



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Avvisning av tilbud.

Innklagede hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kontrakt for innsamling, avvanning og transport av slam i Dønna og Herøy kommune. Klager ble opprinnelig tildelt kontrakt, men innklagede valgte å omgjøre tildelingen på bakgrunn av at de hadde begått flere feil ved den første tildelingen. Valgte leverandør ble etter omgjøringen, tildelt kontrakt. Klager anførte at den første tildelingen var lovlig, og at det var ulovlig å omgjøre den opprinnelige tildelingsbeslutningen. Videre ble det anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen, og at innklagede hadde vektlagt informasjon, som innklagede hadde fått etter tilbudsfristen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde begått flere feil ved den første tildelingen, men at det også heftet feil ved omgjøringsbeslutningen, som medførte at også omgjøringsbeslutningen var i strid med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 13. februar 2024 i sak 2023/1058

Klager: Nordland Rørinspeksjon AS

Innklaget: Dønna kommune og Herøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Kjersti Holum Karlstrøm, og Christina Paludan Melson

Bakgrunn:

- (1) Dønna og Herøy kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. september 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av innsamling, avvanning og transport av slam i Dønna og Herøy kommune. Tilbudsfristen var 2. oktober 2023.
- (2) Tildelingen skulle skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Pris ble vektet 65 prosent, og kvalitet 35 prosent. I konkurransegrunnlaget kapittel fem, stod det at kvalitet skulle vurderes ut fra syv underpunkter.
- (3) Relevant for denne saken er underpunktene nummer fire og syv. Førstnevnte var formulert slik: «*Generell omtale av funksjonalitet, ekstrautstyr etc. på kjøretøy som tenkt å benyttes i oppdraget.*». Underpunkt syv var formulert slik: «*Omtale av reserveløsninger for personell og utstyr, inkludert tilpassing / beredskap for ekstra- og nødtømminger.*»
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 var evalueringsmetoden beskrevet. For oppdragsforståelse og kvalitet, skulle beste tilbyder få ti poeng innen hvert kriterium, og de andre leverandørene skulle bli vurdert relativt på grunnlag av skjønn.
- (5) I kravspesifikasjonen punkt 2.9 var det blant annet stilt krav til slammets tørrstoffinnhold:
«Generelt skal slammet som blir levert mottak-/behandlingsanlegg ha et tørrstoffinnhold på 18%. det kan derfor være nødvendig med sekundæravvanning.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

(...)

Dersom en tørrstoffprøve viser mindre enn 18%, skal det innen en uke tas en ny prøve. Dersom denne også viser mindre enn 18%, kan oppdragsgiver kreve at leverandøren betaler en teknisk bot på inntil 100 000,- eks mva. Samme prosedyre benyttes til prøver viser tørrstoff over 18 %. Det er leverandør som koster og utfører prøvetaking og analyse av tørrstoffinnholdet.

(...)».

- (6) I kravspesifikasjonens punkt 3.5 var det stilt krav om responstid. Leverandørene måtte være i stand til å foreta nødtømming «snarest mulig, og innen 12 timer etter varsel fra abonnent eller oppdragsgiver».
- (7) Under spørsmål og svar 14. september 2023, ble det stilt spørsmål om kravet til 18 prosent tørrstoffinnhold:

«1. Vi ser i kravspesifikasjon at slammet skal ha 18% tørrstoffinnhold. Dette er meget lavt og lavere enn vi ser i andre lignende anbud som gjerne ligger på 20-22%. Er det samme kravet for begge kommune i og med at slammet skal leveres på ulike lokasjoner?

2. Hva er årsaken til at prosenten skal være så lav i denne kontrakten?

Svar

1. Ja, kravet gjelder for begge kommunene

2. For dønn sin del er det hovedsakelig på grunn av begrenset kapasitet ved mottaksanleggene. For Herøy sin del er det hovedsakelig på grunn av ønske om å kunne minimere mengden slam som skal transporteres til mottaksanlegg. Hvis det ikke er noen entreprenør som klarer kravet på 18% så kan dere levere i tilbud med forbehold om høyere tørrstoffhalt.»

- (8) Innen tilbudsfristen hadde Stoklands AS, Østbø AS (valgte leverandør), og Nordland Rørinspeksjon AS (klager), levert tilbud. Tilbudssummene var henholdsvis 5 713 536 kroner, 5 569 232 kroner, og 5 969 432 kroner.
- (9) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk at tilbudet var «gitt i samsvar med de krav og betingelser som fremgår av forespørselen». I tillegg hadde valgte leverandør krysset av for at tilbudet var uten forbehold. I tilbudets punkt 3.3 fremgikk at valgte leverandør hadde sitt hovedkontor i Mo i Rana, med avdeling i Mosjøen. Det stod også at valgte leverandør hadde reservekapasitet ved at de «støtte seg på slamsugeravdelingen i Bodø».
- (10) I innklagedes evalueringsdokument, fremgikk at samtlige leverandører fikk maks poengsum (ti) for underpunktene til kvalitet nummer en, to, tre, fem og seks.
- (11) For underpunkt fire, fikk både Stoklands AS og valgte leverandør fem poeng, og klager fikk ti. For underpunkt syv, fikk Stoklands syv poeng, valgte leverandør fikk fem, og klager fikk ti. Det var ikke gitt begrunnelse for poenggivningen.

- (12) I brev 19. oktober 2023, meddelte innklagede hver av leverandørene, om at klager hadde vunnet konkurransen. I brevet til Stoklands AS, fremgikk det følgende begrunnelse for hvorfor klager hadde scoret bedre på kvalitetskriteriene nr. fire og syv:

«4. generell omtale av funksjonalitet, ekstrautstyr etc. på kjøretøy som tenkt å benyttes i oppdraget. (...)

-Valgte leverandør har for punkt 4 tilbudt en annen type avvanningsystem (Nomek), mulighet til mobil avvanningsstasjon på plass og mulighet å tilby rørinspeksjon på stedet ved tømning. Valgte leverandør kan dermed tilby lavere tørrstoffinnhold, reduserte fraktkostnader samt rørinspeksjon ved tømning.

7: Omtale av reserveløsninger for personell og utstyr, inkludert tilpassing / beredskap for ekstra- og nødtømminger. (...)

-For punkt 7 er det gjort en skjønnsvurdering at valgte leverandør vil ha bedre muligheter for på kort varsel utføre nød og ekstratømminger på Dønna, dette er basert på valgte leverandørs geografiske plassering. Stoklands AS har avtale med en lokal underleverandør som på kort varsel kan utføre nød og ekstratømminger, men rutine for tømning var ikke beskrevet og vi har derfor utgått fra at avløpsvannet ikke vil avvannes før det tømmes i kommunal kum/slammottak. Dette er ikke en holdbar løsning da det finnes risiko for slamflukt ved denne arbeidsmåten og det er derfor blitt gitt litt trekk.»

- (13) I meddelelsesbrevet til valgte leverandør hadde innklagede også gitt en tilsvarende begrunnelse for hvorfor de fikk dårligere poeng enn klager.

- (14) Etter tildelingen tok valgte leverandør kontakt med innklagede, og varslet oversendelse av klage. Videre fremgikk blant annet følgende:

«(...) Østbø holder på i disse dager å etablere eget kontor i Sandnessjøen og skal drifte renovasjonsanbudet for SHMIL. Vi kommer absolutt til å ha lokal tilhørighet

(...) Det er ikke et krav/etterspørsel i anbudet om:

1. Videoinspeksjon av avløp ved tømning.

2. Lokal tilhørighet.

3. Tørrstoffinnhold over 15%»

- (15) På bakgrunn av valgte leverandørs henvendelse, informerte innklagede samtlige leverandører den 23. oktober 2023, om at de ville gjennomgå lovligheten av evalueringen.

- (16) Innklagede kom til at evalueringen var lovstridig, og omgjorde derfor tildelingen. I tildelingsbrevet av 30. oktober 2023, skrev innklagede at de hadde gjennomført en «*grundigere evaluering*», hvor flere personer hadde deltatt i arbeidet, og det ble benyttet «*en annen beregningsmetode*». Den nye beregningsmetoden gikk ut på at hver tilbyder kunne få maksimalt ti poeng for hvert av de syv kriteriene. Beste tilbud innen hvert kriterium, skulle altså ikke få maksimal poengsum. I tildelingsbrevet fremgikk det at valgte leverandør skulle tildeles kontrakten.

- (17) Valgte leverandør oppnådde best score (9,75) på kvalitetskriteriet nr. syv, og klager oppnådde 7,75. Begrunnelsen for klagers poengscore var følgende:

«Tilbudsgiver fremstår som mer sårbar enn de andre aktørene. Har vaktordning som dekker behovene. Nødtømming og responstid ikke nevnt. Mindre utstyrspark. Tilstrekkelig reserveløsning innenfor egen bilpark ved nødtømming.»

- (18) Begrunnelsen for at valgte leverandør fikk 9,75 var:

«Omtaler reservekapasitet lokalt og i Bodø. Har totalt en meget stor maskinpark, og kan ved behov supplere ekstra biler og avvanningscontainere. Uklar plassering av buffertank. Langt avstand at transportere slam til Røssvoll.»

- (19) Klager påklaget tildelingen 30. oktober 2023. Innklagede avslo klagen 9. november 2023. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. november 2023.

- (20) I brev av 20. november 2023 bekreftet innklagede at de ville avvente kontraktsignering inntil klagenemnda har behandlet klagesaken.

- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. januar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Den opprinnelige tildelingen var riktig, og omgjøringen er i strid med regelverket.
- (23) Valgte leverandørs tilbud har vesentlige avvik etter anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) b. Tilbudet oppfyller ikke kravet i kravspesifikasjonen punkt 2.9 ettersom valgte leverandør ikke har til hensikt å sørge for at slammet har tørrstoffinnhold på minimum 18 prosent.
- (24) Den nye tildelingen er i strid med regelverket, da den ikke følger de krav som ble satt i konkurransegrunnlaget. Poengtildelingen er uforståelig med tanke på de endringene som er gjort fra runde én til to. Det er også vektlagt at valgte leverandør hadde reservekapasitet lokalt. Dette er opplysninger som er kommet etter tilbudsfristen, og som derfor ikke kunne vektlegges i evalueringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Klagen bør avvises etter klagenemndsforordningens § 9, da klagen klart ikke kan føre frem, og gjelder i det vesentligste forhold som ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønn.
- (26) Den opprinnelige tildelingen var i strid med forordningen, og måtte dermed omgjøres. Det ble i den første tildelingen vektlagt andre momenter enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Evalueringen og begrunnelsen ble heller ikke skriftliggjort i tilstrekkelig grad. Kvalitetskriteriene en, to, tre, fem og seks, ble heller ikke reelt vurdert.
- (27) Valgte leverandørs tilbud skulle ikke ha vært avvist etter anskaffelsesforordningen § 24-8 (1) b. Tilbudet er gitt uten forbehold, og det er ingen holdepunkter for at valgte leverandør ikke har til hensikt å levere i henhold til kravspesifikasjonen punkt 2.9.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder tjenester for fjerning av slam. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i hverken kunngjøring eller konkurransegrunnlag. Etter det opplyste er imidlertid verdien estimert til om lag 5 500 000 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.
- (29) Klagenemnda tar først stilling til om klagen skal avvises.
- (30) Det følger av klagenemndsforordningen § 9 (1) at en klage som er «ubegrunnet» eller «uhensiktsmessig for behandling», kan avvises. Foreliggende sak reiser spørsmål om hvorvidt valgte leverandør skulle ha vært avvist etter forordningen § 24-8 (1) b, om det forelå omgjøringsadgang etter § 25-1 (4), og hvorvidt tildelingen av 30. oktober 2023 var i tråd med anskaffelsesregelverket. Anførlene er ikke ubegrunnet. Klagenemnda kan prøve spørsmålene som reises, og tar derfor klagen til behandling.
- (31) Klagenemnda tar i det følgende stilling til om den opprinnelige evalueringen var lovlig og innklagedes eventuelle omgjøringsadgang.
- (32) Det følger av forordningen § 25-1 (4) at dersom tildelingsbeslutningen er i strid med forordningen, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått. En slik omgjøringsadgang kan foreligge dersom oppdragsgiver ikke har evaluert i samsvar med de føringer som fremgår av konkurransegrunnlaget, herunder tildelingskriterienes ordlyd. Da plikter oppdragsgiver å rette opp i feilen, se Underrettens avgjørelse i sak T-70/05 (*Evropaiki Dynamiki*) premiss 146-147, og LB-2019-145192. Dersom det ikke er mulig å rette feilen innenfor rammene av den pågående konkurransen, plikter oppdragsgiver å avlyse konkurransen og kunngjøre anskaffelsen på nytt, se eksempelvis EU-domstolens sak C-448/01 (*Wienstrom*).
- (33) Oppdragsgiver har ikke anledning til å omgjøre en tildelingsbeslutning på bakgrunn av en endret skjønnsmessig vurdering. For å kunne rette feilen ved omgjøring må oppdragsgiver påvise at den opprinnelige tildelingen var i strid med forordningen, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/317, premiss 38 med videre henvisninger. Oppdragsgiver kan heller ikke gå lenger enn å rette de konkrete feilene som ble begått i løpet av anskaffelsesprosessen.

Lovligheten av den opprinnelige evalueringen

- (34) Klagenemnda vurderer først om det forelå feil ved den første tildelingen, og om og i så fall hvordan feilen(e) kan rettes. Dersom feilene kan rettes, og feilene har hatt betydning for utfallet av konkurransen, er innklagede forpliktet til å rette feilene og omgjøre beslutningen.
- (35) Innklagede anfører at de feilaktig hadde vektlagt andre forhold enn det som fremgikk av ordlyden til kvalitetskriteriene nummer fire og syv. Det ble heller ikke foretatt en reell vurdering av de resterende kvalitetskriteriene, og evalueringen ble heller ikke skriftliggjort.

- (36) Klagenemnda viser til forskriften § 25-1 (1) annet punktum som fastslår at oppdragsgiveren må gi en «*begrunnelse*» for tildelingen. Dette må ses i lys av etterprøvbarehetsprinsippet i anskaffelsesloven § 4. Tilbudsevalueringen må være dokumentert, og gi betryggende mulighet for etterprøving. Leverandørene skal ha mulighet til å vurdere blant annet om poengsettingen er truffet «*på riktig grunnlag*», jf. NOU 2010: 2 side 153. Det kreves derfor at evalueringsdokumentene angir de konkrete forholdene som ble utslagsgivende for poenggivningen, se Underrettens avgjørelser i sakene T-4/01 (*Renco SpA*) premiss 93 og T-437/05 (*Brink's Security Luxembourg*) premiss 158 flg. Se også klagenemndas avgjørelse i sak 2023/460 premiss 36 med videre henvisninger.
- (37) Innklagede har opplyst at evalueringen av kvalitetskriteriene nummer en, to, tre, fem og seks ikke var reell. Poenggivningen er dermed ikke dekkende for leverandørens egentlige oppfyllelse av kvalitetskriteriene. Dette illustreres også av at det for disse fem kvalitetskriteriene ikke ble skriftliggjort noen evaluering og at det ikke er gitt noen begrunnelse. Feilen knytter seg til fem av syv kvalitetskriterier
- (38) Det er nemndas syn at innklagede, når det ikke er foretatt noen reell vurdering, verken kan eller er forpliktet til å konstruere en etterfølgende begrunnelse for poenggivningen.
- (39) Dette innebærer at den opprinnelige tildelingsbeslutning av 19. oktober 2023 ikke var lovlig, og at innklagede derfor var forpliktet til å rette feilen ved evalueringen, så langt det lar seg gjøre. Innklagede måtte derfor gjennomføre en ny skjønnsmessig evaluering og gi nye poeng til kvalitetskriteriene nummer en, to, tre, fem og seks.
- (40) Ettersom oppdragsgiver ikke kan gå lenger enn å rette de konkrete feilene som ble begått i den første evalueringen, vurderer klagenemnda også om innklagede begikk feil ved evalueringen av tildelingskriteriet nummer fire og syv. Det er bare hvis det er begått feil også her, at innklagede kan foreta en ny evaluering under disse kriteriene.
- (41) Når det gjelder det fjerde kvalitetskriteriet, hevder innklagede at det ble vektlagt forhold som tildelingskriterienes ordlyd ikke åpnet for, herunder annen type avvanningssystem og rørinspeksjon.
- (42) Kvalitetskriterium nummer fire lød slik: «*[g]enerell omtale av funksjonalitet, ekstrautstyr etc. på kjøretøy som tenkt å benyttes i oppdraget.*». I begrunnelsen fremgikk det at innklagede hadde lagt avgjørende vekt på at klager hadde tilbudt et avvanningssystem med mulighet for mobil avvanningsstasjon. Dette systemet muliggjorde «*lavere tørrstoffinnhold, reduserte fraktkostnader samt rørinspeksjon ved tømning*».
- (43) Ordene «*generell omtale*» og «*etc.*» tilsier begge at innklagede som et utgangspunkt hadde et vidt skjønn i evalueringen. Det fremgikk likevel noen konkrete begrensninger for skjønnnet, ved at vurderingen måtte knytte seg til kjøretøyenes funksjonalitet, ekstrautstyr etc. Å tilby kjøretøy med mobilt avvanningssystem, som bidrar til å gi reduserte fraktkostnader og gunstigere tørrstoffinnhold er etter klagenemndas syn innenfor skønnsrammen av tildelingskriteriets ordlyd. Dette skjønnnet kan ikke endres i en ny evaluering.
- (44) Klagenemnda kan imidlertid ikke se at tildelingskriteriet åpnet for å vektlegge muligheten til å tilby rørinspeksjon ved tømning. Selv om rørinspeksjon fordrer at kjøretøyene er utstyrt med det som er nødvendig for å foreta slik inspeksjon, er dette tjenester som ikke

var en del av tjenesten som skulle anskaffes, men som eventuelt kunne tilbys abonnentene som en ekstratjeneste, og har dermed ikke tilknytning til kontraktsgjenstanden. Innklagede hadde derfor ikke rettslig adgang til å gi uttelling for rørinspeksjon.

- (45) Klagenemnda tar dernest stilling til hvorvidt innklagede begikk feil ved evalueringen av tildelingskriteriet nummer syv. Innklagede hevder at det var ulovlig å vektlegge geografisk plassering til leverandørene. I tillegg anføres det at det var feil å forutsette spesifikke tømmingsrutiner hos leverandør, når dette ikke er beskrevet konkret.
- (46) Kvalitetskriteriet nummer syv var angitt slik: «*Omtale av reserveløsning for personell og utstyr, inkludert tilpassing / beredskap for ekstra- og nødtømminger.*» I begrunnelsen fremgikk det at valgte leverandør ville ha bedre muligheter til å utføre akutt- og nødtømminger på Dønna, på kort varsel. Dette var fordi valgte leverandørs geografiske plassering var nærmest oppdragsstedet.
- (47) Slik klagenemnda leser ordene «*tilpassing*» og «*beredskap*» for ekstra- og nødtømminger, utelukker ikke det at geografisk plassering kunne gi uttelling i evalueringen. Å ha beredskap nærmere tjenestestedet bidrar til redusert responstid, og bedrer mulighetene for ekstra- og nødtømminger ved behov. Selv om samtlige leverandører oppfylte kravet til responstid på tolv timer, utelukker ikke det at bedre responstid og beredskap kan gi positiv uttelling i poenggivningen.
- (48) Klagenemnda kan imidlertid ikke se at tildelingskriteriet åpnet for at innklagede kunne gjøre antagelser om tømmingsrutinene til leverandørene, uten at dette var underbygget med opplysninger i tilbudet og begrunnet ytterligere. Dette er derved et forhold som ikke lovlig kan vektlegges i den nye evalueringen. Innklagede er likevel bundet til den resterende skjønnsutøvelsen som fremgår av premiss 47.

Lovligheten av den nye evalueringen

- (49) Klagenemnda går etter dette over til å vurdere lovligheten av den nye evalueringen som ble foretatt 30. oktober 2023.
- (50) Retting av eventuelle feil som ble begått i den første evalueringen må gjøres innenfor rammene av anskaffelsesregelverket.
- (51) Som det følger av anskaffelsesloven § 4, må oppdragsgiver opptre forutsigbart. I dette ligger blant annet at oppdragsgivers valg av «*bedømmelsesmetode*», må være fastsatt før åpning av tilbudene, slik at man unngår «*enhver risiko for favorisering*», jf. EU-domstolens sak C-6/15 (*Dimarso*) premiss 31-32.
- (52) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 fastsatte innklagede en endogen evalueringsmetode. Beste tilbyder skulle få ti poeng, og de andre skulle evalueres skjønsmessig og relativt opp mot dette tilbudet. I orienteringsbrevet av 30. oktober 2023, ble det imidlertid opplyst av innklagede at evalueringsmetoden var endret til en eksogen evalueringsmodell i andre evalueringsrunde.
- (53) Slik klagesaken er opplyst for nemnda, er det ingen forhold som tilsier at den evalueringsmetoden som var beskrevet i konkurransegrunnlaget var ulovlig eller uegnet, og det var ikke anledning til å endre evalueringsmetoden i forbindelse med omgjøringen i denne saken. Tildelingen av 30. oktober 2023, er derved også ulovlig.

- (54) Dette betyr at oppdragsgiver er forpliktet til å foreta enda en ny evaluering. For at en slik ny evalueringen skal være lovlig, må innklagede forholde seg til tildelingskriterienes ordlyd, og benytte den endogene evalueringsmetoden som ble bestemt i konkurransegrunnlaget.
- (55) Innklagedes nye tilbudsevaluering er begrenset til å rette feil begått i den første evalueringen, og er samtidig bundet av det som måtte være utøvd av skjønn i den første tildelingen. Dette medfører flere konkrete føringer for den nye evalueringen. For det første har innklagede i den nye evalueringen ikke anledning til å hensynta muligheten til rørispeksjon. Dernest er innklagede bundet av tidligere skjønnsutøvelse, som knyttet seg til vektlegging av reduserte fraktkostnader og tørrstoffinnhold samt muligheter til å utføre akutt- og nødtømminger på kort varsel. Dette er forhold som også i den nye evalueringen må gi uttelling under det aktuelle tildelingskriteriet.
- (56) På bakgrunn av at den andre tildelingen også var ulovlig, finner ikke klagenemnda det nødvendig å vurdere klagers anførsel om at innklagede har vektlagt dokumentasjon som ble tilsendt etter tilbudsfristens utløp. Nemnda understreker at ettersendt dokumentasjon som endrer innholdet i tilbudet må ses bort fra i det videre.

Avvisning av valgte leverandør

- (57) Klagenemnda vurderer til slutt klagers anførsel om at valgte leverandør skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kravspesifikasjonen punkt 2.9.
- (58) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver må avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene.
- (59) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112, og klagenemndas avgjørelse 2023/464 premiss 65. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, og oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften §§ 14-1 (5) og 23-3 (2).
- (60) Utgangspunktet for tolkningen av kravspesifikasjonen er hvordan det fremstår for rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se eksempelvis EU-domstolen avgjørelse i sak C-42/13 (*Cartiera dell'Adda*), og klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731 premiss 39.
- (61) Kravspesifikasjonens punkt 2.9 innledes slik: «*Generelt skal slammet som blir levert mottak-/behandlingsanlegg ha et tørrstoffinnhold på 18%. det kan derfor være nødvendig med sekundæravvanning*». Videre er det beskrevet prosedyrer for kontroll og bøter dersom tørrstoffinnholdet – etter prøvetaking – viser seg å være mindre enn 18 prosent.
- (62) Klagenemnda forstår formuleringene «*[g]enerelt skal ...*» som at tørrstoffinnhold i slam kan variere, men at leverandørene likevel må sørge for at tørrstoffinnholdet er 18 prosent. Innklagedes beskrevne prosedyre for kontroll legger opp til at det først er ved gjentatte tørrstoffmålinger under 18 prosent at leverandør risikerer tekniske bøter. At tørrstoffinnholdet måtte være 18 prosent, ble også bekreftet og begrunnet av innklagede under spørsmål og svar 14. september 2023. Det ble samtidig informert om at leverandørene kunne ta forbehold mot kravet.

- (63) I valgte leverandørs tilbud var det ikke tatt et slikt forbehold, og det ble bekreftet at tilbudet var gitt i samsvar med de krav og betingelser som fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- (64) Klager har vist til at valgte leverandør, etter tilbudsfristens utløp, skrev til innklagede at det ikke var «et krav/etterspørsel i anbudet om (...) Tørrstoffinnhold over 15%». Ifølge klager indikerer dette at valgte leverandør har misforstått kravet, og at leverandøren dermed ikke har til hensikt å oppfylle det.
- (65) Ut fra spørsmålsstillingen, gjengitt i premiss syv, kan det se ut til at partene har ulik forståelse av tørrstoffinnhold. Hva som var bakgrunnen for at valgte leverandør skrev at det ikke var krav om 15 prosent tørrstoffinnhold, er uklart.
- (66) Klagenemnda bemerker imidlertid at valgte leverandør sendte e-posten etter tilbudsfristens utløp. Slik klagesaken er opplyst, er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for at tilbudet ikke ble gitt i samsvar med kravspesifikasjonen 2.9. En antagelse av valgte leverandørs tilbud innebærer dermed forpliktelse til å levere i henhold til kravspesifikasjonen
- (67) Klagenemnda har dermed kommet til at valgte leverandørs tilbud ikke hadde vesentlige avvik, og ikke skal avvises fra konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) b.
- (68) Nemnda vil likevel påpeke at dersom det foreligger opplysninger i tilbudet som ikke er forelagt nemnda – som underbygger at valgte leverandør ikke hadde til hensikt å levere minimum 18 prosent tørrstoffinnhold – vil det etter omstendighetene kunne foreligge en avvisningsplikt på bakgrunn av regelen om antesipert mislighold, se klagenemndas avgjørelse 2023/236 premiss 69 med videre henvisninger. Terskelen for slik avvisningsplikt er imidlertid høy.
- (69) Klagenemnda har kommet til at innklagede har brutt regelverket ved å foreta to ulovlige tildelingsevalueringer. Dette bruddet kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og gir dermed grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Dønna og Herøy kommune har brutt anskaffelsesregelverket ved å tildele kontrakt til Østbø AS

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur