



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede handlet i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 ved etter klagebehandling i klagenemnda og påfølgende ny evaluering hvor nye forhold ble trukket inn, å foreta en ny tildeling til samme leverandør uten at det ble sendt meddelelse om dette, og uten at det ble satt ny klagefrist. Innklagede brøt dessuten lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å foreta den nye tildelingen etter at vedståelsesfristen var utløpt.

Klagenemndas avgjørelse 19. desember 2005 i sak 2005/97

Klager: Perpetuum Holding AS

Innklaget: Avfallsbehandling Tromsø KF

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Morten Goller, Kai Krüger

Saken gjelder:

Ny tildeling. Vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

- (1) Avfallsbehandling Tromsø KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. april 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak av restavfall til deponi. Kontrakten skulle ha en varighet på fem år med mulighet for forlengelse i ytterligere to år. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier oppgitt i ikke-prioritert rekkefølge:
 - ”- *Pris*
 - *Eventuelle forbehold fra tilbyder*
 - *Leveringstid*
 - *Erfaring fra tidligere leveranser (referanser)*
- (2) Tre leverandører innga tilbud i konkurransen, Avfallsservice AS, Reno Vest IKS som senere ble tildelt kontrakt, og Perpetuum Holding AS (heretter kalt klager).
- (3) Den opprinnelige vedståelsesfristen utløp medio september 2004. Den ble forlenget med 30 dager til medio oktober 2004.
- (4) Innklagede tildelte oppdraget til Reno Vest IKS og underrettet klager om dette ved brev 14. september 2004.

- (5) Innklagede underskrev kontrakt med Reno Vest IKS 20. desember 2004. I kontrakten var det tatt forbehold om styrets endelige godkjenning av avtalen. Innklagede ble klaget inn til klagenemnda 7. januar 2005 av klager. Styret varslet at godkjenning ikke ville bli gitt før resultatet av klagenemndas behandling av saken forelå.
- (6) Klagenemnda kom med sin uttalelse 16. mars 2005. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2005/16 hvor klagenemnda kom til følgende konklusjon:

"Avfallsbehandling Tromsø KF har evaluert de innkomne tilbudene i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 ved ikke å foreta en tilfredsstillende verdivurdering av forbehold i tilbudet til Reno Vest IKS."
- (7) Etter at klagenemndas uttalelser i sak 2005/16 og sak 2005/49, som gjaldt klage fra Avfallsservice AS i samme konkurranse, forelå, foretok innklagede en fornyet vurdering av tilbudene. Blant annet ble forbeholdene i tilbudet fra Reno Vest IKS prissatt. Reno Vest IKS ble fortsatt ansett å ha det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette ble meddelt klager 30. mars 2005.
- (8) Samme dag anmodet klager om en bekreftelse på at regelverkets tildelingsprosedyre ville bli fulgt ved den nye tildelingen, herunder at det ville bli satt klagefrist. Innklagede besvarte henvendelsen ved e-post 31. mars 2005 hvor det fremgikk at innklagede ikke anså dette som en ny kontraktstildeling, og at det derfor ikke ville bli sendt ut noe nytt tildelingsbrev.
- (9) Styret hos innklagede fattet 30. mars 2005 beslutning om å godta tildelingen av kontrakt til Reno Vest IKS.
- (10) Perpetuum Holding AS klaget 8. april 2005 den nye tildelingen inn for klagenemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Det foreligger ikke grunnlag for å avvise saken, slik innklagede har hevdet. Saken gjelder kun forhold som har inntrådt etter klagenemndas behandling av sak 2005/16, og innklagedes handlemåte i forlengelsen av nevnte avgjørelse.
- (12) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (13) Innklagedes beslutning av 30. mars 2005 må anses som en ny kontraktstildeling i relasjon til anskaffelsesregelverket. En slik tildeling må følge forskriftens prosedyreregler med hensyn til underretning og klagefrist før kontrakt inngås, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3. Det er nye vurderinger som ligger til grunn for andre gangs tildeling, som deltakerne ikke tidligere har hatt mulighet til å gjøre seg kjent med. Dette gjelder blant annet nye beregninger samt at nye elementer (kostnadsbesparelser) er trukket inn.
- (14) Innklagede har inngått kontrakt med Reno Vest IKS etter at vedståelsesfristen utløp i oktober 2004. Dette er en ulovlig direktetildeling. Det foreligger ikke noen uttrykkelig forlengelse av vedståelsesfristen ut over oktober 2004. Det foreligger heller ikke noen fristforlengelse som følge av konkludent adferd. I prosesskrift til klagenemnda av

1. mars 2005 i sak 2005/49 ga Avfallsservice AS uttrykk for at de ikke anså seg bundet, men åpnet for å inngå avtale på frivillig grunnlag.

- (15) Klagenemnda bes ta stilling til om vilkårene for erstatning for den positive eller negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (16) Klagen må avvises fra behandling i klagenemnda fordi saken har vært oppe for klagenemnda tidligere. Saken er dermed uhensiktsmessig for behandling. Dette gjelder i alle fall for de forholdene klager kunne ha påberopt seg ved forrige klagebehandling, særlig anførslene angående vedståelsesfristens utløp. Uansett må saken avvises fordi den i hovedsak gjelder oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.
- (17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (18) Innklagede har ikke foretatt en ny tildeling. Innklagede har kun avhjulpet feilen klagenemnda konstaterte i sak 2005/16, ved å innhente en ny tilbudssammenstilling samt foreta en ny prissetting av forbeholdene i tilbudet fra Reno Vest IKS. Verdivurderingen som ble foretatt, underbygget den allerede foretatte tildelingen. Beslutningen 30. mars 2005 innebar en kontraktsinngåelse i tråd med den opprinnelige beslutningen.
- (19) Kontrakt er ikke inngått etter vedståelsesfristens utløp. Selv om vedståelsesfristen ikke formelt har vært forlenget ut over oktober 2004, har det vært en dialog mellom partene fram til avgjørelsene forelå i klagenemndas saker 2005/16 og 2005/49. Begge klagere uttalte seg slik i de tidligere klageomgangene at vedståelsesfristen må anses forlenget ved konkludent adferd. Det vises til at klager i brev av 30. desember 2005 gir uttrykk for uro for den videre prosess og etterspør bekreftelse på at bindende avtale ikke er inngått. Klager ga videre i prosesskrift til klagenemnda i sak 2005/16 uttrykk for at klager hadde besluttet ikke å gå videre med etableringen av et nytt avfallsdeponi, men at klager *"ikke kategorisk avvise[r] at det kan bli aktuelt å inngå avtale med oppdragsgiver"*. Konkurransen kan fortsette så lenge minst én leverandør har forlenget sitt tilbud. Det vises til klagenemndas sak 2004/48. Avfallsservice AS anså seg ikke bundet av sitt tilbud fordi Avfallsservice AS mente tilbudet deres var avvist. Dette er en annen situasjon. Reno Vest IKS forlenget vedståelsesfristen for sitt tilbud i brev av 17. mars 2005.
- (20) Vilkårene for erstatning er åpenbart ikke oppfylt. Klagers tilbud var uansett vesentlig dårligere enn det nest dårligste i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Det er tale om en ny tildeling som kan påklages, jf. nedenfor. Klagen er rettidig. Forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II er lagt til grunn for konkurransen.

Innklagedes beslutning av 30. mars 2005

- (22) Klagenemnda har i sak 2004/155 premiss 21 uttalt at begrunnelsesplikten også gjelder for meddelelse om ny tildeling av kontrakt etter omgjøring av den opprinnelige tildelingsbeslutningen. Tilsvarende må gjelde for plikten til å fastsette ny klagefrist.

En klagebehandling fører ikke automatisk til at man står ovenfor en ny tildeling, men i herværende sak har innklagede foretatt en ny evaluering etter de tidligere klageomgangene. Formålet var å rette opp feil som klagenemnda fant at innklagede hadde begått ved den første evalueringen. Det ble imidlertid vurdert forhold som øvrige leverandører ikke hadde hatt anledning til å gjøre seg kjent med. Selv om den nye evalueringen har ført til at tildeling til Reno Vest IKS opprettholdes, var det altså tale om en ny tildelingsbeslutning hvor prosedyrereglene i forskriftens § 10-3 skulle vært fulgt. Innklagedes fremgangsmåte har avskåret klager fra å etterprøve og eventuelt påklage forholdene som den endelige tildelingen baserte seg på. Innklagede har således brutt forskriftens § 10-3(1) ved ikke å gi meddelelse om tildelingen med begrunnelse for valget samt ny klagefrist før kontrakt ble inngått.

Vedståelsesfrist

- (23) Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2005/189, og forutsetningsvis av flere tidligere avgjørelser, at tilbyderne kan forlenge sin vedståelsesfrist etter at tilbud er inngitt. Forlengelse må imidlertid finne sted mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en avtalerettslig disposisjon, og forlengelse av fristen må følge vanlige avtalerettslige regler. I herværende sak er det på det rene at ingen av tilbyderne, mens tilbudene ennå var bindende, uttrykkelig forlenget vedståelsesfristen ut over medio oktober 2004.
- (24) Det foreligger altså ingen dokumentasjon for at vedståelsesfristen, før den utløp i medio oktober 2004, ble forlenget til et nærmere bestemt tidspunkt. Hvorvidt det er andre forhold som likevel tilsier at det er inngått en avtale om forlenget vedståelse, må eventuelt prøves for domstolene. Ut fra opplysningene som foreligger, må klagenemnda legge til grunn at vedståelsesfristen løp ut medio oktober 2004. Etter dette tidspunktet forelå det ingen bindende tilbud lenger, og konkurransen var de facto avsluttet. Innklagede kunne da ikke foreta en ny tildeling i mars 2005.
- (25) Siden vedståelsesfristen anses utløpt på tidspunktet for ny tildeling, har klagenemnda ikke funnet grunn til å referere og vurdere klagers anførsler knyttet til den nye evalueringen av tilbudene.
- (26) Slik saken ligger an, har klagenemnda ikke tilstrekkelig grunnlag for å vurdere erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Avfallsbehandling Tromsø KF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 ved ikke å gi begrunnelse og ny klagefrist etter å ha foretatt en ny tildeling.

Avfallsbehandling Tromsø KF har brutt kravet til forutberegnelighet og konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å foreta ny tildeling av kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen.

For klagenemnda,
19. desember 2005

Inger Marie Dons Jensen