



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Tildelingsevaluering.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av avfallshåndteringstjenester. Klagers tilbud ble avvist fra konkurransen, som følge av et forbehold som ikke kunne prissettes. Klager anførte at tilbudet var urettmessig avvist og at det forelå feil ved tildelingsevalueringen. Klagenemnda kom til at klagers tilbud inneholdt et vesentlig avvik, og at tilbudet dermed var rettmessig avvist. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.*

### **Klagenemndas avgjørelse 23. mars 2021 i sak 2021/106**

**Klager:** Westco Miljø As

**Innklaget:** Lyse Elnett AS

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Sverre Nyhus.

#### **Bakgrunn:**

- (1) Lyse Elnett AS (heretter *innklagede*) sendte 6. juli 2020 ut invitasjon om deltakelse i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av avfallshåndteringstjenester. Invitasjonen om deltakelse ble sendt til godkjente leverandører i kvalifikasjonsordningen Achilles Utilities NCE. Anskaffelsens verdi var estimert til mellom 15 og 17 millioner kroner. Tilbudsfrist var satt til 21. august 2020.
- (2) Kontrakten ville bli tildelt på grunnlag av hvilket tilbud som representerte det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Pris*» (vektet 50 prosent), «*Kvalitet*» (vektet 25 prosent), og «*Miljø*» (vektet 25 prosent).
- (3) Priskriteriet ville bli evaluert på grunnlag av totalprisen, og eventuelle priskonsekvenser som følge av avvik eller forbehold i tilbudet. For besvarelse av priskriteriet skulle leverandørene fylle ut et vedlagt prisskjema. Leverandørene ble også bedt om å oppgi eventuelle forbehold i et eget skjema.
- (4) Tildelingskriteriet «*Kvalitet*» ville bli evaluert på grunnlag av en beskrivelse av leverandørens løsningsforslag, service og implementering. Disse vurderingsmomentene var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- (5) Tildelingskriteriet «*Miljø*» ville bli evaluert på bakgrunn av momentene «*Utslipp fra kjøretøy*», «*Behandlingsmetode*», «*Gjenvinningsprosent*» og «*Øvrige relevante miljøvennlige tiltak*». Vurderingskriteriene var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (6) I dokumentet «*Kontraksbestemmelser*» var det innledningsvis angitt at NS 9430:2013 gjaldt for kontrakten, supplert med de endringer og tillegg som var beskrevet i dokumentet. En slik endring var blant annet gjort i NS-en punkt 22.2 («*Offentlige skatter og avgifter*»), hvor det var opplyst at punktet utgikk i sin helhet. Også i punkt 22.1 («*Regulering av kontraktssum og priser*») var det gjort endringer, herunder var det opplyst at enhetsprisene skulle indeksreguleres. Reguleringen skulle følge SSB «*12535 Totalkostnadsindeks for lastebiltransport, Type lastebiltransport: Renovasjon, husholdningsavfall*».
- (7) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra Norsk Gjenvinning AS og Westco Miljø AS (heretter *klager*).
- (8) Det ble gjennomført to forhandlingsrunder med leverandørene, hvor det hver gang var mulig å levere et revidert tilbud. I klagers endelige tilbud var det tatt forbehold knyttet til punkt 22.2 i kontraktbestemmelsene. Forbeholdet inneholdt et forslag til endring av punktet, som lød slik:
- «Endringer i skatter og avgifter som gjelder avfallsbehandling dekkes av oppdragsgiver. (Dette punktet gjelder ikke innføring av ny CO2 avgift for forbrenning av avfall som innføres 2021, da denne var kjent før innlevering av endelig tilbud i denne konkurransen).»*
- (9) Det var gitt følgende begrunnelse for forbeholdet:
- «Endringene i offentlige avgifter for behandling av avfall dekkes ikke inn av kostnadsindeksen for transport.*
- Kontrakten har [en] varighet på 8 år. Det betyr at myndighetene kan pålegge nye skatter og avgifter for behandling av avfall eller endre eksisterende. Dette er det helt naturlig at den som produserer avfallet dekker. For øvrig er dette et helt vanlig punkt i kontrakter, både med offentlige aktører og private selskap.»*
- (10) I feltet for «*Konsekvens pris*» stod det «*Ukjent*».
- (11) Ved tildelingsbrev av 9. desember 2020 ble det informert om at Norsk Gjenvinning AS (heretter *valgte leverandør*) var tildelt kontrakten.
- (12) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 21. desember 2020. Klagen rettet seg mot innklagedes tildelingsevaluering. Innklagede tok ikke klagen til følge, og orienterte klager om dette 22. desember 2020. Klager orienterte innklagede 28. desember 2020 om at klagen ble å opprettholde.
- (13) Ved brev datert 11. januar 2021 ble klager orientert om at innklagede, på bakgrunn av klagen, hadde foretatt en ny gjennomgang av tilbudene, og at det var oppdaget at klagers tilbud inneholdt et vesentlig avvik. Klager ble orientert om at tilbudet derfor var avvist, og at klagen uansett ikke kunne føre frem.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. januar 2021. Innklagede opplyste i e-post av 2. februar 2021 at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. mars 2021.

## **Anførsler:**

### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Det vises særlig til at forbeholdet om økning av offentlige avgifter på avfallshåndtering, er i tråd med hva som er vanlig i bransjen, og at en plassering av risikoen på leverandørene vil virke konkurransevriddende, og dermed stride med anskaffelsesloven § 4.
- (17) Dersom klagers tilbud er rettmessig avvist, har innklagede uansett brutt regelverket ved å fravike kontraktstandarden, jf. blant annet forsyningsforskriften § 15-1 (1) siste punktum og anskaffelsesloven § 4. Dette medfører i så fall en plikt til å avlyse konkurransen.
- (18) Innklagede har gjennomført en ulovlig tildelingsevaluering, ved at det er begått flere feil under evalueringen av «Miljø» og «Kvalitet». Det vises eksempelvis til at det er i strid med konkurransegrunnlaget at valgte leverandør har fått uttelling for sin optimaliseringsprosess under begge tildelingskriteriene. Hva gjelder evalueringen av miljøkriteriet, har valgte leverandør fått uttelling for flere forhold som ikke skulle ha vært vektlagt. Tilsvarende er det flere forhold som klager skulle hatt uttelling for, som ikke er vektlagt i evalueringen.

### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (19) I denne kontrakten skal vederlaget for offentlige gebyrer og avgifter være faste og utelukkende indeksjusteres i kontraktsperioden. Klager har selv ikke prissatt forbeholdet som er tatt på dette punktet, men har oppgitt at priskonsekvensen er ukjent. Rekkevidden av klagers forbehold er uklart, og det vil reelt sett endre risikofordelingen i kontrakten i disfavør av innklagede. Forbeholdet må derfor anses vesentlig, og klagers tilbud er dermed rettmessig avvist.
- (20) Det bestrides at regelverket er brutt ved evalueringen av tilbudene. Valgte leverandør har fått uttelling for den miljømessige delen av optimaliseringsprosessen under «Miljø», og for muligheten for effektivisering og kostnadsbesparelser under «Kvalitet». Det er følgelig ikke riktig at det samme forholdet er vektlagt i evalueringen av de to tildelingskriteriene. Det foreligger heller ikke feil ved skjønnsutøvelsen, da valgte leverandørs tilbud er vurdert til å ha en større merverdi i henhold til det leverandørene skulle evalueres på.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder avfallshåndtering, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert oppad til 17 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) av 12. august 2016 nr. 975 del I og del II, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.

### ***Avvisning av klagers tilbud***

- (22) Klagenemnda vil i det følgende ta stilling til hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud.

- (23) Det følger av forsyningsforskriften § 20-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».
- (24) Et «avvik» foreligger der oppdragsgiver ikke kan kreve oppfyllelse av krav i anskaffelsesdokumentene dersom tilbudet aksepteres, se blant annet lagmannsrettens avgjørelse i sak LB-2019-85112. Hvorvidt det foreligger et avvik beror på en tolkning av konkurransegrunnlaget, sett opp mot det aktuelle tilbudet. Avviket vil normalt være vesentlig dersom leverandøren har tatt forbehold mot krav i konkurransegrunnlaget, og dette kan gi leverandøren en konkurransefordel. Tilsvarende vil forbehold i tilbudet som medfører en forrykning i kontraktsforholdet representere et vesentlig avvik, jf. eksempelvis LA-2011-100800. Avviket vil også måtte anses vesentlig dersom det kan ha innvirkning på rangeringen av tilbudene. Ved vurderingen vil lovens krav til likebehandling av leverandørene være tungtveiende, jf. loven § 4.
- (25) I kontraktbestemmelsenes punkt 22.2 («Offentlige skatter og avgifter») var det presisert at dette punktet i NS 9430:2013 ville utgå. I henhold til NS 9430:2013 er risikoen for endringer i offentlige skatter og avgifter lagt på oppdragsgiver. Klagenemnda forstår presiseringen fra innklagede slik at risikoen for økte offentlige skatter og avgifter er flyttet over på leverandøren, ut over det som dekkes av andre punkter i kontrakten.
- (26) I klagers tilbud var det i forbeholdsskjemaet inntatt følgende kommentar til kontraktbestemmelsenes punkt 22.2: «Endringer i skatter og avgifter som gjelder avfallsbehandling dekkes av oppdragsgiver». Klagenemnda finner det klart at dette avviker fra kontraktens regulering om at leverandøren selv skal bære risikoen for økninger i skatter og avgifter. Klager synes for øvrig ikke selv å bestride at tilbudet med dette inneholder et «avvik fra anskaffelsesdokumentene», jf. forsyningsforskriften § 20-8 (1) bokstav b.
- (27) Det neste spørsmålet er om dette avviket er «vesentlig».
- (28) Innklagedes fremholder at dette er tilfellet. Ifølge innklagede er priskonsekvensene av forbeholdet uklare, og det kan ikke utelukkes at dette har gitt leverandøren fordeler ved beregningene av hvilken pris som skulle inngis i konkurransen. Det er også vist til at det var marginale forskjeller i pris mellom tilbudene i konkurransen.
- (29) Klagenemnda finner det godtgjort at innklagede, for å kunne sammenligne tilbudene, måtte ha beregnet en priskonsekvens av forbeholdet. Forenklingsutvalget har i NOU 2014: 4, på side 238 uttalt seg om plikt til å ta hensyn til avvik i tilbudene:
- «Oppdragsgiver har imidlertid en plikt til å gjøre tilbudene sammenlignbare. Det betyr at dersom han ønsker å ta i betraktning et tilbud som har et avvik som har en økonomisk verdi, vil han være forpliktet til å prissette dette. Gjør han ikke det, vil leverandøren kunne få en urimelig konkurransefordel som følge av avviket. Tilbudene vil da ikke kunne sammenlignes, og det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet å ta et slikt tilbud i betraktning».*
- (30) Klager har selv angitt priskonsekvensen av det aktuelle forbeholdet til å være «Ukjent». Heller ikke innklagede har klart å beregne hvilken priskonsekvens forbeholdet vil kunne få. Innklagede har begrunnet dette med at kontrakten er begrenset oppad til hele åtte år, og at det er vanskelig å spå hvorvidt og i hvilken grad offentlige skatter og avgifter kan øke innenfor denne tidsperioden. Den omstendighet at priskonsekvensen vanskelig lar

seg fastsette, og dermed bidrar til usikkerhet knyttet til hvordan avviket skal håndteres av hensyn til de andre leverandørene, tilsier at avviket er vesentlig, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2020/700, premiss 30 følgende.

- (31) Klagenemnda kan videre ikke utelukke at plassering av risikoen for økning i offentlige skatter og avgifter, har hatt betydning for hvordan leverandørene priset sine tilbud.
- (32) Klagenemnda har etter dette kommet til at avviket må anses vesentlig. Klagers anførsel om at avvisningen av klagers tilbud var ulovlig, har ikke ført frem.
- (33) Etter klagers syn utgjør det et brudd på prinsippet om konkurranse å fravike standardbestemmelsene i NS-en på dette punkt. Klagenemnda vil påpeke at det i utgangspunktet tilligger oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å definere sitt behov, herunder å utforme kontraktbestemmelser. Det følger av forsyningsforskriften § 15-1 (1) siste punktum at oppdragsgiver «*som hovedregel*» skal benytte fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder der dette finnes.
- (34) Klagenemnda bemerker til dette at bestemmelsen kun er en ordensbestemmelse, jf. også eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2009/126, avsnitt 59 med videre henvisninger. Endringen i kontraktbestemmelsene punkt 22.2 vært tydelig for leverandørene fra første versjon av konkurransegrunnlaget, og konsekvensen av endringene var tema på siste forhandlingsmøte mellom klager og innklagede. Slik saken er opplyst for nemnda, har heller ikke valgte leverandør protestert på at dette punktet er tatt ut av kontrakten, eller tatt forbehold slik klager har gjort. Klagers anførsel om at innklagede har plikt til avlyse konkurransen, fører med dette ikke frem.
- (35) På bakgrunn av den konklusjon klagenemnda er kommet til, behandles ikke klagers øvrige anførsler.

### ***Konklusjon:***

Lyse Elnett AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klagers tilbud. Klagers anførsler knyttet til tildelingsevalueringen er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

*Dokumentet er godkjent elektronisk*