



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Kvalifikasjonskrav. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av to delkontrakter om containertransport. Klagenemnda kom til at innklagedes avvisning av klagers tilbud og omgjøring av tildelingsbeslutningen var rettmessig, som følge av at det forelå relativ bedømmelsestil om rangeringen av tilbudene. Videre kom nemnda til at det ikke var plikt til å avvise valgte leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 6. mars 2024 i sak 2023/1225

Klager: Midtstøl Transport AS

Innklaget: Agder Renovasjon IKS

Klagenemndas

medlemmer: Hallgrim Fagervold, Alf Amund Gulsvik og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Agder Renovasjon IKS (heretter *innklagede*) kunngjorde 19. august 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av to delkontrakter om containertransport. Tilbudsfrist ble satt til 22. september 2023. Kontrakten ville ha en varighet på 3 år, med opsjon på forlengelse i 1+1 år. Tilbudsfristen var satt til 22. september 2023.
- (2) Delkontrakt A gjaldt containertransport til Returkraft og Kristiansand, samt mellom avfallsanleggene. Delkontrakt B gjaldt transport av glass og metall. Leverandørene kunne inngi tilbud på begge delkontraktene. Relevant for denne saken er konkurransen knyttet til kontrakt A.
- (3) I konkurransegrunnlaget var det stilt følgende kvalifikasjonskrav til kompetanse og erfaring:

<i>Krav</i>	<i>Dokumentasjons</i>
<i>Leverandøren, eventuelt med støtte fra underleverandør(er), skal ha relevant erfaring og kompetanse fra tilsvarende oppdrag.</i>	<ul style="list-style-type: none"><i>Redegjørelse for relevante oppdrag siste 3 år. Redegjørelsen skal inneholde beskrivelse av oppdrag, oppdragsgiver, verdi, tidspunkt, navn og kontaktdata på kontaktperson.</i>
<i>Leverandøren skal ha et tilfredsstillende kvalitetsstyringssystem som er sertifisert etter ISO 9001, eller ha et tilsvarende</i>	<ul style="list-style-type: none"><i>Dokumentasjon på gyldig sertifisering, ISO eller tilsvarende.</i>

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

<p>omfang, jf. NS-EN ISO 9001, og som er dekkende for de aktivitetene som avtalen omfatter.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Dersom leverandøren ikke er sertifisert, skal det dokumenteres at han har et tilfredsstillende system for kvalitetsstyring.
---	---

- (4) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet med det beste forholdet mellom pris, kvalitet og miljø. Priskriteriet var formulert på denne måten:

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
<p>Totalpris, beregnet ut fra følgende:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vektet tilbudssum, jf. tilbudsskjema, prisskjema 2.4 for kontrakt A. - Vektet tilbudssum, jf. tilbudsskjema, prisskjema 2.7 for kontrakt B. 	60 %	<p>Tilbudt pris dokumentert ved:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Utfylt bilag 3 – Tilbudsskjema.

- (5) Det andre kriteriet var formulert samlet som «Oppgaveforståelse, kvalitet og miljø» og var vektet 40 prosent.
- (6) Angående evaluering fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget:

«Ved evaluering av tilbudene i forhold til de enkelte kriteriene vil det bli benyttet en poengskala fra 0 til 10, hvor 10 er best. Ved evaluering av pris legges en lineær skala til grunn, der leverandøren med lavest pris får 10 poeng, og en prisforskjell på 100 % gir 0 poeng. For hver av delkriteriene innen oppdragsforståelse, kvalitet og miljø får beste tilbyder 10 poeng, og karakterene til de øvrige tilbyderne bedømmes relativt etter beste skjønn.

Total poengsum beregnes deretter med de oppgitte innbyrdes vekter som grunnlag. For øvrig vil det bli tatt hensyn til eventuelle forbehold og avvik under det enkelte kriterium.»

- (7) Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende angående forbehold og avvik:

«Det understrekes at tilbyder har risikoen for uklarheter i eget tilbud og at uklarheter, forbehold og avvik kan medføre avvisning. Før tilbyder eventuelt avgir tilbud med forbehold eller avvik, bør de rettslige konsekvenser av dette derfor vurderes.

Dersom tilbyder tar forbehold eller tilbudet inneholder avvik fra deler av konkurransegrunnlaget, skal dette klart fremgå av tilbudet. Forbehold og avvik skal være presise og entydige, slik at oppdragsgiver kan vurdere disse og deres konsekvenser uten kontakt med tilbyder. Det skal spesifiseres hvilke konsekvenser tilbyder mener at forbeholdet eller avviket har for ytelse, pris eller andre forhold.

Tilbud med vesentlige forbehold eller avvik skal avvises. Tilbyder må påregne at forbehold/avvik som ikke kan prises av oppdragsgiver, vil bli ansett som vesentlige.

Tilbyderens henvisning til standardiserte leveringsvilkår eller lignende, vil bli betraktet som forbehold dersom de avviker fra foreliggende konkurranse- eller kontraktsbestemmelser.»

- (8) Innklagede mottok tilbud fra tre leverandører innen tilbudsfristen, herunder Midtstøl Transport AS (heretter *klager*), Odd Grødum Transport AS og Repstad Anlegg AS (heretter *valgte leverandør*). Alle leverandørene innga tilbud på både delkontrakt A og B.

- (9) I klagers tilbud var det blant annet tatt følgende forbehold:

«Ved økning i antall bomstasjoner og/eller økning i satser, vil dette tillegget bli fakturert oppdragsgiver. Prisene er gitt på de ratene som er kjent pr. 20/09-2023.»

- (10) I ESPD-skjemaet tilhørende valgte leverandørs underleverandør var det svart følgende på spørsmål om hvorvidt leverandøren kunne *«fremlegge attester utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren oppfyller de angitte kvalitetssikringsstandardene, inkludert krav til universell utforming»:*

«Nei

Leif Hodnemyr Transport AS er heleid av Repstad Anlegg AS som er ISO 9001, 14001 og 45001 sertifisert.»

- (11) Videre var det innlevert et organisasjonskart som en del av utfyllende beskrivelse av gjennomføringsplan (bilag 4). Her fremgikk det at ansatte fra valgte leverandør (Repstad Anlegg AS) skulle fungere som avdelingsleder, leder SHA og HMS, samt stå for *«Oppfølging kvalitet og miljø»*. Videre skulle ansatte i underleverandøren og datterselskapet Leif Hodnemyr Transport fungere som transportkoordinator, administrativ leder for oppdraget, formann og sjåfører. Det fremgikk også:

«Oppdraget er tenkt organisert ved at Repstad Anlegg planlegger, styrer og organiserer arbeidene, mens Leif Hodnemyr Transport utfører selve transporttjenestene. Ref. organisasjonskart over. Vår erfaring er at oppdrag av denne størrelsesorden krever en del støttefunksjoner, som HMS, KS og miljø. En utfyllende presentasjon av Repstad Anlegg ligger vedlagt.»

- (12) Det var også presisert i oversikten over kontaktpersoner at en ansatt fra valgte leverandør skulle stå for *«oppfølging miljø og kvalitet»*.

- (13) Delkontrakt A ble opprinnelig tildelt klager 18. oktober 2023. Delkontrakt B ble tildelt Odd Grødum Transport AS. Av begrunnelsen fremgikk det at klager hadde lavest vektet tilbudssum på delkontrakt A, etterfulgt av valgte leverandør som var 0,35 prosent dyrere. Poengtildelingen under delkontrakt A var i tildelingsbrevet oppsummert slik:

<i>Kriterium</i>	<i>Kontrakt A – Lokal containertransport</i>		
	<i>1 – Midtstøl Transport AS</i>	<i>2 – Odd Grødum Transport AS</i>	<i>3 – Repstad Anlegg AS</i>

<i>Totalpris (60 %)</i>	6,00	5,37	5,98
<i>Organisering, logistikk og transportløsning (20 %)</i>	2,00	2,00	2,00
<i>Service og serviceorganisasjon mv (10%)</i>	1,00	1,00	1,00
<i>Miljøkvalitet (10 %)</i>	1,00	0,90	1,00
Total vektet poengsum	10,00	9,27	9,98
Vektet tilbudssum	20 394 072	22 542 036	20 465 040

- (14) I etterkant av tildelingen etterspurte en av leverandørene innklagedes vurderinger av klagers forbehold i anledning bomstasjoner og satser. Innklagedes konsulent vurderte forholdet nærmere i et notat 26. oktober 2023. Konsulenten foretok en utregning av forbeholdet basert på en årlig prisvekst på 5 prosent, i tillegg til en rekke andre forutsetninger. En prisvekst på 5 prosent ble ansett som en «robust antagelse gitt prognose for KPI fra SSB». Ifølge innklagede ville dette medføre økte kostnader på 30 227 kroner over en treårsperiode. Videre fremgikk det av notatet:

«Selv om bompengesatsene vil øke mer enn forventet, vil Midtstøl selv ved en årlig økning på 10% være billigere enn konkurrenten. Da en slik økning vil gi en ekstra kostnad på 65 096 kr over 3 år, noe som fremdeles er innenfor differensen fra Midtstøl sitt tilbud til konkurrentens tilbud.»

- (15) Innklagede meddelte leverandørene per e-post 26. oktober 2023 at innklagede hadde foretatt en beregning av klagers forbehold. Her fremgikk det:

«Med basis i mengdene containertransporter som lå til grunn for konkurransen, er økningen i eksisterende bompengesatser pr. 20.09.2023 beregnet over kontraksperioden 01.01.2025 - 31.12.2027.

Med forutsetning om en årlig prisvekst på 5 %, er verdien av en slik økning i bompengesatsene kr. 30 227 ekstra over en 3 års periode.

Differansen i favør Midtstøl Transport AS før en tar hensyn til dette forbeholdet er på 70 968 kr over 3 år, jf. tildelingsbrevet. Selv om man inkluderer denne prisøkningen i Midtstøl sitt tilbud er de dermed likevel billigere enn tilbudet fra nærmeste tilbyder.

Forutsetningen om 5 % årlig prisvekst anses som en robust antakelse gitt prognose for KPI fra SSB for den aktuelle kontraksperioden. KPI anses som et troverdig tall å basere denne analysen på, da det ved forrige prisregulering av bompengesatsene i Kristiansand var KPI som ble lagt til grunn.

Selv om bompengesatsene øker mer enn forventet, vil Midtstøl selv ved en årlig økning på 10 % være billigere enn nærmeste konkurrent.»

- (16) Valgte leverandør påklaget tildelingsbeslutningen 1. november 2023. Det ble anført at klagers tilbud skulle vært avvist fra konkurransen på grunn av vesentlige avvik, som følge av at det var knyttet stor usikkerhet til hvordan forbeholdet skulle prissettes. Valgte leverandør viste til at en prisstigning på inntil 20 prosent var forutsatt i både Håndbok for bompengeprojekter utarbeidet av Vegdirektoratet (2019- med hjemmel i veglova § 27), og Prop. 88 S (2022-2023) – utbygging og finansiering av Samferdselspakke for Kristiandregionen fase 3 i Agder. Det ble også påpekt at det aktuelle prosjektet allerede var vurdert overskredet med 15 prosent.
- (17) Innklagede tok klagen til følge 17. november 2023, og klagers tilbud ble avvist på grunn av vesentlige avvik. Innklagede fremholdt at det var vanskelig å prissette klagers forbehold. I tillegg ble det påpekt en regnefeil i innklagedes vurdering av forbeholdet, vedrørende hvilken prosentsats som ville påvirke rangering av tilbudene. Det korrekte var at en årlig prisøkning på 4-5 til 5 prosent ville påvirke hvilket tilbud som var best på pris, og dermed også rangeringen.
- (18) Delkontrakt A ble tildelt valgte leverandør ved ny tildelingsbeslutning 17. november 2023.
- (19) Klager påklaget omgjøringen av tildelingsbeslutningen 6. desember 2023. Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede. Innklagede oppdaget enda en regnefeil, og i den nye vurderingen ble det lagt til grunn at en årlig prisstigning på 5 til 5,5 prosent medførte at rangeringen av tilbudene ble endret.
- (20) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. desember 2023. Innklagede har bekreftet at de avventer kontraktsinngåelse inntil klagenemnda har behandlet saken, og saken er derfor prioritert.
- (21) Innklagede innhentet 4. januar 2024 ytterligere dokumentasjon fra valgte leverandør i anledning oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. mars 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Den opprinnelige tildelingsbeslutningen var lovlig, og innklagede hadde dermed ikke adgang til å endre den. Prissettingen av forbeholdet på 5 prosent er robust, og innklagede hadde dermed foretatt en forsvarlig og saklig vurdering. Det er ingen opplysninger i Samferdselspakke 3 som medfører at den første vurderingen til oppdragsgiver var i strid med forskriften.
- (24) Oppdragsgivers avvisning av klager var ulovlig, som følge av klagers tilbud ikke inneholder vesentlige avvik. Forbeholdet var mulig å prissette, da innklagede har gjort dette i både den opprinnelige og i den nye tildelingsbeslutningen. Der oppdragsgiver har forutsatt 10 prosent økning årlig og 20 prosent økning det første året, utgjør forbeholdet rett under 200 000 kroner. Det forhold at avviket kan prissettes, og at prisen er liten i en kontrakt på over 20 000 000 kroner, medfører at avviket ikke er vesentlig. Dersom det var adgang til å foreta en fornyet vurdering av prissettingen, skulle klager ha fått en lavere

samlet score ved evalueringen, men skulle ikke ha vært avvist. Som følge av at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, vil det uansett ikke foreligge relativ bedømmelsestil.

- (25) Valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav om et tilfredsstillende kvalitetsstyringssystem. Det er ikke levert dokumentasjon som viser at datterselskapet har et tilfredsstillende kvalitetsstyringssystem. ISO-sertifikatet som er levert gjelder bare for valgte leverandør. Ettersending av dokumentasjon er ulovlig, som følge av at det ikke foreligger objektive holdepunkter for at kravet var oppfylt på tilbudstidspunktet. Dette medfører dermed at valgte leverandørs tilbud forbedres.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagedes omgjøring og tilhørende tildelingsbeslutning er gyldig, som følge av at det forelå relativ bedømmelsestil om rangeringen av tilbudene. Prinsipalt fordi en prissetting av klagers forbehold basert på SSBs prognoser om 5 prosent prisstigning, medførte at klager lå svært nær valgte leverandørs tilbud. Subsidiært på grunn av at Samferdselspakke 3 sannsynligvis gir økte kostnader, slik at prissettingen av forbeholdet blir mer usikker enn tidligere. Det er uansett sannsynlig at bompengekostnader totalt vil stige med 5,5 prosent, som er det som trengs for at klagers tilbud ikke blir rangert høyest. Den relative bedømmelsestvilen medfører at innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud.
- (27) Innklagede har ikke plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Tilbudet tilsier at valgte leverandør har en slik rolle i gjennomføringen og oppfølgingen av leveransen, at det er naturlig at den praktiske oppføring av kvalitetssikring ligger hos dem, også overfor underleverandøren. Det er ikke slik at utførende selv alltid må ha tilfredsstillende kvalitetssikringssystem. Det er fullt mulig at tilbyderens system må følges av underleverandører som følge av oppgavefordelingen mellom de to. Dette må vurderes konkret. Innklagede har for øvrig innhentet ytterligere dokumentasjon fra valgte leverandør, som tilsier at kvalifikasjonskravet er oppfylt.

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 inngåelse av to delkontrakter om containertransport, som er en tjeneanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til å overstige EØS-terskelverdi. 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.

Avvisning av valgte leverandør

- (29) Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, som følge av at foretakets underleverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om et tilfredsstillende kvalitetsstyringssystem.
- (30) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».

- (31) Ved tolkingen av kvalifikasjonskravene må det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene, se for eksempel HR-2022-1964 (Flage Maskin) avsnitt 51. Utgangspunktet for tolkingen vil være den objektive forståelsen av ordlyden i konkurransegrunnlaget, men også andre momenter kan ha relevans som for eksempel formålet med anskaffelsen, hva kontrakten går ut på, hvilke dokumentasjonskrav som er satt samt sammenhengen i de ulike bestemmelsene i konkurransegrunnlaget.
- (32) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at leverandøren skulle ha et «*tilfredsstillende kvalitetsstyringssystem som er sertifisert etter ISO 9001, eller ha et tilsvarende omfang, jf. NS-EN ISO 9001*». I tillegg måtte systemet være «*dekkende for de aktivitetene som avtalen omfatter*». Leverandøren skulle dokumentere oppfyllelse av kravet ved gyldig sertifisering fra ISO eller tilsvarende. Dersom leverandøren ikke var sertifisert, skulle det dokumenteres at selskapet hadde et tilfredsstillende kvalitetssikringssystem. Det aktuelle kvalifikasjonskravet var inntatt i ESPD-skjema under overskriften «*Attester utstedt av uavhengige organer*», der spørsmålet i skjemaet var «*Kan leverandør fremlegge attester utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren oppfyller de angitte kvalitetssikringsstandardene, inkludert krav til universell utforming?*».
- (33) Det er ikke omstridt at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet. Ifølge klager oppfyller imidlertid ikke valgte leverandørs underleverandør, som også er valgte leverandørs datterselskap, det aktuelle kravet. Det er fylt ut et ESPD-skjema i datterselskapets navn, og det fremgår her at selskapet har svart «nei» på spørsmålet om selskapet kunne fremlegge attester utstedt av uavhengige organ som dokumentasjon for at leverandøren oppfyller de angitte kvalitetsstandardene. Videre er det vist til at morselskapet, valgte leverandør, har den nødvendige sertifiseringen.
- (34) Klagenemnda kan ikke se at det var et krav at underleverandøren skulle oppfylle det aktuelle kvalifikasjonskravet i dette tilfellet. Av kvalifikasjonskravet fremgikk det at «*leverandøren*» skulle oppfylle kravet. Valgte leverandør har fremlagt et organisasjonskart der det fremgikk at ansatte fra valgte leverandør skulle fungere som blant annet leder SHA og HMS, samt stå for «*Oppfølging kvalitet og miljø*» for avtalen. Det var presisert at datterselskapet skulle utføre selve transporttjenesten, og at valgte leverandørs erfaring var at oppdrag av denne størrelsesorden krever en del støttefunksjoner, «*som HMS, KS og miljø*». Nemnda forstår dette slik at det er valgte leverandør som skal ha ansvaret for kvalitetsstyring for leveransen. Det må dermed være tilstrekkelig at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet om et kvalitetsstyringssystem.
- (35) Klager har anført at underleverandøren måtte oppfylle kvalifikasjonskravet ettersom underleverandøren skulle stå for transporten av containerne, og det fremgikk av kvalifikasjonskravet at kvalitetsstyringssystemet måtte være «*dekkende for de aktivitetene som avtalen omfatter*». Slik nemnda forstår det knytter imidlertid dette seg til hvilken type aktiviteter kvalitetsstyringssystemet måtte være laget for å ivareta, ettersom en ISO-sertifisering går på spesifikke bransjer. Valgte leverandør er sertifisert for virksomhetsområdene «*[g]runnerarbeid, massetransport, VA-arbeid [...]*». Dette er etter nemndas vurdering dekkende.
- (36) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av underleverandørens manglende oppfyllelse av kravet om kvalitetsstyringssystem kan etter dette ikke føre frem.

Avvisning av klagers tilbud

- (37) Klager ble først tildelt kontrakten, men tilbudet deres ble senere avvist og tildelingsbeslutningen omgjort. Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er om omgjøringen av tildelingsbeslutningen var rettmessig. Omgjøringen vil være rettmessig, dersom den opprinnelige tildelingen var i strid med forskriften, jf. forskriften § 25-1 (4). Tildeling av kontrakt til en leverandør hvis tilbud inneholder vesentlige avvik, vil være i strid med forskriften, jf. § 24-8 (1) bokstav b.
- (38) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. 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). Utgangspunktet for tolkningen av konkurransegrunnlaget er hvordan det fremstår for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731 avsnitt 39, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*.
- (39) I tillegg følger det av forarbeidene til anskaffelsesforskriften § 24-8 at det vil foreligge et vesentlig avvik, dersom tilbudet er uklart eller ufullstendig, og dette skaper tvil om hvordan tilbudet skal sammenlignes med andre – såkalt relativ bedømmelsestvil, jf. NOU 2014:4 punkt 25.4.6.2. I den tidligere forskriften av 2006 var dette et eget avvisningsgrunnlag, men det ble ikke videreført, da lovgiver mente at slike uklarheter alltid vil representere et vesentlig avvik, jf. NOU 2014:4 punkt 25.4.6.2. Tidligere praksis om denne avvisningsplikten er derfor relevant.
- (40) Det følger av LH-2012-105793 at avvisningsplikten utløses dersom det ved tolkningen av tilbudet, oppstår en *«rimelig begrunnet tvil om hvordan tilbudet ville kommet ut, dersom tilbudet hadde oppfylt konkurransegrunnlagets [krav]»*. Det *«skal i praksis ofte lite til»* for å fastslå såkalt relativ bedømmelsestvil. Lagmannsretten har i LB-2008-103502 uttrykt at det vil være tilstrekkelig for avvisningsplikt, at tilbudet *«kan medføre tvil»* om bedømmelsen. Det er ikke et krav om å påvise faktisk innvirkning på rangeringen av tilbudene. En uklarhet som skaper en *«rimelig begrunnet tvil om rangeringen»*, vil være tilstrekkelig.
- (41) Det er klart at klager har tatt et forbehold om tilleggsfakturering ved en økning i antall bomstasjoner og/eller økning i staser, og at dette utgjør et avvik. Av kravene til likebehandling og forutberegnelighet, følger det at oppdragsgiver har en plikt til å prissette forbehold med økonomisk verdi. I NOU 2014:4 punkt 25.4.11 (om plikten til å prissette avvik) uttalte forenklingsutvalget at oppdragsgiver ved vurderingen *«må legge til grunn at avviket blir realisert, men samtidig innenfor det saklige og forsvarlige»*. Avviket må altså *«prissettes ut fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver, basert på en saklig og forsvarlig vurdering»*. Klagenemnda har tidligere uttalt at dersom den prismessige konsekvensen av et forbehold lar seg fastsette, vil det normalt ikke foreligge tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes, *«og forholdet til de øvrige leverandørene vil med dette være ivaretatt»*, se klagenemndas avgjørelse i sak 2015/155 avsnitt 21. Er det usikkerhet knyttet til de økonomiske konsekvensene, har nemnda derimot i sak 2017/39 kommet til at det er bedømmelsestvil, se særlig avsnitt 44.

- (42) Innklagede vurderte ikke klagers forbehold i forbindelse med den opprinnelige tildelingsbeslutningen. Innklagede ble senere gjort oppmerksom på forbeholdet, og forsøkte da å prissette det. Innklagede beregnet da hvilken betydning det ville få for klagers pris om det skjedde en økning i bompengesatser på mellom én og ti prosent. Det er dokumentert i saken at innklagede anså en økning på fem prosent som en «*robust antagelse*» basert på en prisstigning i henhold til Statistisk sentralbyrås prognoser om en prisstigning på fem prosent de neste årene. Imidlertid tok innklagede også med i beregningen prisene kunne stige mer enn forventet. Ved første utregning kom innklagede til at selv ved en prisstigning på ti prosent hadde klagers tilbud fremdeles lavere pris enn valgte leverandørs, og tildelingsbeslutningen ble derfor opprettholdt. Dette ble meddelt leverandørene.
- (43) Etter klage fra valgte leverandør oppdaget innklagede en regnefeil som ble rettet opp. Innklagede kom til at en årlig prisøkning på 4-5 til 5 prosent ville påvirke hvilket tilbud som var best på pris, og dermed også rangeringen. Klager ble dermed avvist som følge av at innklagede hadde kommet til at tilbudet inneholdt et vesentlig avvik. Det er senere avklart at det er enighet mellom partene om at en økning i bompengesatser på 5,5 prosent vil medføre at valgte leverandørs tilbud har lavest pris og dermed endre rangeringen av tilbudene. En lavere økning enn dette vil ikke endre rangeringen.
- (44) Klager anfører at innklagede opprinnelig har vurdert det slik at en prisøkning på 5 prosent er en robust prissetting av avviket og at dette var en forsvarlig og saklig vurdering som ikke kan omgjøres uten å endre innklagedes skjønnsutøvelse. Nemnda er ikke enig i denne forståelsen. Slik nemnda forstår det, har innklagede i den opprinnelige evalueringen også tatt hensyn til at prisstigningen vil kunne bli høyere enn Statistisk sentralbyrås prognoser for prisstigning, ved at innklagede har prissatt en økning på opp til ti prosent. Det har vist seg etter den første tildelingen at innklagede har regnet feil da den første tildelingen ble opprettholdt, og at rangeringen av tilbudene vil endre seg gitt at bompengesatsene øker 5,5 prosent eller mer. Innklagede har dermed bygget på uriktige faktiske forutsetninger ved den første tildelingen. Dette må rettes uten at skjønnsutøvelsen dermed endres.
- (45) Ettersom rangeringen av tilbudene ville endres som følge av enhver økning i bompengesatsene fra 5,5 prosent og oppover, er det nemndas forståelse at det foreligger bedømmelsestvil og dermed et vesentlig avvik i klagers tilbud. Som vist er det en plikt til å avvise tilbud med vesentlige avvik etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Tildelingen av kontrakt til klager var dermed i strid med forskriften, og omgjøringen av første tildeling var rettmessig, jf. forskriften § 25-1 (4).

(46)

Konklusjon:

Agder Renovasjon IKS har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise Midtstøl Transport AS.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur