gjennomføre

oppdraget på en tilfredsstillende måte mht. planlegging, bruk av personell og kjøretøy/utstyr, vedlikeholdsrutiner, vaktordning etc. Beskriv spesielt hvordan avvik som frafall av kjøretøy (f.eks. ved havari eller service) og fravær av personell (f.eks. sykefravær) vil bli håndtert i forhold til en kontrakt med IVAR IKS».

- (6) Det kom inn to tilbud innen fristen, henholdsvis fra Stangeland Maskin AS og Westco Miljø AS (heretter *klager*).
- (7) Av tildelingsbeslutningen datert 10. mai 2019 fremgikk det at Stangeland Maskin AS (heretter *valgte leverandør*) vant konkurransen med en summert vektet score på 9,14 poeng mot klagers 8,98 poeng.
- (8) Om evalueringsmetode var det opplyst: *«Det er brukt en lineær evalueringsmetode der det beste tilbudet er gitt 10 poeng, mens det andre er gitt poeng ut i fra dette. For «pris/kostnad» har tilbudet med den laveste summen fått 10 poeng mens score for det andre tilbudet er regnet ut i fra formel. For kriteriet «Service og gjennomføring» er flere momenter vurdert på samme måte, vektet og summert».*
- (9) På *«Pris/kostnad»* hadde klager fått full score (8,0 vektete poeng) mot valgte leverandørs 7,14 vektete poeng. På tildelingskriteriet *«Service og gjennomføring»* fikk klager 0,98 vektete poeng, mens valgte leverandør fikk full score (2,00 vektete poeng).
- (10) Under presentasjonen av *«Service og gjennomføring»* fremgikk det at *«bilpark og materiell, responstid, back-up ved sykdom og havari, og organisering/gjennomføringsplan»* hadde blitt vurdert, og var grunnlaget for poengsummene. Om vurderingen av *«bilpark og materiell»* het det at *«[valgte leverandør] har som policy at biler og maskiner skal være maks 6 år gamle. En slik utskiftningsfrekvens er med på å sikre god driftssikkerhet og miljømessige gevinster. [Klager] har ikke oppgitt at de har tilsvarende utskiftning, men at de fortløpende investerer i biler og utstyr».*
- (11) Videre fremgikk det følgende om evalueringen:

«Begge tilbyderne har egne verksteder med fagfolk som vedlikeholder og fikser biler og materiell, men [valgte leverandør] har betydelig større verkstedskapasitet enn [klager]. Videre har [valgte leverandør] oppgitt kortere responstider for noen av hentestedene. Dette er imidlertid ikke vektlagt så mye da begge tilbyderne har tilfredsstillende responstider.

Både [valgte leverandør] og [klager] er ISO-sertifisert ihht NS-EN ISO 9001:2015 og NS-EN ISO 14001 :2015. [Valgte leverandør] har med i kvalitetssystemet deres at avvik skal rettes innen 2 timer. [Klager] har ikke oppgitt at de har tilsvarende krav i sin avviksbehandling. De opplyser at avvikene blir registrert og tildelt ansvarlig saksbehandler. IVAR har hatt blandete erfaringer med avvikshåndteringen hos [klager] i inneværende avtaleperiode, og de scorer derfor lavere enn [valgte leverandør] på dette.

Ved sykdom og havari oppgir begge tilbyderne at de har god kapasitet til å kunne sette inn erstatning for personell eller havarert materiell. IVAR har erfart at [klager] ikke alltid har klart å håndtere dette slik man forventer. Dette er et viktig punkt for IVAR og [klager] er trukket for dette».

- (12) Ved brev av 25. mai 2019 utdypet innklagede overfor klager hvilke erfaringer dette gjaldt.

- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. juni 2019.
- (14) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. august 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget at innklagede ville vektlegge kjøretøyenes alder. Dette har slått negativt ut for klager, som kunne ha gitt opplysninger som ville talt for at valgte leverandør ikke hadde et konkurransefortrinn vedrørende dette. Basert på begrunnelsen som er gitt må derfor konkurransegrunnlaget anses uklart og i strid med loven § 4.
- (17) Poenggingen under «*Service og gjennomføring*» er uforholdsmessig.
- (18) Innklagedes vektlegging av egen erfaring med klager er verken etterprøvbar eller gjennomsigtig. Innklagede har ikke dokumentert negativ erfaring med klager, og klager er dermed frarøvet muligheten til å imøtegå dette.
- (19) Begrunnelsen for tildeling av kontrakten er ikke i samsvar med de krav som kan utledes av loven § 4. Innklagede har ikke godtgjort hvilke fordeler ved valgte leverandørs tilbud som mer enn oppveier den høyere tilbudsprisen, noe som bryter med prinsippet om etterprøvbarhet. På bakgrunn av denne kan man ikke utelukke at innklagede har vektlagt utenforliggende hensyn.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det strider ikke med konkurransegrunnlaget at kjøretøyenes alder har blitt vektlagt, og det er klagers egen risiko at de har valgt å ikke opplyse om forhold som var relevante. Konkurransen var lagt opp slik at tilbyderne selv måtte vise hvilke fordeler de kunne tilby ved gjennomføringen av kontrakten.
- (21) Det bestrides at det er gjort feil i forbindelse med tildelingsevalueringen. Innklagede utøver et skjønn ved vurderingen og poengsettingen, og vil dermed ha adgang til å bruke hele skalaen.
- (22) Innklagede er ikke enig i at det foreligger et krav til kontradiksjon for å kunne vektlegge tidligere egen erfaring med en leverandør, slik som i dette tilfellet. Det er klager selv som har vært part i kommunikasjonen angående avvikene, og vil derfor kjenne til sakene og har også tidligere hatt anledning til å imøtegå disse. Etterprøvbarheten er overholdt ved at det er vedlagt dokumentasjon på avvik i prosesskrivet som er oversendt til klagenemnda. Det vises for øvrig til at egen erfaring bare er ett av flere momenter som er vektlagt ved evalueringen.
- (23) Begrunnelsen som er gitt er i samsvar med forskriften § 25-1 og loven § 4.

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 avhenting og transport av avfall fra gjenvinningsstasjoner, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 16 millioner kroner. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Tildelingsevaluering

- (25) Klager mener at flere forhold medfører at innklagede har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen.
- (26) Klager fremholder for det første at innklagede har vektlagt momenter som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget. Det er i denne anledning vist til at kjøretøyenes alder har blitt vektlagt under tildelingskriteriet «*Service og gjennomføring*».
- (27) Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/140, premiss 31 med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 *SIAC Construction*. Dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal leveres tilbud på og hvordan dette skal gjøres, og at konkurransegrunnlaget inneholder tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud.
- (28) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tildelingskriteriet ville bli vurdert ut fra «*Oppdragsforståelse og løsningsforslag*», «*Avvikshåndtering*» og «*Vaktordning*». I kravspesifikasjonen ble tildelingskriteriet nærmere beskrevet, og det fremgikk der at tilbydere skulle beskrive hvordan oppdraget ville bli gjennomført med hensyn til «*planlegging, bruk av personell og kjøretøy/utstyr, vedlikeholdsrutiner, vaktordninger etc*». Videre var det fremhevet at tilbyderne spesielt skulle beskrive håndteringen av avvik som frafall av kjøretøy, som følge av eksempelvis havari eller service.
- (29) Ser man presentasjonen av tildelingskriteriet under ett, så fremgår det at innklagede ville foreta en skjønnsmessig vurdering hvor flere momenter kom til å bli vektlagt. Det var også fremhevet i kravspesifikasjonen at vedlikeholdsrutiner og håndteringen av avvik ved frafall av kjøretøy skulle beskrives i leverandørens tilbud. For å vise graden av oppfyllelse av tildelingskriteriet måtte leverandørene beskrive hvordan man planla å gjennomføre oppdraget. Det var opp til leverandørene å vise hvor godt tilbudet deres var i relasjon til gjennomføring og service. På denne måten ville leverandørene vise sin «*Oppdragsforståelse*».
- (30) Det er på det rene at kjøretøyenes alder og utskiftningsfrekvens vil kunne ha betydning for driftssikkerheten, herunder gjennomføringen av kontrakten, og dessuten kan dette utledes av flere av momentene i kravspesifikasjonens ikke-uttømmende oppstilling av relevante momenter i tilknytning til oppdragsforståelsen, slik som «*planlegging, bruk av (...) kjøretøy/utstyr [og] vedlikeholdsrutiner*». Etter klagenemndas oppfatning kan det derfor ikke ha vært uklart for en alminnelig aktsom tilbyder at kjøretøyenes alder og utskiftningsfrekvens ville, eller i alle fall kunne, være et relevant moment ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Service og gjennomføring*».

- (31) Klagers anførsel fører ikke frem.
- (32) Videre fremholder klager at tilbudt bruk av eget personell til sikring av lasten ved henting av containere er en fordel ved klagers tilbud som skulle vært vektlagt ved tildelingsevalueringen, og følgelig gitt dem en høyere poengscore. Innklagede har forklart at dette ikke ble tillagt vekt, ettersom containerne settes frem etter hvert som de er klare til å hentes. Ifølge innklagede er det ikke riktig, slik klager fremholder, at det vil medføre driftsstopp for innklagede den tiden sjåføren selv må sikre lasten. Klagenemnda anser innklagede nærmest til å vurdere dette forholdet, og har følgelig ikke grunnlag for å tilsidesette denne vurderingen.
- (33) Klager fremholder videre at innklagedes vektlegging av egen erfaring med klager under tildelingskriteriet «Service og gjennomføring» er i strid med regelverket.
- (34) Klagenemnda har i sin praksis oppstilt nærmere krav for at oppdragsgivere kan vektlegge egne negative erfaringer med leverandører som en del av tildelingsevalueringen. Den første betingelsen er at tildelingskriteriet må være utformet slik at en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder kan utlede av tildelingskriteriet at slik erfaring vil kunne bli hensyntatt, se klagenemndas avgjørelse i sak 2014/54, premiss 35-36.
- (35) I vår sak fremgikk det ikke opplysninger om at innklagede ville legge vekt på egen erfaring med leverandørene. Konkurranses grunnlaget la imidlertid opp til at leverandørene selv skulle redegjøre for hvordan man ville håndtere oppdraget. Tildelingskriteriet skulle blant annet vurderes på bakgrunn av leverandørenes «Avvikshåndtering». Spørsmålet om denne betingelsen er oppfylt i foreliggende sak er ikke gjort til et tema av klager, og klagenemnda går derfor heller ikke nærmere inn på dette.
- (36) Om de øvrige krav som stilles for at egne negative erfaringer kan vektlegges viser nemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2016/195, premiss 34, hvor nemnda uttaler følgende:
- «I nemndas praksis er det lagt til grunn at egne negative erfaringer fra tidligere oppdrag kan vektlegges dersom de er objektivt konstaterbare og ikke bare representerer subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side. De må være dokumentert og gjenstand for en betryggende mulighet for etterprøving. Se i denne forbindelse nemndas avgjørelse i sak 2007/106 premiss 42, som også er fulgt opp i senere saker, jf. for eksempel sak 2016/124 premiss 52 og 2012/43 premiss 21 med videre henvisninger. Som hovedregel gjelder det ikke et krav om kontradiksjon, men et krav om etterprøvbarhet».*
- (37) I tildelingsbeslutningen er følgende forhold trukket frem som begrunnelse for klagers poengtrekk:
- «IVAR har hatt blandete erfaringer med avvikshåndteringen hos [klager] i inneværende avtaleperiode, og de scorer derfor lavere enn [valgte leverandør] på dette.*
- Ved sykdom og havari oppgir begge tilbyderne at de har god kapasitet til å kunne sette inn erstatning for personell eller havarert materiell. IVAR har erfart at [klager] ikke alltid har klart å håndtere dette slik man forventer. Dette er et viktig punkt for IVAR og [klager] er trukket for dette».*
- (38) Hvilke erfaringer dette gjaldt ble som nevnt utdypet slik av innklagede ved brev av 25. mai 2019:

«I tildelingsbrevet står det at egne erfaringer er brukt som supplement til besvarelsene i tilbudene på enkelte punkter, og at det fremkommer av teksten der dette er gjort. Det gjelder på to punkter; avvikshåndtering og backup ved sykdom og havari.

Når det gjelder avvikshåndtering har det vært tilfeller der en har påpekt samme type uønskete hendelse flere ganger, f.eks. for kjøring av trevirke der det er kjørt senere enn avtalt og/eller satt inn for liten kapasitet i perioder med mye avfall. Når dette skjer gjentatte ganger er det ikke håndtert på en god nok måte. [Klager] har også gitt uttrykk for at de ikke anser et avvik for å være avvik (f.eks. hvis en bil havarerer) hvis de har gitt beskjed om dette og har fått aksept for at eksempelvis en kontainer hentes en dag senere enn opprinnelig avtalt.

Ved sykdom og havari er det også erfart at [klager] ikke har satt inn annen bil eller sjåfør, det er det vi mener når vi skriver at [klager] ikke alltid har håndtert dette som forventet.

I en travel hverdag er det blitt sendt e-mailer og man har ordnet ting på telefonen for å holde driften i gang. Det er ikke registrert mange uønskede hendelser formelt på [klager] i avvikssystemet til IVAR, men det er ikke antall avvik som er vurdert i dette tildelingskriteriet, det er håndteringen av disse og hvordan [klager] har behandlet henvendelser på e-mail og telefon. Når vi skriver at vi har blandet erfaring med [klager] sin avvikshåndtering gjelder det både registrerte avvik i avvikssystemet og avvik som kun er kommunisert via e-mail og pr. telefon».

- (39) Hva innklagede reagerte på med hensyn til hvordan klager har behandlet henvendelser på telefon, er ikke utdypet av innklagede. Når det gjelder e-postkorrespondansen har innklagede overfor nemnda fremlagt e-poster som viser fem eksempler på slike hendelser. Gjennomgangstemaet i disse e-postene er at innklagede gir klager tilbakemelding på at transport av trevirke ikke blir prioritert og håndtert i henhold til avtalens krav. Som illustrasjon kan nevnes følgende e-post, sendt fra innklagede til klager 2. juli 2018:

«Sender herved utskrift av utkjøringer gjort i dag mandag 2. juli, her ser jeg at sjåførene deres har kjørt andre fraksjoner som restavfall til dere før trevirke til Hogstad.

Avtalen er at alt trevirke skal kjøres til Hogstad først på dagen mandag, onsdag og fredag, med 3 biler nå i høysesongen.

Hvis sjåførene ikke skal starte med kjøringen hos oss før klokken 07:30, vil jeg stoppe adgangen til sjåførene slik at de ikke kommer inn på gjenvinningsstasjonen før denne tid.

Fint om dere forholder dere til vår avtale og kjører trevirke først til Hogstad».

- (40) Daglig leder hos klager har utarbeidet et notat som er ment som et svar på de vurderinger som fremkommer av innklagedes brev av 25. mai 2019. Notatet viser til det konkurransegrunnlaget som lå til grunn for avtalen som i sin tid regulerte forholdet mellom klager og innklagede. Her er det kun for mandager at det står at minimum tre biler er nødvendig. Om trevirke står det at «Normalt skal trevirke/impregnert trevirke prioriteres foran restavfall på mandager, onsdager og fredager». Videre fremholdes det:

«Vi er kjent med at personellet på miljøstasjonen på Forus mener at det står i kontrakten at det alltid skal være tre biler på mandag, onsdag og fredag, samt at trevirke skal være levert til mottaket på Hogstad innen kl. 13.00 disse dagene. Dette er i all hovedsak gjort,

selv om dette ikke er beskrevet i kontrakten, se nedenfor. Noen få ganger har det hendt at sjåførene har meldt ifra at det ikke er behov for mer enn to biler. Da har det hendt at vi ikke har satt inn den tredje bilen og det er helt i henhold til kontrakten».

- (41) Som nevnt tidligere er det en betingelse at egne negative erfaringer fra tidligere oppdrag kan vektlegges dersom de er objektivt konstaterbare og ikke bare representerer subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side. De må være dokumentert og gjenstand for en betryggende mulighet for etterprøving. Etter nemndas vurdering er disse betingelsene ikke oppfylt i foreliggende sak. Samlet sett etterlater først og fremst den fremlagte dokumentasjonen et inntrykk av at klager ikke alltid har klart å oppfylle de forventninger til leveransen innklagede har. I seg selv kan det imidlertid ikke utledes noe mer av dette enn at det er innklagedes subjektive vurdering, hvilket altså ikke er tilstrekkelig.
- (42) Det er for øvrig riktig som innklagede påpeker, at det ikke gjelder et generelt krav til kontradiksjon. Det kreves imidlertid at erfaringene er dokumentert og gjenstand for en betryggende mulighet for etterprøving. Kontradiksjon kan være en måte å ivareta disse kravene på, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2016/124. Slik saken nå står, er det ikke mulig for nemnda å ta stilling til hvilke hendelser, og i hvilken grad de hendelsene innklagede viser til er leverandørenes ansvar. Tildelingsevalueringen er følgelig i strid med loven § 4.
- (43) Sett hen til at klagenemnda har kommet til at innklagede har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen, finner ikke nemnda grunn til å gå nærmere inn på klagers anførsel om at begrunnelsesplikten er brutt.
- (44) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert *«kan ha påvirket resultatet av konkurransen»*, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

IVAR IKS har brutt anskaffelsesloven § 4 ved å vektlegge egen erfaring med leverandørene i tildelingsevalueringen, da dette strider med de krav som stilles til etterprøvbarhet.

Sett hen til det resultatet klagenemnda kom til, fant nemnda ikke grunn til å gå nærmere inn på klagers anførsel om at begrunnelsesplikten var brutt.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk