



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Frevar KF
Habornveien 61
1650 Gamle Fredrikstad

Deres referanse

Vår referanse
2009/266

Dato
08.02.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av tildeling av kontrakt for behandling av restavfall i Halden kommune. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Halden kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 22. april 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av avfallshåndteringstjenester knyttet til mottak, forbehandling og forbrenning av restavfall fra boliger og fritidsbebyggelse og brennbart restavfall fra Rokke avfallsanlegg, som tas i mot fra gjenvinningsstasjon og næringsvirksomhet. Anskaffelsens verdi er estimert til over EØS- terskelverdi. Tilbudsfrist var 3. juni 2009.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2 "Konkurranseregler" er det i punkt 2.8.4 "Tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner" oppstilt følgende kvalifikasjonskrav: "Dokumentasjon at regelverk vedr. avfallseksport overholdes". Som tilhørende dokumentasjonskrav er det oppstilt følgende: "Ved evt. forbrenning i utlandet skal det i tilbudet dokumenteres overholdelse av regelverk vedr. eksport av avfall (kap. 13 i avfallsforskriften)".

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.10 "Tildelingskriterier" fremgår det at tildeling av kontrakt skal skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier og poengsetting:

”

<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Vekting</i>
<i>Totalkostnader (*hensyntatt transportavstand) Tilbudspriser, jf. punkt 2.9 nr.1</i>	<i>60 %</i>
<i>Oppdragsgjennomføring, fremdriftsplan, behandlingsanlegg og miljø. Baseres på besvarelse av punkt 2.9 nr 2 og 3</i>	<i>40 %</i>

For tildelingskriterium pris gis 100 poeng til tilbyderer med lavest pris. Laveste pris gis 100 poeng. For beregning av øvrige priser evalueres priser etter formelen: laveste pris/tilbudspris x100.

For andre kriterier gis hvert punkt hos tilbyder poeng i en skala fra 1 til 100.

**)Ved vurdering av totalkostnader og miljø vil også transportavstand/transportkostnader bli vektlagt. Det betyr blant annet at de samlede kostnadene for behandling inkl. transport vil ha betydning for oppdraget. Ved beregning av transportkostnader vil markedspriser benyttes.”*

- (4) Av konkurransegrunnlaget kapittel 3 "Kontraktsbestemmelser" fremgår det av punkt 3.3 "Lover, offentlige forskrifter og vedtak" at "partene skal overholde de lover, forskrifter, konsesjonsvilkår og vedtak som har relevans for sine arbeidsoppgaver". Kontraktens varighet er i punkt 3.23 "Kontraktstid" oppgitt til 4 år.
- (5) Fra kontraktsbestemmelsene punkt 3.8 "Mottakssted for levert avfall" fremgår det at "Oppdragstaker skal ta imot avfallet på det sted som er forutsatt i oppdragstakers tilbud " og at "Dersom det av ulike årsaker ikke er mulig umiddelbart å behandle avfallet ved det anlegg som er avtalt, er det oppdragstakers ansvar å sørge for behandling ved reserveanlegg eller forsvarlig mellomagring av avfallet inntil avtalt behandling kan foretas".
- (6) I kontraktsbestemmelsene punkt 3.19 "Heving av kontrakten på grunn av mislighold" fremgår det at manglende konsesjoner og godkjenninger kvalifiserer til heving.
- (7) Av kontraktsbestemmelsene punkt 3.24 "Generelle krav til arbeidet" følger det videre av punkt 3.24.2 "Hovedregler for utførelse av arbeidet" at "Oppdragstaker inntar for at han, og det personell som skal utføre arbeidet, har de nødvendige offentlige og privatrettslige tillatelser, godkjenninger, autorisasjoner og rettigheter som er nødvendige for utførelsen av arbeidet".
- (8) Fra konkurransegrunnlaget punkt 4 "Beskrivelse" fremgår det av punkt 4.2 "Renovasjonsordning for husholdninger og hytter" under "Omlastingsstasjon restavfall og for kildesortert avfall fra husholdningene" at "Avfallet tippes ned på betongplata/benge og utsorteringen skjer med gravemaskin med avfallsklo" og at "Rokke avfallsanlegg vil bli modernisert med blant annet ny omlastingsstasjon. Det vil bl.a. si at restavfall som samles inn med komprimatorbiler vil bli omlastet på Rokke avfallsanlegg for videre transport til behandlingsanlegg/forbrenningsanlegg". Av punkt 4.4 "Avfallsmengde Halden, restavfall" følger det at "Næringsavfallet på Rokke vil sannsynligvis bli grovsortert med gravemaskin med klo".

- (9) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Frevar KF (heretter kalt klager) og fra Geminor AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (10) Fra valgte leverandør sitt tilbudsbrief fremgår det at avfallet innsamlet med komprimator biler vil kunne transporteres, etter en omlastning på Rokke avfallsanlegg, direkte til forbrenningsanlegg for energigjennvinning ved Lidköpings Värmeverk i Lidköping. I tillegg fremgår det at *"Restavfall fra næring ved Rokke avfallsanlegg vil etter sortering kunne leveres direkte til energigjennvinningsanlegg."* Vedrørende dokumentasjon om forbrenning i utlandet fremkommer det at valgte leverandør har eksporttillatelse til behandling hos SFT for avfall til Lidköpings Värmeverk AS og videre at *"skulle tillatelsen ikke foreligge ved oppstart kan avfallet leveres til Renova AB i Göteborg i en oppstartsfase. Geminor har både eksporttillatelse samt avtale med Renova AB"*.
- (11) I Hjellnes Consult sitt evalueringsnotat av 30. juni 2009 anbefales det at innklagede inngår kontrakt med valgte leverandør. Det fremgår at kvalifikasjonskravene anses oppfylt for alle tilbyderne, herunder at dokumentasjonskravet tilhørende kvalifikasjonskravet om eksporttillatelse for valgte leverandør og en annen tilbyder er oppfylt ved at søknad om tillatelse er sendt til Statens forurensningstilsyn (heretter kalt SFT). For to av tilbyderne, herunder klager, fremkommer det at eksporttillatelse ikke er relevant. Når det gjelder evaluering av tildelingskriteriet *"Oppdragsgjennomføring"* fremgår det at valgte leverandør har fått 100 poeng (høyeste score) og at klager har fått 90 poeng. For klager er det vist til at *"Evt. forsortering ikke beskrevet, men en produktbeskrivelse som setter visse krav til avfallet er vedlagt"*. Følgende refereres fra tildelingsevalueringen:

"4.2 Tilbudspriser"

[...]

Transportkostnader

Ved sammenlikning av tilbudsprisene for behandling inklusive transport har vi brukt markedspriser på transport fra nyere anbudskonkurranser og ved henvendelse til diverse transportfirmaer. Erfaringsmessig endres enhetsprisene (kr/km) mest ved kortere avstander, og minst ved lange avstander. For eksempel endres prisene vesentlig mer for avstand fra 0 til 50 km enn fra 50 km til 100 km osv. Dette har bla. sammenheng med at en del av transportkostnadene er faste, for eksempel ventetid, opplastingskostnader, avskrivninger etc. På den annen side varierer drivstoffkostnadene pr. km. lite i forhold til avstand.

[...]

Erfaringsmessig varierer anbudspriser (markedspriser) til dels vesentlig, avhengig av bl.a. konkurransesituasjon, transportavstand, veistandard, mulighet for returtransport, dieselpriis, type container/lastekapasitet m.m. Det er etter vår vurdering altså ikke noe fasitsvar når det gjelder transportkostnader. Faktiske transportkostnader for transport fra Rokke til valgt behandlingsanlegg vil først synliggjøres etter kontrahering av transporttjenestene.

Samlet kostnad for behandling og transport

[...]. Dvs. at vi har brukt differensierte enhetspriser i forhold til transportavstand fra Rokke til oppgitt forbrenningsanlegg. [...]. Det fremgår at selv om man benytter andre enhetspriser (men beholder omtrent samme differensiering som følge av ulik avstand), så endrer det ikke at Geminor kommer best ut for de samlede kostnadene."

- (12) Innklagede meddelte i brev av 3. juli 2009 til tilbyderne at Geminor AS var valgt som leverandør. I brevet opplyses det at den endelige tildelingen ikke kunne foretas før klagefristen var utløpt, og at en eventuell klage måtte begrunnes skriftlig og være innklagede i hende innen mandag 13. juli kl 12:00.
- (13) Innklagede avholdt et avklaringsmøte med valgte leverandør 7. juli 2009. Fra møtereferatet av samme dato, fremkommer det at valgte leverandør har fått eksporttillatelse fra SFT.
- (14) Klager etterspurte innklagedes dokumentasjon av tildelingsevalueringen i brev av 7. juli 2009.
- (15) Innklagede besvarte klagers henvendelse i e-post av 9. juli 2009, hvor det ble gitt innsyn i vurderingsgrunnlaget vedrørende evalueringen av tilbudene og gitt en begrunnelse av evalueringen av klagers tilbud sammenlignet med valgte leverandør sitt tilbud.
- (16) I klagers e-post av 10. juli 2009 fremgår det følgende: *"Takk for info. Frevar vil komme tilbake neste uke med oppfølgende spørsmål"*.
- (17) Klager sendte e-post til innklagede 14. juli 2009 med opplysning om at det ville bli innlevert et brev med avklaringer vedrørende tildelingskriteriene neste dag. Angjeldende brev ble levert hos innklagede 15. juli 2009 kl 08.00, hvorav det opplyses at klager forventer et svar fra innklagede innen 15 dager og at klager gjerne møter innklagede i et avklaringsmøte. Avslutningsvis opplyses det at: *"Inntil vi har fått tilfredsstillende svar på ovenstående, vil vi ikke godta Deres innstilling til tildeling"*.
- (18) Innklagede besvarte henvendelsen i e-post av 16. juli 2009, hvorav det ble vist til at fristen for å klage over tildelingsbeslutningen var 13. juli 2009 kl 12:00 og at det ble signert kontrakt med valgte leverandør etter klagefristens utløp samme dag. Videre ble det opplyst at *"På grunn av ferieavvikling for de som er involvert i evalueringen må vi komme tilbake med konkret svar på noen av spørsmålene i uke 32-33"*.
- (19) I innklagdes e-post av 13. august 2009 besvares de resterende punktene overfor klager. Følgende hitsettes:

"2. Transportkostnader"

Her vises det igjen til vår begrunnelse i e-post datert 09.07.09, under avsnittet "transportkostnader". Og vårt konkurransegrunnlag punkt 2.10.

Vi har i henhold til konkurransegrunnlaget lagt til grunn markedspriser på transport på de aktuelle strekningene. Da dette kriteriet gjelder "Totalkostnader" er det de tilbudte prisene fra transportørene som blir lagt til grunn i denne delen av evalueringen. Vi har derfor ved evalueringen av "Totalkostnader" ikke vurdert hvordan transportørene har kommet frem til tilbudte priser/markedsprisene og hva som er grunnlaget for prissettingen.

5. Forbehandling

Frevar KF har i sitt tilbud ikke beskrevet forsortering, men har lagt ved en produktbeskrivelse som setter visse krav til avfallet. Som oppdragsgiver i en åpen anbudskonkurranse kan vi kun ta hensyn til dokumentasjonen og innholdet (ordlyden) i denne, som foreligger ved tilbudsfristens utløp.

Ved poengsettingen har vi som tidligere nevnt et innkjøpsfaglig skjønn, det vises videre til vårt svar i e-post datert 16.07.09 punkt 3."

(20) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. desember 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Brudd på kravet til forutberegnelighet vedrørende varigheten av eksporttillatelse

(21) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å ha inngått kontrakt for 4 år med valgte leverandør. Det vises til at valgte leverandør kun har dokumentert 1 års eksporttillatelse fra SFT, og dermed ikke har oppfylt kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet vedrørende eksport av avfall. Det kan ikke forutsettes at eksporttillatelse vil bli gitt for de kommende tre årene.

Brudd på kravet til forutberegnelighet ved tildelingsevalueringen

(22) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å ha hensyntatt kostnaden for returfrakt ved evalueringen av tildelingskriteriet totalkostnader. Siden det var oppgitt i konkurransegrunnlaget at markedspris skulle benyttes og innklagede ikke hadde inngått transportavtale på tidspunktet for kunngjøringen av foreliggende anskaffelse, anses det lite forutberegnelig at evalueringen av markedsprisen ikke ble basert på tur/retur. Videre vises det til at innklagede har lagt til grunn en uvanlig stor spredning hos tilbyderne i kostnader per kilometer, fra 15 kr/km til 40 kr /km.

Brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling vedrørende forbehandling av avfall

(23) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling ved å investere i forbehandlingsutstyr på Rokke avfallsplass. Denne investeringen innebærer at kvaliteten på avfallet blir endret, slik at valgte leverandør sitt anlegg, Lidköping värmeverk AB, som kun behandler kvernet avfall, kan motta avfallet. I følge klager er det ikke opplyst i konkurransegrunnlaget at det skal kjøpes kvern eller lignende, da det kun er opplyst bruk av gravemaskin med klo. De øvrige tilbyderne har ikke hatt foranledning til å gi tilbud på kvernet avfall.

Hvorvidt det er gitt en reell klagefrist

(24) Klager anfører at klagefristen på 10 dager inklusive to helger var for kort på en omfattende sak som denne. Det vises til at klager i e-post av 10. juli 2009, som ble sendt innenfor klagefristens utløp uten at den ble benevnt som klage, opplyste å ha ytterligere spørsmål vedrørende tildelingen. Klager forventet at innklagede ikke signerte kontrakt med valgte leverandør før alle spørsmålene var besvart. I tillegg vises det til at klager også varslet i e- post av 14. juli 2009 at det ville bli levert et brev med ytterligere spørsmål dagen etter. Innklagede meddelte imidlertid i e-post 16. juli 2009 at kontrakt med valgte leverandør ble signert 13. juli 2009 etter kl 12.00. Klager fikk dermed ikke svar på alle spørsmål før klagefristen var ute og kontrakt var signert.

Innklagedes anførsler:

Brudd på kravet til forutberegnelighet vedrørende varigheten av eksporttillatelse

(25) Innklagede anfører prinsipielt at klagers anførsel skal avvises, da den oppfattes primært som en innvendig mot at SFT ikke har innført eksportrestriksjoner og/eller forbud mot eksport av avfall. Dette forholdet reguleres av statlige myndigheter, og er ikke gjenstand for behandling av Klagenemnda for offentlige anskaffelser, jf. klagenemndsforordningen §§ 6 og 9.

(26) Subsidiært bestrider innklagede at det foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Valgte leverandør har dokumentert i tilbudet sitt at det var søkt om

eksporttillatelse hos SFT for avfall til Lidköpings Värmeverk AB, herunder at avfallet kunne leveres til Renova AB i Göteborg i en oppstartsfase dersom tillatelse ikke skulle foreligge ved oppstart. Innklagede mottok videre eksporttillatelsen fra valgte leverandør før kontrakten ble signert. Videre vises det til at manglende eksporttillatelse for ett eller flere kontraktsår, vil reguleres av kontraktsvilkårene, jf. punkt 3.19.1 om at "*manglende konsesjoner og godkjennelser*" gir grunnlag for heving av kontrakten.

Brudd på kravet til forutberegnelighet ved tildelingsevalueringen

- (27) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Totalkostnader*", da evalueringen er gjennomført på samme måte for samtlige tilbydere i henhold til opplysningene i konkurransegrunnlaget.
- (28) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at markedspriser på transport vil bli tillagt de tilbudte priser ved evalueringen av totalkostnader vedrørende behandling av avfallet. Av evalueringsnotatet fremgår det at det ble innhentet priser fra 3 transportfirmaer per telefon og at disse prisene ble sammenholdt med priser på transport fra anbudskonkurranse gjennomført i 2008 og 2009. Variasjonen på transportprisene fra 15 til 40 kr/km, er fornuftig i forhold til at det må legges betydelig mer vekt på anbuds- og kontraktspriser enn priser innhentet per telefon. Innklagede har således forholdt seg til transportprisene som leverandørene av denne tjenesten gir, og har ikke vurdert hvorvidt inngitte pristilbud for en gitt strekning inneholder bruk av returtransport. Dersom slik returtransport benyttes, vurderes det i denne sammenheng heller ikke i hvor stor grad leverandøren benytter dette for å komme frem til det aktuelle pristilbudet.
- (29) Klager ble rangert som nummer fem av fem tilbydere for tildelingskriteriet "*Totalkostnad*". I evalueringen av klagers tilbud, som innebærer en avstand på 37 km, er det benyttet 30 kr/km. I følge innklagede ville resultatet blitt det samme dersom innklagede hadde lagt 15 kr/km til grunn. Resultatet ville også blitt det samme dersom innklagede hadde foretatt en evaluering eksklusiv transportkostnader.

Brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling vedrørende forbehandling av avfall

- (30) Innklagede anfører at klagers anførsel er basert på feil faktum og kan ikke føre frem. Det vises til at Lidköpings Värmeverk AB kan motta både kvernet og ukvernet avfall, og at dette er dokumentert i valgte leverandør sitt tilbuds-brev. Videre er det vist til at det er opplyst i konkurransegrunnlaget punkt 4.2 og punkt 4.4 at sorteringen vil bli foretatt av gravemaskin med avfallssklo. Samtlige av tilbyderne har inngitt sitt tilbud på bakgrunn av dette og blitt evaluert i henhold til dette.
- (31) Anskaffelsen av kvernen knytter seg til endrede driftsforhold på Rokke avfallsanlegg (anbudskonkurranse vedrørende trefallsvirke som er kunngjort 28. mai 2009) og ikke til angjeldende anbudskonkurranse og etterfølgende kontrahering. Innklagede valgte i den forbindelse å benytte muligheten til å kverne restavfall fra næring i tillegg. Lønnsomheten for innklagede ved at næringsavfallet kvernes er gjenstand for en løpende vurdering, som foretas av innklagede etter kontrahering.

Hvorvidt det er gitt en reell klagefrist

- (32) Innklagede bestrider at det ikke er gitt en rimelig klagefrist etter forskriften § 22-3 (1). Det vises til at klagefristen var 10 dager etter at tilbyderne mottok meddelelsen om tildelingsbeslutningen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2009/57 premiss (92) og (93). Klagers anmodning om nærmere begrunnelse i brev 7. juli 2009, ble besvart av innklagede 9. juli 2009. Klagers henvendelse i e-post 10. juli 2009, ble kun oppfattet som en orientering om at det ville komme flere spørsmål. Ytterligere spørsmål om transportevalueringen ble mottatt 14. juli 2009 og klagers "*varsel*" om at det var ønske om ytterligere "*avklaringer*" ble mottatt 15. juli 2009, dvs. etter klagefristens utløp 13.

juli 2009 kl 12:00. Som følge av at klager hadde mottatt nærmere begrunnelse innen klagefristens utløp og at kontrakt var signert med valgte leverandør, ble det vurdert som tilstrekkelig med en tilbakemelding i e-post 16. juli 2009. Ytterligere tilbakemelding ble i tillegg gitt i e-post 13. august 2008.

Sekretariatets vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift 15. november 2002 nr.1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en tjenesteanskaffelse etter vedlegg 5 "*Prioriterte tjenester*" (tjenestekategori 16 "*Kloakk- og avfallstømming, rensing og lignende tjenester*"), som omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. § 2-1 (1) og § 2-2 (2).

Brudd på kravet til forutberegnelighet vedrørende varigheten av eksporttillatelse

- (34) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å ha inngått kontrakt med valgte leverandør for 4 år, når valgte leverandør kun har dokumentert 1 års eksporttillatelse fra SFT. Anførselen anses å gjelde brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, og vil derfor bli behandlet.
- (35) Av kravet til forutberegnelighet følger det at innklagede i anskaffelsesprosessen må forholde seg til opplysninger som er gitt i kunngjøringen og ellers i prosessen, jf. Klagenemndas avgjørelse i 2009/187 premiss (25) og 2009/98 premiss (28). Videre innebærer kravet at oppdragsgiver må vurdere om kvalifikasjonskravene er oppfylt på bakgrunn av dokumentasjonskravene som stilles i konkurransegrunnlaget, jf. sak 2009/111 premiss (24).
- (36) Kontraktens varighet er 4 år, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.23 "*Kontraktstid*". Av konkurransegrunnlaget punkt 2.8.4 fremgikk det at tilhørende dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskrav vedrørende avfallseksport var "*overholdelse av regelverk vedr. eksport av avfall (kap.13 i avfallsforskriften)*". I henhold til kontraktsvilkårene punkt 3.8 "*Mottakssted for levert avfall*", skal tilbyderne innestå for nødvendige tillatelser til å utføre etterspurt arbeid og "*sørge for behandling ved reserveanlegg eller forsvarlig mellomlagring av avfallet inntil avtalt behandling kan foretas.*". Videre har innklagede rett til å heve kontrakten dersom tilbyder mangler konsesjoner og godkjenninger, jf. kontraktsvilkårene punkt 3.19.1.
- (37) Ettersom valgte leverandør oppga i sitt tilbud at det var søkt om eksporttillatelse hos SFT for avfall til Lidköpings Värmeverk AB, finner sekretariatet at dokumentasjonskravet som er stilt er oppfylt, jf. "*overholdelse av regelverk*". Regelverket, dvs. forskrift om gjenvinning og behandling av avfall (avfallsforskriften) av 1. juni 2004 nr 930 kapittel 13, innebærer at det må søkes om eksporttillatelser for transport av avfall over landegrensene. Sekretariatet viser til at SFT administrerer regelverket, og at det kun innvilges eksporttillatelser for ett år av gangen. Valgte leverandør må imidlertid ved innlevering av tilbudet innestå for at alle nødvendige tillatelser innehas for samtlige kontraktsår. Det følger således uttrykkelig av konkurransegrunnlaget at manglende eksporttillatelse for ett eller flere kontraktsår, gir grunnlag for misligholdsbeføyelser, jf. ovennevnte kontraktsvilkår punkt 3.19.1. Sekretariatet bemerker videre at valgte leverandør garanterte i tilbudet at avfallet kunne leveres til Renova AB i påvente av eksporttillatelse, jf. alternativet "*behandling ved reserveanlegg*" i kontraktsbestemmelsene punkt 3.8 "*Mottakssted for levert avfall*", noe som imidlertid ikke ble aktuelt på grunn av at innklagede mottok eksporttillatelsen fra valgte leverandør før kontrakten ble signert.

- (38) På den bakgrunn finner sekretariatet at innklagede ikke har brutt kravet til forutberegnelighet ved å ha inngått kontrakt med valgte leverandør for 4 år. Klagers anførsel fører ikke fram.

Brudd på kravet til forutberegnelighet ved tildelingsevalueringen

- (39) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å ha hensyntatt kostnaden for returfrakt ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Totalkostnader"*. Det er vist til at markedspris skulle benyttes i henhold til opplysninger i konkurransegrunnlaget, og at innklagede ikke hadde inngått transportavtale på tidspunktet for kunngjøringen av foreliggende anskaffelse. Videre vises det til at innklagede har lagt til grunn en uvanlig stor spredning hos tilbyderne i kostnader per kilometer, fra 15 kr/km til 40 kr /km.
- (40) Av forskriften § 13-2 (2), 3. punktum fremgår det at alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Ved evalueringen av tilbudene basert på tildelingskriteriene skal innklagede ut i fra kravet til forutberegnelighet i loven § 5 kun ta hensyn til forhold som naturlig faller inn under de fastsatte tildelingskriteriene. Dersom det er fastsatt underkriterier, eller på annen måte presisert hvilke forhold som skal ha betydning ved evalueringen av det enkelte kriterium, vil innklagede være bundet av dette, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/75 premiss (41) og 2008/16. For øvrig har innklagede ved tildelingsevalueringen et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnutøvelsen har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt bygd på riktig faktum, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/51.
- (41) Det var oppgitt i konkurransegrunnlaget at *"ved vurderingen av totalkostnader og miljø vil også transportavstand/transportkostnader bli vektlagt. Det betyr blant annet at de samlede kostnadene for behandling inkl. transport vil ha betydning for oppdraget. Ved beregning av transportkostnader vil markedspriser benyttes"*, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.10 *"Tildelingskriterier"*.
- (42) I evalueringsnotatet av 30. juni 2009 fremkommer det at markedspriser på transport fra nyere anbudskonkurranser og ved henvendelser til diverse transportfirmaer er benyttet ved sammenlikning av tilbudsprisene for behandling inklusive transport. I innklagedes e-post av 13. august 2009 til klager, ble det opplyst at *"det er de tilbudte prisene fra transportørene som blir lagt til grunn i denne delen av evalueringen"* og *"vi har derfor ved evalueringen av "Totalkostnader" ikke vurdert hvordan transportørene har kommet frem til tilbudte priser/markedsprisene og hva som er grunnlaget for prissettingen"*. Videre har innklagede i sitt tilsvare opplyst at evalueringen er gjennomført på samme måte for samtlige tilbydere i henhold til opplysningene i konkurransegrunnlaget, og at det ikke er vurdert hvorvidt inngitte pristilbud for en gitt strekning inneholder bruk av returtransport. På den bakgrunn finner sekretariatet at innklagede har evaluert tildelingskriteriet *"Totalkostnad"* på den måten som er beskrevet i konkurransegrunnlaget, herunder at eventuell returtransport er blitt evaluert såfremt dette er inkludert i tilbudte priser fra tilbyderne.
- (43) Når det gjelder spørsmålet om innklagede i evalueringen har lagt til grunn en for stor spredning hos tilbyderne i kostnadene per kilometer, vises det til at innklagede har oppgitt i tilsvaret at variasjonene på transportprisene fra 15 til 40 kr/km er fornuftig, ettersom det må legges betydelig mer vekt på anbuds- og kontraktpriser enn priser innhentet per telefon. Videre er det oppgitt at klager ble rangert som nummer fem av fem tilbydere ved evalueringen av dette tildelingskriteriet, og at det i evalueringen av

klagers tilbud, som innebærer en avstand på 37 km, er benyttet 30 kr/km. I følge innklagede ville resultatet blitt det samme dersom innklagede hadde lagt 15 kr/km til grunn, og dersom evalueringen hadde blitt foretatt eksklusiv transportkostnader. På den bakgrunn finner ikke sekretariatet grunnlag for å kunne konstantere at innklagedes evaluering har vært usaklig eller uforsvarlig, og innklagede anses heller ikke for å ha brutt kravet til forutberegnelighet på dette grunnlag. Klagers anførsel fører ikke frem.

Brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling vedrørende forbehandling av avfall

- (44) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling ved å investere i forbehandlingsutstyr på Rokke avfallsplass, ettersom investeringen innebærer at valgte leverandør sitt anlegg, Lidköping värmeverk AB, som kun behandler kvernet avfall, kan motta avfallet. I følge klager er det kun opplyst bruk av gravemaskin med klo i konkurransegrunnlaget.
- (45) I konkurransegrunnlaget er det i punkt 4.2 oppgitt at *"avfallet tippes ned på betongplata/binge og utsorteringen skjer med gravemaskin med avfallsklo"* og i punkt 4.4 at *"næringsavfallet på Rokke vil sannsynligvis bli grovsortert med gravemaskin med klo"*. Av valgte leverandør sitt tilbud fremkommer det at *"restavfall fra næring ved Rokke avfallsanlegg vil etter sortering kunne leveres direkte til energigjenvinningsanlegg"*.
- (46) Innklagede har i tilsvaret opplyst at Lidköping värmeverk AB kan motta både kvernet og ukvernet avfall, og at dette er dokumentert i valgte leverandør sitt tilbuds-brev. Videre er det vist til at samtlige tilbydere har inngitt sitt tilbud og blitt evaluert i henhold til opplysningene i konkurransegrunnlagets punkt 4.2 og 4.4 om at sorteringen vil bli foretatt av gravemaskin med avfallsklo. For så vidt gjelder anskaffelsen av forbehandlingsutstyr (kvernen) er det opplyst at dette knytter seg til endrede driftsforhold i forbindelse med anbudskonkurranse vedrørende trefallsvirke, hvorav innklagede benyttet muligheten til å kverne restavfall fra næring i tillegg.
- (47) Sekretariatet kan på bakgrunn av ovennevnte ikke se at innklagede har foretatt en evaluering av inngitte tilbud i strid med kravet til forutberegnelighet. Det finnes etter sekretariatets syn heller ikke grunnlag for å kunne konstantere at det har blitt utvist en usaklig forskjellsbehandling i forbindelse med evalueringen av klagers tilbud sammenlignet med valgte leverandørs tilbud. Det vises i den forbindelse til evalueringsnotat av 30. juni 2009, hvor det fremgår at valgte leverandør har fått full score (100 poeng) ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Oppdragsgjennomføring"*. Klager har fått 90 poeng, og det er vist til at *"Evt. forsortering ikke beskrevet, men en produktbeskrivelse som setter visse krav til avfallet er vedlagt"*. Klagers anførsel fører derfor ikke fram.

Hvorvidt det er gitt en reell klagefrist

- (48) Klager har anført at klagefristen på 10 dager inklusive to helger var for kort på en omfattende sak som denne. Det er vist til at innklagede ikke besvarte klagers spørsmål vedrørende tildelingen før klagefristen var ute og kontrakten var signert.
- (49) Forskriften § 22-3 (1) krever at det skal gå rimelig tid fra meddelelsen om tildeling til kontraktsinngåelse. Klagefristens lengde reguleres ikke i leddets siste punktum, men må etter klagenemndas praksis settes ut fra saksomstendigheter og rimelighetshensyn. Det er i tidligere saker lagt til grunn at en frist på ti dager normalt vil være tilstrekkelig lang, jf. klagenemndas saker 2008/98 premiss (103) og 2008/187 premiss (64).
- (50) Endringsdirektiv 2007/66/EF til Dir. 89/665 og Dir. 92/13 er vedtatt i EU. Direktivet er EØS-relevant og utredet for innarbeidelse i norsk lov, men er foreløpig ikke gjeldende

rett. I endringsdirektivet til Dir. 89/665 (Art. 2c) fastslås en klagefrist på minst ti dager kombinert med et forbud mot å inngå avtale før utløpet av en *"standstill period"* av samme lengde (Art. 2a og Art. 2d). Etter nemndas syn vil direktivet være veiledende ved vurderingen av hva som etter gjeldende rett kan anses som en rimelig frist, jf. klagenemndas sak 2009/57 premiss (93).

- (51) Sekretariatet viser til at det ikke er sagt noe om hva som etter klagers oppfatning vil være en rimelig frist. Det er imidlertid på det rene at innklagede opplyste i sitt meddelelsesbrev av 3. juli 2009 til klager at *"en eventuell klage må begrunnes skriftlig og være innklagede i hende innen mandag 13. juli kl 12:00"*, dvs. en klagefrist på 10 dager. I tildelingsmeddelelsen av 3. juli 2009 ble det opplyst at valg av leverandør var truffet etter *"en grundig gjennomgang og totaløkonomisk vurdering i henhold til kunngjorte tildelingskriterier"*. Videre oppga innklagede poengscoren etter vekting av klagers tilbud på de ulike tildelingskriteriene og totalt sett, sammenlignet med valgte leverandørs tilbud og de øvrige tilbudene. Klager etterspurte nærmere dokumentasjon for den gjennomførte evalueringen av tildelingskriteriene i brev 7. juli 2009, som ble imøtekommet i innklagedes e-post av 9. juli 2009. Innklagede har i sitt tilsvarende opplyst at klagers svar i e-post av 10. juli 2009, kun ble oppfattet som en orientering om at det ville komme flere spørsmål. Etter sekretariatets syn, kan klagers e-post av 10. juli 2009 verken anses å innebære et varsel om at tildelingsbeslutningen vil bli påklaget eller en konkret klage. Klager ga etter sekretariatets syn først uttrykk for at tildelingsbeslutningen ble påklaget i brev av 15. juli, dvs. etter klagefristens utløp.
- (52) Basert på dette, samt at man ut fra EU direktiv 2007/66/EF kan utlede en hovedregel om minstefrist på 10 kalenderdager, kan sekretariatet vanskelig se at den fristen som ble satt i dette tilfellet var for kort. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Bente Therese Brekken
seniorrådgiver

Kopi til:
Halden kommune