



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av sluttbehandling av restavfall. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til nærmere begrunnelse i forskriften § 20-16 (4). Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. august 2011 i sak 2010/197

Klager: GemiNor AS

Innklaget: Sunnhordland Interkommunale Miljøverk IKS, Nordhordland og Gulen Interkommunale Renovasjonsselskap

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Morten Goller, Kai Krüger

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør, ulovlig tildelingskriterium, tildelingsevaluering, kontraktens varighet, begrunnelse

Bakgrunn:

(1) COWI AS kunngjorde 17. desember 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av sluttbehandling av restavfall for Karmøy kommune, Sunnhordland Interkommunale Miljøverk (SIM), FjellVar, Indre Hordaland Miljøverk (IHM), Nordhordland og Gulen Interkommunale Renovasjonsselskap (NGIR), Sogn Interkommunale Miljø- og Avfallsselskap (SIMAS) og Sunnfjord Miljøverk IKS (SUM). Konkurransen hadde tidligere vært gjennomført som konkurranse med forhandling, men ble avlyst på bakgrunn av klagenemndas sak 2009/178 som la til grunn at konkurransen skulle vært gjennomført som en anbudskonkurranse. Tilbudsfrist var i kunngjøringens punkt IV.3.4 angitt til å være 2. februar 2010. Den foreliggende klagesak gjelder kun anskaffelsesprosessen for innklagede SIM og NGIR.

(2) Følgende hitsettes fra konkurransegrunnlaget punkt 1.1 «Invitasjon»:

«Bakgrunnen for konkurransen er at det vart innført eit forbod mot deponering av nedbrytbart avfall frå 01.07.2009. Dei nemnde kommunane/selskapa gjennomførde tidlegare i år ein tilsvarende konkurranse etter prosedyren «kjøp etter forhandling», men denne vart avlyst på grunn av ei avgjerd frå KOFA.

[...]

Det vert innhenta alternative tilbod på transport i bulk og som ballepressa avfall, og desse alternativa krev ulik tid for tilrettelegging frå oppdragsgjevarane si side. Det kan også vere aktuelt å inngå avtalar om oppstart med bulktransport og framtidig overgang til ballepressing. Nokre av oppdragsgjevarane har anlegg som er, eller vil bli tilrettelagde for oppstart snarast etter underskrift av kontrakt.

[...]

I utgangspunktet skal ein rekne med transport frå omlastingsstasjonar på dei nemnde hentestadane for kvar kommune/selskap. Men det kan i einskilde høve tenkjast at oppdragsgjevarane sjølve ønskjer å ta ansvaret for transport fram til behandlingsanlegget for heile eller deler av avfallsmengda.

Det vert inngått separate kontraktar for kvart selskap eller kommune (oppdragsgjevar), og kvar oppdragsgjevar kan dele opp restavfallet i to delkontraktar. Innanfor kvar delkontrakt står oppdragsgjevar fritt til å skifte mellom dei alternativa som er prissette. I punkt 3.1.2 er kontraktane og alternativa nærare spesifisert.

Kontraktane vil ha ein avtaleperiode på 4 år frå oppstart, med opsjon på 1 + 1 år. »

- (3) Av konkurransegrunnlagets punkt 1.3 «Innhald og organisering av tilbodet» fremgikk følgende:

«Ved innlevering skal innhaldet i tilbodet vere organisert i samsvar med innhaldslista nedanfor:

1. Tilbodsbrev med presentasjon og eventuelle atterhald.

2. Utfylte prisskjema og tilbodssamandrag i vedlagde rekneark (kap. 4).

3. Gjennomføringsplan, behandlingssløysingar og miljøkvalitet, inkludert utfyling av skjema i vedlagde rekneark (kap.4). Tilbydaren må supplere utfylte skjema med utfyllande omtale og dokumentasjon.

4. Dokumentasjon og supplerande opplysningar i høve til kvalifikasjonsvilkåra, jf. skjema i kap. 3 i vedlagde rekneark.

Vi gjer merksam på at manglande opplysningar og manglande utfylling av relevante skjema kan vere grunnlag for avvisning av tilbodet.

I høve til punkt 2-4, vert tilbydarene bedt om å disponere tilboda slik at dei best mogleg samsvarar med vilkåra for tildeling av kontrakt, jf. punkt 1.5.2.»

- (4) Av konkurransegrunnlagets punkt 1.5 «Vilkår for konkurransen» fremgikk det under punkt 1.5.1 «Generelt» at anskaffelsen ville følge forskrift om offentlige anskaffelser for «anskaffelser over EØS-terkskelverdiene». Videre fremgikk det at:

«Forplikande tilbodsbrev skal leggjast ved, og vere ein del av tilbodet. Tilbodet skal vere fullstendig utfylt. Postar som ikkje er utfylt med pris, reknar ein med er innkalkulert i andre postar med mindre ein har gjeve spesielle merknader om dette i tilbodsbrevet.

Dersom prisen ikkje inkluderer ytingar som er føreskrivne i konkurransegrunnlaget, eller som må inngå i ein funksjonsdyktig leveranse, skal tilbydar gjere særskilt merksam på dette i tilbodsbrevet. Det skal i så fall gjerast greie for kva avvik det dreiar seg om, og kva som er følgjene av endringane.

Tilbydaren kan gje pris på dei kontraktane som han ønskjer. Men tilbodet skal omfatte komplette tenester for kvar kontrakt. Tilbodet skal også omfatte alle alternativ og opsjonar som er inkludert i konkurransegrunnlaget, og som følgjer med dei respektive kontraktene.

Eventuelle atterhald i høve til kontraktvilkåra vert vurdert ut frå dei konsekvensane som oppdragsgjevar meiner det har i høve til kvalitet, tidsplan og kostnader. Tilbydar skal spesifisere atterhalda i tilbods brevet. Atterhald som ikkje kan prissetjast kan gje grunnlag for avvisning av tilbodet.

Det vert ikkje høve til å gje alternative tilbod utover dei alternativ som går fram av dette konkurransegrunnlaget.»

- (5) Videre hitsettes følgende under konkurransegrunnlagets punkt 1.5.2 «Vilkår for tildeling av kontrakt»:

*«Oppdragsgjevar vil velje det tilbodet som etter ei heilskapsvurdering er **det økonomisk mest fordelaktige**. Følgjande kriterium vert lagt til grunn:*

*1. **Totalkostnader** for oppdragsgjevar i kontraktperioden. I tillegg til kostnadene i tilbudsformularet vil oppdragsgjevaren også ta omsyn til andre kostnader ved gjennomføring av kontrakten. Dette vil gjelde ulik kostnad for forbehandling (som til dømes kverning, ballepressing, emballering, lagring) og eventuell skilnad i opplastningskostnad. Kriteriet totalkostnader har ei vekt på 90 %*

*2. Tilbydaren sin **evne til å gjennomføre det konkrete oppdraget, og miljøkvaliteten i oppdragsgjennomføringa.***

- Evne til gjennomføring blir vurdert på grunnlag av tilbydaren sin gjennomføringsplan, jf. punkt 1.3. der ein legg stor vekt på gjennomføring i høve til prosedyrar for å sikre henting til rett tid, service og kontakt mot oppdragsgjevar, rapporteringssystem, reservekapasitet og beredskap mv. Det vert også vurdert i kva grad tilbydaren sine transport – og behandlingssløysingar vert sett på som robuste gjennom kontraktperioden.*

- Miljøkvaliteten (ytte miljø) vert mellom anna vurdert på grunnlag av behandlinga sin gjenvinningsgrad, transporten sin miljøpåverknad, og andre forhold som kan påverke miljøet i ulik grad. Dette vert vurdert på grunnlag av gjennomføringsplanen og dei opplysningane som elles vert gjevne om miljøkvalitet i tilbodet.*

Tilbodet sine kvalitetar når det gjeld gjennomføringsevne og miljø vil saman ha ei vekt på 10 %.

Merknader til kriteriet om totalkostnader

Ved vekting av totalkostnader vil det bli ei samanlikning av totalkostnadene for oppdragsgjevar for dei ulike alternativa frå og med forbehandling og opplastning, til og med transport og sluttbehandling. Kostnader for aktivitetar utanom kontrakt vert basert på kostnadsvurdering frå oppdragsgjevar.

Justeringsprisar for våtorganisk avfall (prisskjema 4-8) og Fjellvar sin opsjon om omlasting (prisskjema 4-9) vert vurdert etter skjøn.

For tilbud der prisen for transport/behandling kan bli påverka av valutaendring i perioden frå tilbudsfrist til tidspunktet for signering av kontrakt, og der tilbydaren ønskjer valutajustering for denne perioden, må tilbydaren oppgje valutakurs ved tilbudsfrist og den prosentdelen av tilbodssummen som eventuelt skal justerast. Oppdragsgjevarer krev i såfall same rett til justering dersom kursendringa går i hans favør.

Matrisa i grunnlagsdata kap. 3.3 (excel) vert nytta for poengsetting av «totalkostnader». Der vert det teke utgangspunkt i lågaste totalkostnad og rekna ut poeng for dei andre tilbydarene ut frå skilnaden i totalkostnad.

[...]

Merknader til miljøforhold ved ulike typar forbehandling og lagring

I vurderingane av løysing for forbehandling og transport, kan oppdragsgjevarane ta omsyn til ulike miljøfaktorar som til dømes støy, lukt, støv, skadedyr og andre arbeids- og nærmiljøulempar ved opplasting, kverning, emballering m.v. I tillegg til vurdering av totalkostnaden for oppdragsgjevarer, kan desse momenta trekkjast inn i vurderingane i valet mellom ulike alternativ. Desse vurderingane er såleis ikkje eit tildelingskriterium, men ein del av vurderingsgrunnlaget for den einskilde oppdragsgjevar sitt val av alternativ metode for forbehandling og opplasting.»

- (6) *Fra konkurransegrunnlagets punkt 3.1.2 på side 23 og 24 «Generelle vilkår, kontraktar og alternativ» under punkt 3 «Spesielle vilkår for oppdraget» hitsettes følgende:*

«For kvar oppdragsgjevar er det i utgangspunktet 2 avfallstypar som skal hentast:

Fraksjon U; Hushalds- og næringsavfall frå vanleg renovasjonsinnsamling, levert utan forbehandling før omlasting.

Fraksjon G eller K; Grovt hushaldsavfall frå gjenvinningsstasjonane og containeravfall frå næringslivet levert enten berre grovsortert (fraksjon G) eller grovsortert og kverna (fraksjon K).

Henting/transport og sluttbehandling av fraksjon U vert definert som kontrakt 1, medan henting/transport og sluttbehandling av fraksjon G eller K vert definert som kontrakt 2. Karmøy kommune og FjellVAR tek begge atterhald om å ikkje inngå kontraktar på kontrakt 2.

Sidan næringsavfallet er utanfor oppdragsgjevarane sin kontroll, vert det teke atterhald om vesentleg endring av mengde næringsavfall, jf. punkt 3.3.

For alle oppdragsgjevarane er det ønskeleg med pris for transport og behandling av desse avfallasfraksjonane ut frå følgjande føresetnader for oppdragsgjevarane si forbehandling og tilrettelegging for transport:

Alternativ 1; Inga vidare forbehandling enn nemnt for fraksjon U, G og K

Alternativ 2a; Grovkverning og ballepressing med og utan emballering – lagerkapasitet 60 tonn

Alternativ 2b; Som alternativ 2a, men utvida lagerkapasitet til 2000 tonn. Dette alternativet vert teken med for at båttransport då vert ei aktuell løysing.

Alternativ 3; Som alternativ 1, men der oppdragsgjevar har ansvaret for transport fram til anlegget til oppdragstakar. Dette alternativet er berre aktuelt for anlegg lokalisert i fylka Rogaland, Hordaland, Sogn og Fjordane og Møre og Romsdal.

Oppsummert kan det for kvar av dei 7 oppdragsgjevarane gjevast pris på følgjande alternativ:

	<i>Kontrakt 1, Hushalds- og næringsavfall</i>	<i>Kontrakt 2: Grovt hushalds- og næringsavfall</i>
<i>Alternativ 1; Henting i bulk og behandling (max. 60 tonn på lager, jf. punt 3.1.3):</i>	<i>Fraksjon U</i>	<i>Fraksjon G alternativt Fraksjon K</i>
<i>Alternativ 2; Henting av avfallsballar og behandling:*</i>	<i>a) Maksimalt 60 tonn på lager: Ballar uemballert eller emballert</i> <i>b) Maksimalt 2000 tonn på lager: Ballar emballert</i>	
<i>Alternativ 3; Berre behandling ikkje transport:</i>	<i>Fraksjon U</i>	<i>Fraksjon G alternativt Fraksjon K</i>

** Aktuelt at alternativet berre omfattar kontrakt 2 og ikkje kontrakt 1.*

Det vil seie at det i utgangspunktet kan gjevast pris på tilsaman 9 alternativ for kvar oppdragsgjevar. Tilbydarar som ikkje nyttar anlegg lokalisert i ein av dei 4 «Vestlandsfylka», treng ikkje gje pris på alternativ 3, så for dei er det berre 6 alternativ.

Det kan vere aktuelt å samordne kontraktane slik at ein får ein felleskontrakt for både kontrakt 1 og 2. Det skal uansett opprettast eigne kontrakter med kvar oppdragsgjevar (selskap/kommune). Kvar oppdragsgjevar står fritt til å velje løysing uavhengig av kvarandre.

Oppdragsgjevar tek atterhald om å skifte mellom alternativa som er lista opp ovanfor ein gong i løpet av kontraktperioden. Eit eventuelt skifte av alternativ må varslas mininum 3 månadar på førehand.

Anlegga der oppdragstakar leverer avfallet skal ha akseptabel standard, både med omsyn til miljø- og ressursbruk. Oppdragstakar er generelt forplikta til å behandle avfallet slik at det får ein høg gjenvinningsgrad.

Oppdragstakar er forplikta til å syte for lovleg sluttbehandling av alt avfall som går inn i kontrakten, også delmengder som ikkje kan gå til gjenvinning. Einingsprisen for behandling skal såleis inkludere alle netto kostnader ved behandling av dette avfallet, inkludert eventuelle leveringsavgifter til deponi.

[...]

Oppdragstakar har rett til å skifte transport- eller behandlingssløysing, eller anlegg inklusive reserveløysing i løpet av kontraktsperioden. Vilåret for dette er likevel at løysinga ikkje skal medføre meirarbeid eller ekstrakostnader for oppdragsgjevar.

Vidare er det eit vilkår for løyve til å skifte transport- eller behandlingssløysing at miljøkvaliteten til løysinga totalt sett ikkje er vesentleg dårlegare enn den løysinga som er skissert i tilbodet og som dannar grunnlag for tildeling av kontrakt, jf. punkt 1.5.2.»

- (7) I konkurransegrunnlagets punkt 3.1.3 «Vilkår for henting, transport og behandling og alternativ 1 og 2» fremgikk følgende:

«[...]Generelt vert oppdragsgjevar sine ekstrakostnader ved det system som vert valt for forbehandling og opplasting vurdert som ein del av totalkostnaden ved tildeling av oppdraget, jf. punkt 1.5.2.»

- (8) Videre hitsettes følgende fra konkurransegrunnlagets punkt 3.1.4 «Spesielle vilkår for alternativ 2a/2b, ballepressing»

«Ved dette alternativet er oppdragsgjevar ansvarleg for grovkverning og balling av avfallet. Ballane vil mest truleg innehalde avfall både frå fraksjon U og fraksjon K, men oppdragsgjevar står fritt til å berre nytte alternativet for fraksjon K, dvs. for kontrakt 2.

Ballane er enten bunde med nylontråd/ståltråd eller emballert i plast. Det må i tilbodet opplystast om eventuelle krav/ønskemål til dimensjonen på kvar balle (breidde X lengde X høgde).

Ved eventuell båttransport er oppdragstakar ansvarleg for at utskipingshamna har tilstrekkeleg løyve til denne typen avfall.»

- (9) Under konkurransegrunnlagets punkt 4 «Prisskjema» fremgikk følgende under punkt 4.1.1 «Inkludert i einingsprisane»:

«Der det ikkje er nemnt noko anna, skal alle prisar, summar og einingsprisar inkludere alle kostnader til oppdragstakar i samband med utføring av arbeidet, inkludert – men ikkje avgrensa til – delar og materielle/utstyr (halde av oppdragstakar), forbruksmaterieil, generalkostnader (inklusive administrasjon og arbeidsleiing) sentralt og for oppdraget, skattar og avgifter og forteneste. Dvs. at tilbydar må inkludere alle sine pårekelege kostnader ved utfylling av skjema, sjølv om ikkje alle kostnadselement og arbeid/ ytingar er nemnde i detalj i konkurransegrunnlaget. Dette gjeld t.d. oppdragstakaren sin ekstra ressursinnsats i oppstartsfasen. Dersom tilbydar meiner at nokre av kostnadene ikkje naturleg kan knytast til skjema, må kostnadene tydeleg kvantifiserast og spesifiserast i tilbods brevet. Meirverdiavgift skal likevel ikkje vere inkludert i einingsprisane frå tilbydar.

Tilbydar skal fylle ut alle postar for dei kontraktar som tilbodet omfattar. Prisar/inntekter, dvs. både einingspris og sum pris, skal gjevast i kroner og øre (NOK), ikkje avrundast til nærmaste krone. Det er alltid einingsprisane i kontrakten som skal leggjast til grunn ved fakturering/avrekning.»

- (10) Innen fristen mottok innklagede 4 tilbud for både NGIR og SIM (begge omtales heretter som innklagede), herunder fra GemiNor AS (heretter kalt klager) og Rekom AS (heretter kalt valgte leverandør).

(11) Av klagers tilbud hitsettes følgende:

«Løsninger for transport av avfall i bulk og ballet avfall

[...]

Forbehold tonnasje per bil, forbrenningsskatt, oppstartstidspunkt valuta, opsjoner, mm:

Vi har i våre kalkyler lagt til grunn 30 tonns lass for beregning av tonn pris hentet oppdragsgiver for kverna og ukverna avfall. [...]

For ballet avfall oppnår man fulle laster og unngår dermed tillegg for manglende vekt per bil. Vi mener løsningen med leveranse av uemballerte baller ikke er en god løsning med tanke på transport. Man risikerer at lukt setter seg i trallene, dette gjelder da transport av husholdningsavfall. Når oppdragsgiver vurderer innblanding av matavfall er det spesielt viktig m emballering. Dette er ikke en problemstilling for bulk avfall, da dette er en annen type kjøretøy som lettere kan vaskes etter transport.

[...]

Forbehandlingsløsning for avfallet, forhold rundt transport, kverning og balling mm

I anbudsgrunnlaget skal det prises henting av avfall i bulk og henting av ballet avfall. GemiNor AS har lang erfaring innen eksport av ballet avfall til Sverige og Danmark fra Norge og fra Nederland. Lønnsomheten ved balling av avfall må vurderes opp mot enhetspris for ballet og bulk avfall hentet oppdragsgiver, men det er i tillegg en del andre faktorer som bør vurderes før man tar endelig stilling til løsning for behandling av avfallet før transport og energigjenvinning.

[...]

Tidligere forutsetninger i vårt tilbud gjelder med følgende endringer:

<i>Leveranse med bil</i>	<i>Kommentar</i>
<i>Blanding næring og husholdningsavfall</i>	<i>Blanding er uproblematisk, forutsatt at oppdragsgiver stipulerer en fordeling næring og husholdning i forhold til forbrenningsskatten</i>
<i>Størrelse fraksjon</i>	<i>0-50 cm</i>
<i>Balle vekt</i>	<i>900-1000 kg</i>
<i>Balle mål</i>	<i>B=1,1,H=1,1 L= kan være variabel 1,3-1,4 meter</i>
<i>Firkant baller</i>	<i>Ja</i>

<i>Emballert</i>	<i>Ja, for husholdningsavfall og eventuelt husholdning og næring blandet, valgfritt emballering ved næringsavfall ballet adskilt</i>
<i>Ståltråd/plastråd</i>	<i>Valgfritt</i>
<i>Transportør i vedlagte pris tabell med rammeavtale innenfor en viss tonnasje med hver transpotør</i>	<i>Tollpost Globe, Kingsråd Transport AS, FREJA AS Transport AS, Kuhne og Nagell AS, DSV, DHL.</i>

Forhold som man kan må ta i betraktning ved balling av avfall kontra transport i bulk er blant annet:

Tonnasje tilgjengelig per år for balling, ved lav tonnasje blir de faste kostnadene per tonn høyere enn ved balling av større mengder.

Krever personell med en viss teknisk bakgrunn og interesse for optimal drift.

Lagringskapasitet 60 tonn er for lavt til å sikre en optimal transportlogistikk for ballet avfall, den burde vært på 250 til 300 tonn, da får man utnyttet svingningene i transportmarkedet på en god måte og man sikrer 100 % returtransport for oppdraget.»

- (12) I klagers prisskjema 4-3 for alternativ 2a var det oppgitt pris på «Henting/transport» og «Sluttbehandling», som til sammen utgjorde «Sum», både for kontrakt 1 og 2. I prisskjema 4-4 for alternativ 2b, var det også oppgitt pris på «Henting/transport» og «Sluttbehandling» som til sammen utgjorde «Sum».

- (13) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk følgende av tilbudsbrevet:

«Presiseringer i forhold til kap. 4 prisskjema:

[...]

Prisskjema 4-4;

Denne er ikke utfylt da alternativet basert på båtfrakt ikke er en relevant løsning for oss. Om man utover i perioden skulle gå delvis over til bruk av tog så vil dette skje i hht samme utlastingstakt som ved bil.

Prisskjema 4-5;

Dette skjema har vi ikke fylt ut da vi ikke har basert vår behandlingsløsning innenfor det geografiske området som skjema skal fange opp og er ment for.»

- (14) I valgte leverandørs tilbud hadde valgte leverandør fylt ut 0 i samtlige felt i prisskjema 4-4 og 4-5, og det var markert med rød skrift ved begge prisskjema at «NB! Se kommentar i tilbudsbrev».

- (15) Det fremgikk av anbudsprotokollens for NGIR under punkt 1.4 «*Forventa verdi av kontrakten*» at kontrakt K1 hadde en forventet verdi på ca. kr. 22,8 millioner, mens kontrakt K2 hadde en forventet verdi på ca. kr. 19,1 millioner.
- (16) Videre fremgikk det av anbudsprotokollens for SIM under punkt 1.4 «*Forventa verdi av kontrakten*» at kontrakt K1 hadde en forventet verdi på ca. kr. 36,5 millioner, mens kontrakt K2 hadde en forventet verdi på ca. kr. 53,1 millioner.
- (17) Klager mottok brev datert 25. mars 2010, hvor det fremgikk at kontrakt for NGIR ville tildeles valgte leverandør for kontrakt 1 og kontrakt 2. Det fremgikk at kontrakten var «*basert på henting i bulk*», men at «*overgang til transport av ballepressa avfall kan likevel bli aktuelt etter nærare vurderingar i kontraktsperioden*». Videre hitsettes følgende fra begrunnelsen:

«I samsvar med tildelingskriteria, har totalkostnader ei vekt på 90 % av totalkarakteren, medan gjennomføringsplan og miljøkvalitet har ei vekt på 10 %. Det er så liten skilnad på tilboda når det gjeld gjennomføringsplan og miljøkvalitet, at dette ikke gjev vesentlege utslag ved evalueringa i høve til skilnaden i totalkostnad.

Tabellen nedanfor viser såleis skilnaden i totalkostnad for henting i bulk/ballar der vi plasserer tilbodet til Geminor i rubrikkar i høve til prosentvis avstand frå det tilrådde tilbodet til Rekom.

<i>Skilnad i totalkostnad (%)</i>	<i>Mindre enn 5 %</i>	<i>5 – 10 %</i>	<i>10 – 15 %</i>	<i>Meir enn 15 %</i>	<i>Rangering Geminor</i>
<i>Kontrakt 1, bulk:</i>				<i>Geminor</i>	<i>4</i>
<i>Kontrakt 2, bulk (fraksjon G/K*):</i>				<i>Geminor</i>	<i>3</i>
<i>Kontrakt 1/2, balling</i>	<i>Geminor</i>				<i>2</i>

** Gjennomsnittleg skilnad for fraksjon G og K*

NGIR har vurdert det slik at eit eventuelt anlegg for balling av økonomiske omsyn må basere seg på både husavfall og næringsavfall. Ved vurdering av prisskilnaden er det på grunn av atterhaldet frå Geminor om emballering av baller med hushaldningsavfall, stipulert eit tillegg på 50 – 80 kr/tonn på prisen til Geminor for emballering av avfallsballane.»

- (18) Videre mottok klager brev datert 25. mars 2010, hvor det fremgikk at kontrakt for SIM også ville tildeles valgte leverandør for kontrakt 1 og kontrakt 2. Det fremgikk at kontraktene var «*basert på henting av avfallet i bulk*», men at «*overgang til transport av ballepressa avfall kan likevel bli aktuelt etter nærare vurderingar i kontraktsperioden*». Videre hitsettes følgende fra begrunnelsen:

«På basis av evalueringsrapporten frå COWI AS og egne vurderingar, har styret i SIM gjort følgende vedtak:

«Styret ynskjer å starta leveransane av avfall i bulk. Først når ein har større tryggleik for mengde og utvikling på kostnadssida kan ein avgjera om avfallet skal ballast. Om ein vel å balla avfallet, vil det vera økonomisk og miljømessig rett å blanda hushaldsavfall og næringsavfall. Dagleg leiar får fullmakt til å inngå kontraktar.

I samsvar med tildelingskriteria, har totalkostnader ei vekt på 90 % av totalkarakteren, medan gjennomføringsplan og miljøkvalitet har ei vekt på 10 %. Det er så liten skilnad på tilboda når det gjeld gjennomføringsplan og miljøkvalitet, at dette ikkje gjev vesentlege utslag ved evalueringa i høve til skilnaden i totalkostnad. Tabellen nedanfor viser såleis skilnaden i totalkostnad for henting i bulk/ballar der vi plasserer tilbodet til Geminor i rubrikk i høve til prosentvis avstand frå det tilrådte tilbodet til Rekom.

Skilnad i totalkostnad (%)	Mindre enn 5 %	5 – 10 %	10 – 15 %	Meir enn 15 %	Rangering Geminor
Kontrakt 1, bulk:			Geminor		3
Kontrakt 2, bulk (fraksjon G/K*):		Geminor			3
Kontrakt 1/2, balling:	Geminor				2

* Gjennomsnittleg skilnad for fraksjon G og K

SIM har vurdert det slik at eit eventuelt anlegg for balling av økonomiske omsyn må basere seg på både hushaldsavfall og næringsavfall. Ved vurdering av prisskilnaden er det på grunn av atterhaldet frå Geminor om emballering av ballar med hushaldsavfall stipulert eit tillegg på 50 – 80 kr/tonn på prisen til Geminor for emballering av avfallsbane.»

- (19) Klager sendte klage på tildelingen til SIM og NGIR i brev datert 29. mars 2010. Følgende hitsettes:

«Vi viser til tildeling av kontrakt for SIM og NGIR for avfall i bulk med mulig fremtidig overgang til ballet avfall i kontraktperioden. Geminor AS (GN) er for behandling av ballet avfall tillagt en ekstra kostnad på 50-80 kroner per tonn for emballering av avfall. Årsaken til dette er muntlig ifølge Svein Sande ved Cowi AS at GN i sitt tilbudsbrief har kommentert følgende:

Vi mener løsningen med leveranse av uemballerte baller ikke er en god løsning med tanke på transport. Man risikerer at lukt setter seg i trallene, dette gjelder da transport av husholdningsavfall. Når oppdragsgiver vurderer innblanding av matavfall er det spesielt viktig m emballering. Dette er ikke en problemstilling for bulk avfall da dette er en annen type kjøretøy som lettere kan vaskes etter transport.

GN har i pristabellen fra COWI priset henting av uemballert ballet avfall til samme pris som emballert ballet avfall uten noen form for forbehold.

Kommentaren i GN sitt tilbudsbrief er ikke noe forbehold fra GN da dette ikke er priset, men det er en generell anbefaling fra GN på hvordan oppdragsgiver bør løse oppgaven knyttet til balling for å sikre en god løsning for transport av rent husholdningsavfall, spesielt ved innblanding av matavfall. GN skriver at emballering av ballet avfall sikrer en lettere rengjøring av traller etter tømning enn ved uemballert ballet avfall. GN skriver også at ved leveranse av avfall i bulk så må traller også vaskes, men at dette er lettere enn ved leveranse av uemballert ballet avfall. GN har heller ikke krevd tillegg for vask av traller ved leveranse i verken baller eller bulk. EON Norrkøping har egen vaskeplass som stilles til disposisjon for GN ved leveranse slik at dette innebærer ingen eksterne kostnader for GN ved behov for vask av traller.

I dette oppdraget er det en blanding av husholdnings- og næringsavfall som skal transporteres hvilket reduserer luktproblemet. De forbehold vi har tatt i vårt tilbud er som angitt i tilbudsbriefet kun knyttet til vekt per lass. Viss GN hadde tatt forbehold om at uemballert avfall med en blanding av husholdning og næringsavfall ikke kunne hentes ville pris for uemballert avfall ikke vært gitt fra GN sin side, eller priset høyere grunnet ekstra vaskekostnad mm.

Vi kan nevne at for andre oppdragsgivere har GN hatt situasjoner med levering av uemballerte baller hvor det har vært et luktproblem grunnet innblanding av matavfall. Dette har GN løst ved at transportør legger en plastfilm i bunn av trallen før lasting, man unngår på denne måten emballering. Vi snakker da om en kostnad per tonn som er marginal for GN, 2-3 kroner per tonn. Når GN ilegges en kostnad på 50 til 80 kroner per tonn for å løse et eventuelt luktproblem er dette feil ut fra tilbud som er gitt inn og kostnaden helt urimelig. Ved emballering til 50-80 kroner per tonn snakker man om emballering for langtidslagring eller skipning med båt, ikke enkel emballering for transport på bil direkte til energigjenvinning.

Ved motstrid mellom tilbudsbrief fra oppdragstaker og pristabell er det fra oppdragsgiver presisert i tilbudsgrunnlaget at pristabell skal gjelde. Vi mener det ikke er motstrid i vårt tilbud, men viss det kan tolkes slik Cowi AS hevder, er pristabellen gjeldende med forrang for tilbudsbrief.

Overgang fra bulk til ballet avfall i kontraktsperioden

For vurdering av bulk løsning kontra ballet løsning har SIM og NGIR valgt en løsning med bulk, med mulig senere overgang i kontraktsperioden til ballet avfall. Vi mener at ved overgang til ballet avfall i kontraktsperioden, så kan dette ikke skje med fortsatt bruk av REKOM. REKOM er hensyntatt GN korrekte pris vesentlig dyrere enn GN for ballet avfall. Ved endring av fra bulk til ballet avfall i kontraktsperioden, mener vi jobben må ut på nytt anbud slik at billigste tilbyder på denne løsningen velges.

Viss oppdragsgiver skal kunne gjøre en overgang til ballet avfall i kontraktsperioden må det for å vurdere tilbyderne likt settes et tidspunkt for overgang til ballet avfall slik at man kan kalkulere totalkostnaden med bulk og ballet avfall fra tilbyderne. På denne måten kan man velge den tilbyder som totalt sett er billigst på oppdraget.

Vi ber om fullt innsyn i prissammenligningen som er gjort for GemiNor AS overfor de andre aktuelle tilbyderne til jobben for ballet og bulk for NGIR og SIM. Vi ber også om innsyn i hvilket tidspunkt som er lagt til grunn i evalueringen for overgang fra bulk løsning til løsning med ballet avfall.

Vi ber om en ny gjennomgang og evaluering av vårt tilbud basert på vårt korrekte pristilbud.

I påvente av videre behandling av vår klage krever vi at det ikke inngås kontrakter for SIM og NGIR.»

- (20) Innklagede avviste klagen i brev datert 6. april 2010, hvor det ble fastholdt at klagers tilbud måtte forstås å inneholde et forbehold. Videre fremgikk at:

«Vi nemner også at Rekom sitt tilbød vil vere lågast også utan Geminor sitt tillegg for emballasje, då Rekom har vesentleg lågare pris enn Geminor for henting av fraksjon U og K i perioden fram til eit eventuelt balleanlegg vil vere driftsklart.

GemiNor ber om innsyn i konkurrentane sine prisar, men dette ønsket kan ikkje imøtekomast.»

- (21) Klager krevde i brev datert 7. april 2010 om innsyn i prisevaluering og prisskjema, og det ble hevdet at klager ikke hadde fått tilsendt tilbudsprotokoll og at informasjonen som var gitt ut var sterkt mangelfull. Videre hitsettes følgende:

«Vi krever før kl.12.00 den 7/4-2010 å få innsyn i hvilken enhetspris og totalkostnad som er benyttet på evaluering av Geminor AS sitt tilbud på alle delkontrakter og alle poster som ble priset i prisskjema.

Vi krever innsyn i hvilke eventuelle tillegg som er lagt til for hver fraksjon ukvernet, kvernet, uemballert ballet og emballert ballet i forhold til det vi har lagt inn i vårt prisskjema for beregning av Geminor sin totalkostnad.

Vi krever i tillegg informasjon for laveste tilbyder på alle kontrakter som er tildelt på hvilken totalpris som er gitt inn i prisskjema for hver delkontrakt og hvilke eventuelle tillegg som er beregnet fra Cowi utover dette ved evaluering av tilbudene.»

- (22) Innklagede besvarte innsynskravet i brev datert 7. april 2010. Følgende hitsettes:

«1.0 SIM

Prisar balling SIM kontrakt 1 og kontrakt 2 (kr/tonn totalt for transport og behandling)

	<i>Geminor, prisskjema</i>	<i>Geminor, evaluering</i>	<i>Rekom, evaluering</i>
<i>Balling, utan emballasje</i>	550	600 – 630*	596
<i>Balling, med emballasje</i>	550	550	596

** Totalkostnad for oppdragsgjever ved emballering av avfalsbane for å tilfredsstille atterhaldet frå Geminor, jf. tidlegare brev.*

Konklusjon om balling SIM: Rekom har lågast totalkostnad då dei ikkje har noko atterhald om emballering av ballar som inneheld hushaldsavfall. Ved eventuelt etablering av anlegg for balling vert ballinga i såfall gjennomført både for hushaldsavfall og næringsavfall, jf. tildelingsbrev.

For bulk var prisen til Geminor avhengig av tonn/lass. Men Geminor fekk ingen tillegg i prisane sine utover at dette vart teken omsyn til. Rekom gav alternative variable prisar for tonn/lass ved kontrakt 2. I tillegg gav Rekom pris uavhengig av vekta pr. lass, slik som føresett i konkurransegrunnlaget.

Vurderinga for bulk er såleis gjort med utgangspunkt i kurvene nedanfor, der alle prisar er totalkostnader i kr/tonn.

[Det var inntatt tre diagrammer hvor prisene til klager og valgte leverandør for levering i bulk for SIM var oppstilt for kontraktene; Kontrakt 1, Kontrakt 2 fraksjon K og Kontrakt 2 fraksjon G. Tabellene viste at valgte leverandør var billigst på levering i bulk til SIM for samtlige kontrakter.]

Konklusjon bulk SIM:

Rekom har lågast totalkostnader for både kontrakt 1 og kontrakt 2 innanfor det forventa variasjonsområdet for tonn/lass. I samanlikninga er det nytta forventa verdi for fraksjon U og K på 27 tonn/lass, medan det for fraksjon G er nytta 22 tonn/lass som forventa verdi.

2.0 NGIR

Prisar balling NGIR kontrakt 1 og kontrakt 2 (kr/tonn totalt for transport og behandling):

	<i>Geminor, prisskjema</i>	<i>Geminor, evaluering</i>	<i>Rekom, evaluering</i>
<i>Balling, utan emballasje</i>	500	550 – 580*	543
<i>Balling, med emballasje</i>	500	500	543

** Totalkostnad for oppdragsgjever ved emballering av avfallsballane for å tilfredsstille atterhaldet fra Geminor, jf. tidlegare brev.*

Konklusjon balling NGIR: *Rekom har lågast totalkostnad, då dei ikkje har noko atterhald om emballering av ballar som inneheld hushaldsavfall. Ved eventuelt etablering av anlegg for balling vert balling gjennomført både for hushaldsavfall og næringsavfall, jf. tildelingsbrev.*

For bulk var prisen til Geminor avhengig av tonn/lass. Men Geminor fekk ingen tillegg i prisane sine utover at dette vart teken omsyn til. Rekom gav alternative variable prisar for tonn/lass ved kontrakt 2. I tillegg gav Rekom pris uavhengig av vekta pr. lass, slik som føresett i konkurransegrunnlaget.

Vurderinga for bulk er såleis gjort med utgangspunkt i kurvene nedanfor, der alle prisar er totalkostnader i kr/tonn.

[Det var inntatt tre diagrammer hvor prisene til klager og valgte leverandør for levering i bulk for NGIR var oppstilt for kontraktene; Kontrakt 1, Kontrakt 2 fraksjon K og Kontrakt 2 fraksjon G. Tabellene viste at valgte leverandør var billigst på levering i bulk til NGIR for samtlige kontrakter.]

Konklusjon bulk NGIR:

Rekom har lågast totalkostnader for både kontrakt 1 og kontrakt 2 innanfor det forventa variasjonsområdet for tonn/lass. I samanlikninga er det nytta forventa verdi for fraksjon U og K på 27 tonn/lass, medan det for fraksjon G er nytta 22 tonn/lass som forventa verdi.

[...]

Når det gjeld tilhøvet mellom bulk og balling for SIM og NGIR ville vi ha vurdert kombinasjonsløysingar med ulike tidspunkt for oppstart av balleanlegg nærare dersom ikke Rekom hadde vore rimelegast på både bulk og balling, jf. brevet vårt datert 6. april 2010.»

- (23) Klager sendte ny klage i brev datert 8. april 2010, hvor det ble hevdet at det forelå vesentlige feil ved tildelingsevalueringen. Det ble hevdet at det forelå feil ved vurderingen av påstått forbehold, da klager ikke hadde tatt forbehold om emballering eller for blanding av husholdnings- og næringsavfall. Videre ble det hevdet at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet, da tildelingsevalueringen ikke tar hensyn til at klager hadde best pris på balling med emballasje, og innklagede kun har basert evalueringen av totalprisen på balling uten emballasje, hvor klager på grunn av påståtte forbehold kommer dårligst ut. Videre hitsettes:

«[...]Av kravet til forutberegnelighet følger det at oppdragsgiver må benytte en evalueringsmodell som fanger opp relevante forskjeller mellom tilbudene, og premierer disse i samsvar med tildelingskriterienes angitte vekt, jf klagenemndas sak 2007/130 (premiss 30). Geminor må således kunne forvente at forskjellen i prisingen for baller med og uten emballering gir uttelling ved evaluering av tilbudene. Dette forhold alene tilsier at COWI må foreta en revidert evaluering for de påklagede kontraktene vedkommende.

De forutgående gjennomgåtte forhold, innebærer at Geminor skulle vært rangert som best i pris på balling.

I brev av 7. april 2010 oppgir COWI at «når det gjelder tilhøvet mellom bulk og balling for SIM og NGIR ville vi ha vurdert kombinasjonsløysingar med ulike tidspunkt for oppstart av balleanlegg nærare dersom ikkje Rekom hadde vore rimeligst på både bulk og balling.»

Da Geminor er best i balling, og Rekom er opplyst å være best i pris for bulk, må Cowi foreta en samlet økonomisk vurdering av hva som er gunstigst løsning for oppdragsgiver.

Dersom en slik kombinasjonsløsning ikke vurderes, vil oppdragsgiver bryte grunnleggende krav til forutberegnelighet og konkurranse i loven § 5. Oppdragsgiver kan uten nærmere angivelse av vurderingen legge til rette for omgåelse av anskaffelsesregelverket ved å manipulere tildelingsevalueringen til fordel for ønskelig leverandør.»

(24) Innklagede avviste klagen i brev datert 8. april 2010. Videre hitsettes:

«1.0 Oppretting av mistyding

Vi ser at vi diverre ikkje har vore flinke nok til å forklare innhaldet i tabellane i vårt brev datert 07.04., og at dette gjev grunnlag for ei misforståing som vi ser i dagens brev punkt 2.2.

Tabellane var meint som ei relativ samanlikning av kvar løysing for seg. Med den føresetnad at emballering av avfallsballar kostar 50 – 80 kr/tonn ekstra for oppdragsgjevar, vil en sjølvsagt unngå dette om det er mogleg. Ut frå vår evaluering er det såleis Rekom som har den lågaste totalkostnaden ved balling, sidan oppdragsgjevar då slepp eigenkostnaden ved emballering. Vi prøver i tabellane nedanfor å gjer dette tydelegare:

*Tabell: «Totalkostnader»**balling for SIM og NGIR (NOK/tonn):*

	<i>Geminor, prisskjema</i>	<i>Geminor, evaluering</i>	<i>Rekom, evaluering</i>
<i>SIM, balling, utan emballasje</i>	550	600 – 630*	596
<i>SIM, balling, med emballasje</i>	550	600 – 630	646 – 676
<i>NGIR, balling, utan emballasje</i>	500	550 – 580*	543
<i>NGIR, balling, med emballasje</i>	500	550 – 580*	593 - 623

**»Totalkostnad» for oppdragsgjevar ved emballering av avfallsballane for å tilfredsstille atterhaldet frå Geminor, jf. tidlegare brev.*

*** «Totalkostnader» der berre emballering inngår der dette er relevant. «Totalkostnader» inkluderer såleis ikkje oppdragsgjevaren sine egne kostnader med investering og drift av balleanlegg.*

2.0 Vidare saksgang

Oppdragsgjevarane NGIR og SIM har fått avslag på søknad om vidare dispensasjon for deponering av avfall, og dei vil i morgon (09.04.) etter kl 12 inngå avtale med Rekom AS om transport og sluttbehandling basert på transport i bulk med oppstart 19.04.

Oppdragsgjevarane har ikkje tatt standpunkt til vidare forbehandling av avfallet ved kverning og eventuelt balling. Om og når ein eventuelt vil utvide forbehandling og eventuelt endre transportopplegget, og om ein i så fall vil innhente nye tilbod, har

oppdragsgjevarane heller ikkje teke standpunkt til. Dette vil i framtida bli vurdert i forhold til markedsutviklinga og andre faktorar.

Vi held fast ved vår tolkning av Geminor sitt atterhald om emballering, men gjer merksam på at både NGIR og SIM ser det slik at eit eventuelt utvida forbehandlingssteg med kverning og balling ikkje vil vere driftsklart før tidlegast om 1 1/2 - 2 år. I denne perioden må avfallet uansett transporterast i bulk, og slik vi ser prisdifferansane vil Rekom totalt sett bli rimelegast også om vi ser bort frå eit tillegg for emballering i vurderinga av Geminor sitt tilbod.»

- (25) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 28. juni 2010.

- (26) Innklagede har i tilsvaret datert 31. august 2010 vist til klagers tilbud datert 4. juni 2009 hvor det under «*Tidligere forutsetninger gitt i vårt opprinnelige tilbud gjelder med følgende endringer*» for leveranser med bil, også fremgikk følgende vedrørende «*Emballert*»:

«Ja, for husholdningsavfall og eventuelt husholdning og næring blandet, valgfritt emballering ved næringsavfall ballet adskilt».

- (27) Innklagede har i tilsvaret til klagenemnda av 30. november 2010 vist til e-postkorrespondanse hos innklagede datert 26. juni 2009, vedrørende klagers tilbud i den første konkurransen, hvor det vises til at det ble avtalt i møte med klager at innklagede ikke trengte å plastre ballene, men at dette ikke fremgikk skriftlig i møtereferat.

- (28) Videre har innklagede vedlagt e-post fra innklagede datert 24. november 2010 vedrørende utregning av emballeringskostnader. Følgende hitsettes:

«Følgjande vurderingar og utrekningar låg til grunn for NGIR si vurdering av emballeringskostnader i samband med forbrenningsanbødet:

Eg kontakta Johnny Hauge i Recarto GTS AS for å få tal som me kunna nytta i våre vurderingar. Me har tidlegare kjøpt ballepresse hjå Johnny Hauge, så eg antok at han ville kunna skaffa rimeleg gode tal på ei maskin som kunne plastemballera ballane som kom ut frå ballepressa.

Han fortalte meg at han ville kontakta forhandlar i Tyskland for å få prisar både på investeringskostnader og kostnader til plastemballasje.

Frå Johnny Hauge fekk eg nokre dagar seinare følgjande informasjon:

Ei emballeringsmaskin som ein sette i forlenginga av ei ballemaskin ville kosta ca. 1,2-1,3m ill NOK. Eg kunne gå ut i frå at ein ball var 500 kg og måtte rekna mellom 2 og 4 lag plast til ein pris på 1,8-2,5 Euro for 2 lag og 3,6-5 Euro for 4 lag.

På bakgrunn av desse opplysningane sette eg opp følgjande reknestykke:

2 lag plast 4 lag plast

Finanskostnader per tonn

kr 11,03 kr 11,03

<i>Drift og vedlikehald per tonn</i>	<i>kr 4,06 kr 4,06</i>
<i>Plast per tonn</i>	<i>kr 34,40 kr 68,80</i>
<i>Totalt per tonn</i>	<i>kr 49,49 kr 83,89</i>

Det vart rekna med ei investering på 1,25 millionar kroner til 6 % rente over 10 år. 15 400 tonn som oppgjeve i anbodet. Vurderte det slik at maskina var omsetteleg, slik at eg ikkje måtte avskriva den over berre 6 år som er maks tid for kontrakten.

Drift og vedlikehald er stipulert av meg til å årleg vera 5 % av investeringskostnad. Skal dekkja straumkostnader og alle vedlikehaldskostnader.

For plast er det rekna midt mellom dei oppgjevne kostnader slik at reknestykket for 2 lag vart: $(2,15 \text{ Euro} \times 8 \text{ NOK/Euro}) / 0,5 \text{ ballar per tonn} = 34,40 \text{ NOK per tonn}$. Reknestykket for 4 lag plast vart det doble.

Utifrå dette meinte eg at ein kostnad på kr 50-80 per tonn var naturleg å budsjettera med for emballering.»

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlige tildelingskriterier

- (29) Klager anfører at innklagede har benyttet ulovlige tildelingskriterier, da "oppdragsgivers kostnader ved gjennomføringen av kontrakten" under tildelingskriteriet "Totalkostnader" ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand, jf. forskriften § 22-2 (2).
- (30) Oppdragsgiver har heller ikke anledning til å vektlegge forhold som ikke er angitt i tildelingskriteriene. Ved at konkurransegrunnlaget i punkt 1.5.2 åpner for å vektlegge andre forhold, blir tildelingen vilkårlig og i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling, jf. loven § 5 og forskriften § 22-2 (2).
- (31) Klager anfører subsidiært at innklagede har benyttet ulovlige tildelingskriterier, da tildelingskriteriet "Totalkostnader for oppdragsgjevar i kontraktsperioden" ikke er tilstrekkelig presisert, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC-dommen). Dette åpner for vilkårlighet ved evalueringen av tilbudene i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5, og det ikke er gitt hvordan kriteriet skal anvendes. Deltakerne er dermed ikke sikret tilstrekkelig klarhet med hensyn til hvilke konkurransebetingelser de deltar på, og det foreligger heller ikke tilstrekkelig grunnlag for å foreta en forsvarlig beregning. Det er ikke mulig å identifisere totalkostnadene for kontraktsperioden når oppdragsgiver forbeholder seg retten til et ubetinget bytte av utførelsesmodell i løpet av kontraktsperioden. Evalueringen måtte i så fall bero på sannsynlighetsbetraktninger for overgang av utførelsesmetode. Tildelingen blir dermed vilkårlig og uegnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 22-2 (1), og kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarehet i loven § 5.
- (32) Videre anføres at konkurransegrunnlaget er i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5, da det ikke er mulig å forutberegne hvilken utførelsesmodell for

sluttbehandling av avfall oppdragsgiver ville foretrekke eller basere sin avgjørelse på, sml. klagenemndas sak 2009/134. Brudd på kravet til forutberegnelighet er ikke lovlig eller unnskyldelig selv om motivet bak bruddet er saklig. Usikkerheten kan ikke aksepteres når, som i det foreliggende tilfellet, selve premissene for hvorledes tildelingen skal skje, avgjøres etter at leverandørene har levert tilbud, og disse har blitt evaluert.

Forbehold

- (33) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å innfortolke et forbehold mot balling av husholdningsavfall uten emballasje i klagers tilbud, og dermed gitt klager et påslag i pris ved evalueringen av tilbudet. Klagers tilbud inneholder ikke et slikt forbehold, da uttalelsen «*Ja, for husholdningsavfall og eventuelt husholdning og næring blandet, valgfritt emballering ved næringsavfall*», må i sammenheng med tilbudet for øvrig forstås som anbefalinger på hvordan håndteringen av avfallet mest hensiktsmessig kunne gjennomføres. At det presiseres at andre faktorer «*bør vurderes*» viser at det klart ikke er tatt forbehold. Klager mente også at løsning med leveranse av uemballerte baller ikke er en god løsning som er presisert under punktet «*Forbehold tonnasje per bil, forbrenningsskatt, oppstartstidspunkt, valuta, opsjoner med mer*». Også dette må forstås som anbefalinger til oppdragsgiver. Klager har forsøkt å imøtekomme konkurransegrunnlagets anmodninger om optimal utførelsesmetode, jf. punkt 1.5.2. Dersom klager hadde ment å ta forbehold mot emballering av husholdningsavfall ville det fremgått klarere av tilbudet, og vært priset inn i prisskjema, jf. også den alminnelige presumsjonen for at anbudet stemmer med konkurransegrunnlaget, sml.dom fra Borgarting lagmannsrett av 9. desember 2008 (LB-2008-610). Det ble i den første konkurransen avklart at klager ikke krevde «*å plastra ballane*», og det var da nærliggende for innklagede å forstå klagers tilbud i den foreliggende konkurransen på samme måte, nemlig som anbefalinger for håndtering på best mulig måte.
- (34) Det er riktig at klager i den første konkurransen fikk en tilleggsforespørsel som også omfattet kverning og balling av avfallet, gjeldende for de innklagede, og klager priset løsningen. Klager bestrider imidlertid at det ble foretatt forhandling eller stilt avklarende spørsmål knyttet til emballering av avfallet. Klager la ved en beskrivelse av anbefalt løsning for kverning og balling til sine tilbud, og med samme anbefaling når det gjaldt emballering som i etterfølgende konkurranse. Innklagede stilte ingen spørsmål til dette og ingen tillegg ble ilagt klagers pris i denne runden, som viser at klager og innklagede hadde samme oppfatning av formuleringen.
- (35) Under enhver omstendighet omfatter ikke et eventuelt forbehold en blanding av husholdnings- og næringsavfall. Når oppdragsgiver velger en løsning med blandet avfall, skal ikke klager gis tillegg i pris. Ved tvil skulle innklagede kontaktet klager og fått avklart hvorvidt tilbudet inneholdt forbehold, jf. forskriften § 21-1 (2) a. Avklaringsplikt foreligger særlig hvor oppdragsgiveren selv er skyld i eventuelle uklarheter i leverandørens tilbud, jf. nemndspraksis.
- (36) Dersom nemnda finner at klagers tilbud inneholdt et forbehold, anføres at et pristillegg på kroner 50-80 per tonn er usaklig og uforsvarlig. Oppdragsgiver skal foreta en realistisk prising av forbeholdet, jf. kravet til god forretningsskikk i loven § 5, og oppdragsgivers prissetting av forbehold kan overprøves når den er foretatt på uriktig faktisk grunnlag eller uforsvarlig måte, jf. dom fra Borgarting lagmannsrett av 10.

desember 2009 publisert i RG.2009.1529 (LB 2009-59797). Emballeringsmaskin for rundballer er integrert i maskinen, og krever dermed ikke ekstra areal, mens emballeringsmaskin for firkantballer krever et areal på 10-20m². Det er kvern og ballepresse som krever arealet, og som med fordel kan arbeide innendørs. Emballeringsmaskinen kan uten problemer kjøres utendørs som en forlengning til ballemaskinen. Emballeringen kan gjøres svært omfattende for leveranse med båt, hvor kostnad for emballering for langtidslagring eller skipning med båt vil være fra kr. 20-25 per tonn, mens for direkte lastning på bil til under kr. 10 per tonn. Disse opplysningene er lett tilgjengelige og burde blitt innhentet når forbehold skulle prises. Innklagede har videre kalkulert inn for lav vekt per balle, som har betydning for vurderingen av kostnadene. Innklagede oppgir 500 kg per balle, men klager har oppgitt 900-1000 kg per balle, som antakelig også er for lavt. Emballeringskostnaden har dermed blitt vurdert minst 100 % for høyt i forhold til de reelle tall. Informasjon om ballevekt burde innklagede enkelt ha kontrollert ved å kontakte flere enn én maskinleverandør, og innklagede har heller ikke lagt til grunn opplysningene om dette i klagers tilbud. For valg av emballering for transport av båt har klager i tilbudet oppgitt 4 lags plast, mens 2 lag plast er tilstrekkelig for frakting med bil. Innklagede har ved kalkuleringen likevel lagt til grunn 4 lag plast. Korrekt beregning av priskonsekvenser ved emballering ville dermed ført til at klager hadde det billigste tilbudet på balling. Klager har videre innhentet dokumentasjon som viser at kroner 30-40 per tonn er det riktige nivået for emballeringskostnad. Større baller øker heller ikke plastforbruket med mer enn 25-33 %, da bredde på film som benyttes økes fra 5000mm til 750mm. Kostnaden per tonn reduseres dermed ved bruk av større baller, jf. dokumentasjon.

Tildelingsevalueringen

- (37) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av «*Totalkostnader*», da innklagede ikke har gitt klager uttelling for at selskapet var gunstigst på balling med emballasje. Tilbyderne må kunne forvente at oppdragsgiver premierer relevante forskjeller av betydning i tilbydernes priser, og et minstekrav må være at det foretas en forsvarlig vurdering av samtlige utførelsesalternativ. Tildelingskriteriet «*Totalkostnader*» er dermed heller ikke evaluert i henhold til konkurransegrunnlaget, og tildelingen fremstår som vilkårlig og i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5.

Etterprøvbarehet, gjennomsiktighet og begrunnelse

- (38) Videre anfører klager at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i loven § 5, samt begrunnelsesplikten i forskriften § 20-16 (1) og (4). Verken valg av utførelsesmodell eller evalueringen av «*Totalkostnader*» gjennom kontraktsperioden er tilstrekkelig gjort rede for av innklagede. Det er ikke mulig å overprøve hvilke vurderinger som er blitt gjort i anskaffelsesprosessen, herunder om innklagede har handlet i samsvar med regelverket og om tildeling av kontrakt er riktig. En henvisning til tabeller, som innklagede i stor grad baserer seg på, gir ikke tilbyderne tilstrekkelig grunnlag for å gjennomgå anskaffelsesprosessen. Innklagede synes også å erkjenne manglende gjennomsiktighet i brev datert 8. april 2010.

Kontraktstiden

- (39) Klager anfører at en kontraktvarighet på seks år medregnet opsjonsperiode er en ulovlig omgåelse anskaffelsesregelverket og i strid med kravet til konkurranse i loven § 5. Kontrakten er av stor verdi, oppdragsgivers samlede behov skal ivaretas over flere

stadier og virkningene av leverandørvalg vil ha stor betydning i markedet, sml tilsvarende betraktninger i klagenemndas sak 2004/16. Innklagedes investeringer gir ikke saklig grunn for å gå utover rimelig kontraktsvarighet. Siden innklagede også ved kortere kontraktstid kan velge å fortsette med valgte løsning, er ikke investeringskostnader et saklig poeng for en kontraktsvarighet på 6 år.

Virkning av feil

- (40) Det anføres at de ovenfor gjennomgåtte forhold innebærer at anskaffelsen må anses forfeilet og skulle ha vært avlyst. Under enhver omstendighet foreligger det vesentlige brudd på kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet.

Avvisning av valgte leverandør

- (41) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende prising av prisskjema 4-4 og 4-5 i tilbudet, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Dersom det ikke er eksplisitt åpnet for det, er det ikke opp til tilbyder å vurdere hvorvidt en ytelse som ønskes priset er relevant eller ikke, og det er ikke gitt at tilbyder kjenner oppdragsgivers beveggrunner til å ønske en ytelse priset. Forholdets alvorlige karakter illustreres ytterligere ved at avfallet for tiden blir ballet og skipet ut med båt fra SIM, som viser at prisopplysningene var en forutsetning for korrekt sammenligning av tilbudene. Dersom deler av kontrakten hittil har blitt gjennomført med transport av båt, har ikke den gjennomføringsmodellen vært konkurranseutsatt og kontrakten må da lyses ut på nytt.

Innklagedes anførsler:

- (42) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Forbehold

- (43) Innklagede anfører at det ikke er rimelig tvil om at klagers tilbud tar forbehold om at husholdningsavfall og blanding av husholdningsavfall og næringsavfall må emballeres i plast dersom det skal leveres i baller. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget på side 8 at eventuelle kostnader ved forbehold ville hensyntas ved evalueringen. I den første anbudskonkurransen tok klager forbehold om at ballepresset avfall måtte leveres emballert. I forhandlingene gav klager uttrykk for at det var ment som et forbehold, men at forbeholdet kunne fravikes. Formuleringen av forbeholdet var identisk med den ene formuleringen av forbeholdet som ble tatt i den foreliggende konkurranse. Når formuleringen ble gjentatt i tilbudet i den nye konkurransen har oppdragsgiverne selvsagt regnet med at den skulle forstås etter sin ordlyd. Forbeholdet om emballering er først presentert under «*Forbehold tonnasje per bil, forbrenningsskatt, oppstartstidspunkt, valuta, opsjoner med mer*», og dersom det var ment å gi anbefalinger og ikke forbehold, ville det vært naturlig å plassere avsnittet under en annen overskrift. Utfyllingen av prisskjemaet gir logisk mening både med og uten forbeholdet. Det understrekes at uklarheten i tilbudet i sin helhet er skapt av klagers formuleringer og presentasjon, og leverandøren har selv risikoen for uklarheter i sitt tilbud. Innklagede kan ikke se at presumsjonsprinsippet kan gi støtte for at det i den foreliggende sak ikke er tatt forbehold. Klagers tilbud er også uansett i samsvar med anbudsgrunnlaget, da konkurransegrunnlaget åpner for at det kan tas forbehold. Det ble avholdt et møte 15. juni 2009 for den første konkurransen, hvor klager deltok, og etterfølgende e-poster viser at avklaring med hensyn til emballering var tema i forhandlingene.

- (44) Det var ikke behov for avklaring, da det var klart at det i klagers tilbud var tatt forbehold. Dersom dette var uklart ville uklarheten hatt betydning for rangeringen av tilbudene, og klagers tilbud skulle da vært avvist, jf. klagenemndas sak 2003/35.
- (45) Innklagede anfører videre oppdragsgiver må innrømmes et stort spillerom for eget skjønn ved prisberegningen av forbehold. Emballering i plast krever investering i pakkemaskin til ca. kr. 1,5 millioner, samt i bygg for større plass, og utgifter til plastemballering. Det er på denne bakgrunn kommet frem til emballeringskostnad på kr. 50-80 per tonn, som er saklig og forsvarlig. Innklagede understreker at prisforskjellen mellom klager og valgte leverandør på sitt høyeste er kr. 43 per tonn, og følgelig er det relevante spørsmål om emballeringskostnaden er høyere enn kr. 43 per tonn, noe innklagede mener det ikke er noen tvil om. Pris er beregnet ut fra en forsvarlig og fullstendig emballering for transport med bil, og ikke for langtidslagring eller skipning med båt. Innklagede er enig i at emballeringsmaskin er integrert i ballemaskinen, men presiserer at emballeringsenheten tar plass. Det bestrides ikke at det er teknisk mulig at emballering kan skje utendørs, men på grunn av miljøhensyn er dette ikke en ønskelig løsning for innklagede. Det avgjørende er ikke at oppdragsgiver treffer 100 % med prissetting av forbehold, med at prissetting skjer på en objektiv og gjennomiktig måte, og at skjønnsutøvelsen under ett fremstår som forsvarlig, jf. RG.2009.1529 og Dragsten og Lindalens; *Offentlige anskaffelser kommentarutgave bind II* s.1319. Innklagede innhentet kunnskap og ekspertise fra utenforstående, trakk inn alle relevante forhold og kom frem til et gjennomtenkt og gjennomarbeidet prisoverslag, med en gjennomiktig og etterprøvable metode. Innklagedes beregning av plastringskostnader er gjort ut fra ballemaskin som produserer baller i størrelsesorden 90x90x110, som er innhentet etter antatt behov hos innklagede. Klagers beregning forutsetter baller på 110cmx110cmx110-160 cm, som er en maskin med kapasitet langt utover innklagedes behov. Større baller trenger også mer plast, og vil dermed ikke gi 100 % for høye emballeringskostnader. Innklagede har regnet på 2-4 lag plast for å få et sikrest mulig grunnlag. Det klare rettslige utgangspunktet og det avgjørende i saken er at prisingen er foretatt etter en forsvarlig skjønnsutøvelse av innklagede, som er tilfellet i den foreliggende sak. Ulik beregning ved forskjellig størrelse på ballene vil gi ulikt resultat, men gjør ikke det ene eller andre regnestykket beviselig feil. Det bemerkes også at tidspunkt for innhenting av priser kan slå ulikt ut på prisene som er gitt.
- (46) For øvrig ville det ikke hatt betydning om klager var billigst på balling, da valgte leverandørs bulk-alternativ uansett ville vært det beste.

Ulovlige tildelingskriterier

- (47) Innklagede hevder at konkurransen er utformet på en hensiktsmessig måte for å gi innklagede muligheten til å velge det beste tilbudet for å få sluttbehandlet avfallet, og at innklagede har en åpenbar rett til å utforme konkurransen slik at de kan foreta et slikt valg.
- (48) Innklagede anfører at det er relevant å vektlegge totalkostnadene for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud og at dette har tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriften § 22-2. Det er kostnader innklagede vil ha for å gjennomføre kontraktsforholdet og kostnadene vil variere med den løsningen som velges. Innklagede kan heller ikke se at evalueringskriteriene blir vilkårlige eller i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling av leverandørene. Kravet om likebehandling er oppfylt når tilbudene behandles likt ut fra de kostnader de påfører oppdragsgiver, og det

er ikke uforutsigbart at oppdragsgiver vurderer ulike løsningsforslag basert på de kostnader løsningene påfører oppdragsgiver. Uforutsigbarheten som oppstår ved dette er ikke annen enn den som en deltaker i en anbudskonkurranse alltid må akseptere. Det vises også til FADs veileder på side 190, jf. klagenemndas sak 2006/65.

- (49) Innklagede bestrider at tildelingskriteriene er for upresise. En vurdering av «*Totalkostnader*» etter innklagedes beregning er nødvendig og fullt lovlig for å oppnå innklagedes mål med konkurransen, hvor samtidig innklagedes tilleggskostnader ved valg av løsning vil være særlig relevant. Redegjørelsen i konkurransegrunnlagets side 9-11 er tilstrekkelig klar til at tilbyderne kan danne seg en oppfatning av hva man vil legge vekt på ved evalueringen, særlig når det tas i betraktning den bransjekunnskap som er nødvendig for å kunne gi tilbud i en slik konkurranse. Tilbyderne skulle presentere løsninger som reduserte innklagedes egne kostnader, og det var ikke hensiktsmessig å anslå egne kostnader ved de ulike alternativer presentert i konkurransegrunnlaget. Det er de samme kriteriene som gjelder for valg av løsning, og det legges opp til at man skal velge den beste løsning ut fra de kostnader oppdragsgiver belastes.
- (50) Usikkerheten i konkurransegrunnlaget vedrørende overgang fra bulk til balling er reell, da levering i baller krever at innklagede investerer i anlegg for balling som må oppføres før det kan settes i drift. Det var også usikkert for innklagede om det ville bygges balleanlegg og når dette eventuelt kunne skje, da pris på levering i baller sammenlignet med levering i bulk var sentralt i vurderingen av om man skulle bygge balleanlegg. Det var videre klart at det ikke ville gis dispensasjon fra Fylkesmannen for tiden det ville ta for bygging av anlegg, og dette forutsatte at avfallet måtte fraktes i bulk til anlegget var på plass. Konkurransegrunnlaget tar høyde for denne usikkerheten på side 3 og 24. Uforutsigbarheten er en følge av at innklagede på saklig grunnlag ønsket å prøve markedet for levering av avfallet i baller. Innklagede er enig i at evaluering måtte eventuelt bero på sannsynlighetsbetraktninger for overgang av utførelsesmetode, og det er korrekt at innklagede ikke har tatt stilling til når overgang fra bulk til ball ville finne sted. Dette tilsier ikke at tildelingskriteriet er uklart. Poenget er at tilbudene om balling ikke var så gode at overgang til balling fremsto som aktuelt, og da var det ikke behov for å fastlegge en overgangsdato. Innklagede bestrider at det foreligger en uforutsigbarhet ved konkurransen som overstiger den usikkerhet som alltid vil være til stede ved anbudskonkurranser.

Tildelingsevalueringen

- (51) Valgte leverandør hadde etter en vurdering i samsvar med konkurransegrunnlaget beste pris på henting av avfall i bulk og henting i baller, og det var dermed ikke nødvendig å slutføre evalueringen når det gjaldt levering i baller, eller med en vurdering av om balling skulle innføres og eventuelt fra hvilket tidspunkt. Noen slik vurdering ble dermed heller ikke foretatt før beslutning om tildeling av kontrakt ble truffet. Innklagede har ikke gitt fullstendig fremstilling av vurderingen som måtte ha vært foretatt dersom klager ikke hadde tatt forbehold og følgelig gitt lavest pris på balling, og regelverket krever heller ikke at oppdragsgiver skal foreta en evaluering basert på tilbud som ikke er gitt. Både SIM og NGIR har inngått avtale om levering i bulk og har ingen umiddelbare planer om å endre dette, da konklusjonen er at prisforskjellen mellom bulk og ball er for liten til de omfattende investeringer som skal til for å etablere et balleanlegg.

- (52) Klager skulle ikke hatt positiv uttelling for å ha den gunstigste pris på balling med emballasje, da det er en alternativ løsning som må evalueres i forhold til de andre alternativene. Foretar man denne vurderingen er poenget at prisforskjellen mellom valgte leverandørs tilbud på uemballerte baller og klagers tilbud på emballerte baller er så beskjeden at det åpenbart ikke er den beste løsningen å velge klagers tilbud på emballerte baller, da tilbudet måtte rettferdiggjort tilleggskostnader på 50-80 pr. tonn. Videre viser innklagede til at det ikke var nødvendig å foreta en sammenligning av totalkostnader ved levering i bulk og levering i baller i og med at valgte leverandør uansett hadde det laveste tilbudet. Klager har ikke krav på at det gjennomføres en fullstendig evaluering basert på at klager vinner frem med sin påstand om at det ikke er tatt forbehold om emballering i deres tilbud.

Manglende begrunnelse

- (53) Innklagede bestrider at det ikke er gitt tilstrekkelig begrunnelse for evalueringen. Innklagede har gitt fullstendig begrunnelse for hvorfor klagers tilbud ikke har vunnet frem, og når valgte leverandør har gitt mer gunstige tilbud på de samme løsningene er det ikke nødvendig å gjennomføre en fullstendig evaluering av totalkostnadene for å begrunne hvorfor klager ikke vant frem. Det erkjennes at evalueringen burde ha inneholdt en sammenligning av alternativet balling med emballasje og bulk ut fra alle kriteriene som er beskrevet på side 9-11 i konkurransegrunnlaget. Dette har imidlertid ikke betydning for resultatet. Rettelsen i brev av 8. april 2010 er ingen erkjennelse av mangler ved begrunnelse, men et ønske om å strekke seg for å kommunisere presist med klager.

Kontraktstiden

- (54) Innklagede hevder at det i den foreliggende konkurranse er saklig grunn for å ha en kontraktsperiode på seks år for oppdragsgiver, da det kan ligge betydelige investeringer hos innklagede, avhengig av hvilken løsning som blir valgt. Innklagede vil rette seg etter signaler fra klagenemnda og eventuelt unnlate å benytte opsjonsperioden. Innklagede presiserer at det er tale om en kort kontraktstid sammenlignet med hva som er vanlig på denne delen av avfallssektoren, og har derfor ikke oppfattet at det var nødvendig med omfattende begrunnelse for lang kontraktstid. Hovedgrunnene er at oppdragstakerne må foreta investeringer, og at det derfor er behov for en viss tidsperiode for å få de beste tilbudene. Innklagede forventet at oppdragstakerne måtte investere i kjørende materiell dersom kontrakt ble tildelt. For å innkalkulere egne investeringer i en prismatrise måtte innklagede vurdere investeringens verdi ved utløpet av kontraktstiden. Investeringen må ikke betales fullt innen kontraktstiden, men vurderingen kan bli annerledes i kontraktsperioden eller etter at denne har gått ut.

Avvisning av valgte leverandør

- (55) Innklagede bestrider at valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Det var ikke en forutsetning i konkurransegrunnlaget at alle punktene i prisskjema skulle fylles ut, og innklagede kan ikke se at ikke inngitt pris for noen av postene har medført tvil eller usikkerhet rundt bedømmelsen av tilbudene i forhold til hverandre. Det vises til konkurransegrunnlagets side 23 og 24, hvor det klart fremgår at tilbyderne selv velger hvilke alternativer de vil inngi pris på. Valgte leverandør kunne ikke tilby frakt av baller per båt, og innga dermed ikke pris under alternativ 2b, post 4-4 i prisskjema, som er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Dersom alternativ 2b skulle bli valgt, ville dermed ikke valgte leverandør fått kontrakten, men kunne lett

sammenlignes med de øvrige tilbyderne under de andre alternativene. Det medførte dermed ikke tvil om hvordan tilbudene skulle bedømmes i forhold til hverandre under de andre alternativene. Det er også flere steder i konkurransegrunnlaget beskrivelser av konkurransen som underbygger at det ikke er et absolutt krav at alle postene i prisskjemaet måtte være utfylt, men det var viktig at de poster det skulle gis tilbud på måtte være utfylt. Valgte leverandør har ikke anlegg i de tre vestlandsfylkene, som forklarer manglende utfyllelse av post 4-5, jf. konkurransegrunnlaget side 24 om alternativ 3. Klager har heller ikke fylt ut denne posten.

- (56) Vedrørende valgte leverandørs bruk av båt presiseres det at valgte leverandør kun inngav tilbud på frakt av avfall med bil, da de i utgangspunktet verken ønsket eller kunne tilby frakt med båt. Etter kontrakten var inngått fikk imidlertid valgte leverandør problemer med å skaffe nok biler til å frakte forpliktet avfall, og så seg nødt til å benytte båt mens de ventet på flere biler. Dette er et valg valgte leverandør har gjort for egen regning og risiko, og endrer ikke kontraktsforholdet til innklagede, som betaler samme konkurransedyktige pris som avtalt for bilfrakt.

Klagenemndas vurdering:

- (57) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder sluttbehandling av restavfall som etter forskriften vedlegg 5 er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 16. Anskaffelsens verdi for NGIR er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.4 estimert til kroner 22, 8 millioner for kontrakt K1 og kroner 19, 1 millioner for kontrakt K2. Anskaffelsens verdi for SIM er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.4 estimert til kroner 36,5 millioner for kontrakt K1 og kroner 53,1 millioner for kontrakt K2. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).

Avvisning av valgte leverandør

- (58) Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende utfyllelse av prisskjema 4-4 og 4-5.
- (59) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav f at *«Et tilbud skal avvises når [...] det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene»*.
- (60) Det første spørsmålet blir da om valgte leverandørs tilbud inneholdt et «avvik» eller «ufullstendighet», jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f.
- (61) I konkurransegrunnlagets punkt 1.3 *«Innhald og organisering av tilbodet»* fremgikk det at *«Vi gjer merksam på at manglande opplysningar og manglande utfylling av relevante skjema kan vere grunnlag for avvisning av tilbodet»*. Det fremgikk videre av konkurransegrunnlagets punkt 4 *«Prisskjema»* under punkt 4.1.1 *«Inkludert i einingsprisane»* at:

«Tilbydar skal fyller ut alle postar for dei kontraktar som tilbodet omfattar. Prisar/inntekter, dvs. både einingspris og sum pris, skal gjevast i kroner og øre (NOK), ikkje avrundast til næraste krone. Det er alltid einingsprisane i kontrakten som skal leggjast til grunn ved fakturering/avrekning.»

- (62) Det er ikke omtvistet at valgte leverandør ikke hadde fylt ut priser i prisskjema 4-4 og 4-5. Vedrørende prisskjema 4-4 og 4-5 fremgikk det av valgte leverandørs tilbuds brev at:

«Prisskjema 4-4;

Denne er ikke utfylt da alternativet basert på båtfrakt ikke er en relevant løsning for oss. Om man utover i perioden skulle gå delvis over til bruk av tog så vil dette skje i hht samme utlastingstakt som ved bil.

Prisskjema 4-5;

Dette skjema har vi ikke fylt ut da vi ikke har basert vår behandlingsløsning innenfor det geografiske området som skjema skal fange opp og er ment for.»

- (63) Etter dette fremgår det at valgte leverandør ikke har gitt priser på 4-4 og 4-5 fordi disse postene ikke var aktuelle for valgte leverandør å tilby. Innklagede har vist til konkurransegrunnlaget side 23 og 24, som er gjengitt ovenfor i premiss (6), og hevdet at det her fremgår at tilbyderne selv kunne velge hvilke alternativer de ville inngi tilbud på, jf. premiss (55). Videre har innklagede forklart at dersom frakt med båt ville bli valgt som alternativ ville ikke valgte leverandør fått kontrakten. Nemnda forstår konkurransegrunnlaget på den måten at tilbyderne skulle levere komplette prisskjema for det som ble tilbudt, og at det ikke inneholdt en forutsetning om at samtlige punkter måtte være utfylt, se premiss (6). Klagenemnda kan dermed ikke se at klagers tilbud inneholder et «avvik» eller en «ufullstendighet», jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Ulovlige tildelingskriterier

- (64) Det første spørsmålet er om tildelingskriteriet «Totalkostnader for oppdragsgjevar i kontraktsperioden» har tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand, jf. forskriften § 22-2 (2).
- (65) Det følger av forskriften § 22-2 (2) at hvor tildeling «skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden.»
- (66) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 3.1.2 «Generelle vilkår, kontraktar og alternativ» at det kunne «i utgangspunktet gjevast pris på tilsaman 9 alternativ for kvar oppdragsgjevar». Etter konkurransegrunnlagets punkt 1.5.2 skulle tildelingskriteriet «Totalkostnader for oppdragsgjevar i kontraktsperioden» vektas med 90 %. Det fremgikk at oppdragsgiver kunne «ta omsyn til andre kostnader ved gjennomføringen av kontrakten», og det var vist til forskjell i kostnader ved forbehandling. Videre var tildelingskriteriet ytterligere presisert under «Merknader til kriteriet om totalkostnader», hvor det fremgikk at:

«Ved vekting av totalkostnader vil det bli ei samanlikning av totalkostnadene for oppdragsgjevar for dei ulike alternativa frå og med forbehandling og opplasting, til og med transport og sluttbehandling. Kostnader for aktivitetar utanom kontrakt vert basert på kostnadsvurdering frå oppdragsgjevar.»

- (67) Innklagedes samlede totalkostnader ved anskaffelsen vil ha tilstrekkelig tilknytning til kontrakten. Det er ikke bestridt at valg av alternativ for forbehandling faktisk ville ha betydning for innklagedes totalkostnader, herunder at levering av ballet avfall ville føre til at innklagede måtte foreta investeringer, og at levering av avfall i bulk ikke nødvendiggjorde denne typen investeringer. Klagenemnda finner at innklagedes egne kostnader i relasjon til valg av alternativ metode vil være relevant for å vurdere innklagedes totalkostnader, og må dermed anses for å ha tilstrekkelig tilknytning til kontrakten og var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 22-2 (2). Klagers anførsel fører ikke frem.
- (68) Videre blir spørsmålet om tildelingskriteriet «*Totalkostnader for oppdragsgjevar i kontraktsperioden*» var presist nok angitt.
- (69) Det følger av kravet til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 at tildelingskriteriene må være klart utformet, slik at alle rimelig aktsomme leverandører vil forstå kriteriene på samme måte, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC-dommen) og klagenemndas avgjørelser i blant annet sak 2010/169 premiss (104), 2007/39 premiss (30) og 2007/125 premiss (40).
- (70) I det foreliggende tilfellet var det klart at det kunne gis tilbud på sluttbehandling for flere alternativer, også i forhold til forbehandling. Innklagede ville etter dette vurdere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Samtlige tilbydere ble informert om at totalkostnader ved valg av alternativ metode ville evalueres, og tilbyderne ville vurderes likt i forhold til hvilke kostnader alternativene påførte oppdragsgiver. Klagenemnda kan dermed ikke se at tildelingskriteriet «*Totalkostnader for oppdragsgjevar i kontraktsperioden*» var for upresist angitt, eller var egnet til å gjøre tildeling av kontrakt vilkårlig, i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (71) Videre blir spørsmålet om innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium ved å åpne for å vektlegge forhold som ikke er angitt i tildelingskriteriene, da dette ville kunne føre til vilkårlige resultater, og være i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling, jf. loven § 5.
- (72) Av forskriften § 22-2 (2) følger det at «*Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.*»
- (73) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 1.5.2 følgende under «*Merknader til miljøforhold ved ulike typer forbehandling og lagring*»:
- «*I vurderingane av løysing for forbehandling og transport, kan oppdragsgjevarane ta omsyn til ulike miljøfaktorar som til dømes støy, lukt, støv, skadedyr og andre arbeids- og nærmiljøulempar ved opplasting, kverning, emballering m.v. I tillegg til vurdering av totalkostnaden for oppdragsgjevaren, kan desse momenta trekkjast inn i vurderingane i valet mellom ulike alternativ. Desse vurderingane er såleis ikkje eit tildelingskriterium, men ein del av vurderingsgrunnlaget for den einskilte oppdragsgjevar sitt val av alternativ metode for forbehandling og opplastning.*»
- (74) Dette er hensyn som vil vektlegges ved evalueringen av tildelingskriteriene, og nemnda kan ikke se at dette skulle kunne føre til vilkårlige resultater, eller være i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling, jf. loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.

Tildelingsevalueringen

- (75) Spørsmålet er om evalueringen av tildelingskriteriet «*Totalkostnader for oppdragsgjever i kontraktsperioden*» har ført til vilkårlige resultater og er i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (76) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det kunne gis tilbud på flere alternativ, og at innklagede kunne velge et, eller en kombinasjon av disse alternativene. Ved evalueringen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda kun kan overprøve i forhold til om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, om oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, eller om skønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig, jf. for eksempel klagenemndas saker 2010/192 premiss (57), 2010/281 premiss (77) og 2010/358 premiss (19).
- (77) I det foreliggende tilfellet har innklagede inngått kontrakt om henting og sluttbehandling av avfall for kontrakt 1 og kontrakt 2 basert på henting av avfallet i bulk. Det er ikke omstridt at valgte leverandør hadde levert det rimeligste tilbudet på alternativet om levering i bulk. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det ikke var avklart hvilket alternativ for forbehandling som ville velges, og innklagede har opplyst at det enda ikke er avklart hvorvidt og eventuelt når dette alternativet vil tas i bruk.
- (78) Når innklagede har foretatt et valg av alternativ basert på at valgte leverandørs tilbud var lavest i pris på levering i bulk, og har opplyst at prisforskjellen i forhold til balling var for liten til å forsvare de omfattende investeringene, kan ikke klagenemnda se at innklagedes evaluering i det foreliggende tilfellet har ført til vilkårlige resultater, eller er i strid med kravet til forutberegnelighet. Klager vil da heller ikke ha krav på uttelling for eventuelt å ha lavest pris på balling med emballasje, da dette gjelder et alternativ som ikke er valgt. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (79) Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt klagers tilbud i det foreliggende tilfellet må anses for å inneholde et forbehold knyttet til emballering av husholdningsavfall, da dette gjelder et alternativ som ble valgt bort i konkurransen, og dermed ikke har vært av betydning for tildelingen.

Endring av kontrakten i kontraktens løpetid

- (80) Innklagedes anledning til å gjøre endringer etter inngått kontrakt er begrenset til endringer som ikke kan anses som vesentlige, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (Pressetext). I dommen ble det uttalt at en vesentlig endring av kontrakten i dens løpetid må anses som inngåelse av en ny avtale som fordrer ny kunngjort konkurranse, dersom den nye kontrakten overstiger kunngjøringsgrensene. Innklagede kan imidlertid foreta ikke-vesentlige endringer uten å gjennomføre en ny konkurranse.
- (81) Innklagede har i konkurransegrunnlaget, i tildelingsbeslutning datert 25. mars 2010 og i brev 8. april 2010, tatt forbehold om å skifte mellom alternativene en gang i kontraktsperioden. Innklagede har forklart at det før kontrakt ble inngått var stor usikkerhet om hvorvidt og eventuelt når det kunne bli aktuelt med balling av avfall før levering.
- (82) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt en eventuell framtidig overgang til balling av avfall vil være i strid med regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemnda bemerker imidlertid at innklagedes anledning til å gjøre endringer etter inngått kontrakt er begrenset til endringer som ikke kan anses som vesentlige, jf. Presstext, og at innklagede i forskriften § 14-4 bokstav j har en viss anledning til på nærmere vilkår å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved anskaffelse av visse tilleggstenester.

- (83) Vedørende opplyst faktum om at valgte leverandør etter kontrakt ble inngått har gått over til bruk av båt, bemerker klagenemnda at problemstillingen også her er hvorvidt det foreligger en vesentlig endring av kontrakten, og dermed må anses som en ny kontrakt, jf. Presstext.
- (84) Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør er basert på levering av avfall i bulk med bil. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget på punkt 3.1.2 at:

«Oppdragstakar har rett til å skifte transport- eller behandlingsløysing, eller anlegg inklusive reserveløysing i løpet av kontraktsperioden. Vilkåret for dette er likevel at løysinga ikkje skal medføre meirarbeid eller ekstrakostnader for oppdragsgjevar.

Vidare er det eit vilkår for løyve til å skifte transport- eller behandlingsløysing at miljøkvaliteten til løysinga totalt sett ikkje er vesentleg dårlegare enn den løysinga som er skissert i tilbodet og som dannar grunnlag for tildeling av kontrakt, jf. punkt 1.5.2.»

- (85) Innklagede har opplyst at valgte leverandørs endring av transportmiddel ble gjort for å unngå mislighold av kontraktsforpliktelsene, at endringen er midlertidig, og at endringen er gjort for valgte leverandørs regning og risiko. Det er opplyst at dette ikke endrer kontraktsforholdet til innklagede, og at innklagede betaler samme pris som avtalt for bilfrakt. Etter dette kan ikke klagenemnda se at det i det foreliggende tilfellet skulle være tale om en vesentlig endring av kontrakten, jf. Presstext. Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Kontraktstid

- (86) Spørsmålet er om en kontraktens varighet på 4 år, med opsjon på 2 nye år, er i strid med kravet til konkurranse i loven § 5.
- (87) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 1.1 «Invitasjon» at:

«Kontraktene vil ha ein avtaleperiode på 4 år frå oppstart, med opsjon på 1+1 år.»

- (88) Det fremgår av loven § 5 (2) at «En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse». For rammeavtaler følger det av forskriften § 15-1 (4) at «Rammeavtaler kan ikke inngås for mer enn fire år, med unntak av tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand.» Det er imidlertid ikke eksplisitt regulert i lov eller forskrift om offentlige anskaffelser hvor lang varighet som kan aksepteres ved inngåelse av tjenestekontrakter.
- (89) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn i klagenemndas sak 2004/16 at åtte års kontraktsvarighet ble ansett for å være for langvarig for en avtale om levering av IT-utstyr og – tjenester. Videre ble det i klagenemndas sak 2010/23 lagt til grunn at en kontraktsperiode på ti år for en tjenestekontrakt om ambulansebåttjenester, syketransport og skyss av helsepersonell var for langvarig. Det ble i sak 2010/23 premiss (40) lagt til grunn at spørsmålet var hvorvidt den fastsatte kontraktsperioden var

så lang at den var i strid med kravet til konkurranse i loven § 5. Det fremgikk at svaret ville bero på en konkret vurdering og at *«I en slik vurdering må avtalens konkurranseregulerende effekt vurderes ut fra hvilke andre hensyn som kan tilsi at kontrakten må gjelde for et lengre tidsrom.»* Hvilken varighet som kan aksepteres for tjenestekontrakter vil dermed bero på en konkret helhetsvurdering.

- (90) I det foreliggende tilfellet hadde innklagede i konkurransegrunnlaget åpnet for å inngå kontrakt om sluttbehandling av avfall levert ballet. Det er klart at dette ville medføre store utgifter for innklagede. For emballeringskostnader har innklagede i e-post datert 24. november 2010 gitt uttrykk for følgende vedrørende investeringer:

"Det vart rekna med ei investering på 1,25 millionar kroner til 6 % rente over 10 år. 15 400 tonn som oppgjeve i anbodet. Vurderte det slik at maskina var omsetteleg, slik at eg ikkje måtte avskriva den over berre 6 år som er maks tid for kontrakten."

- (91) Det er dermed klart at det var nødvendig med en viss avskrivningstid for disse kostnadene. Ut fra det opplyste oppfatter klagenemnda det slik at en normal avskrivningstid på i alle fall deler av det utstyr som er nødvendig (emballeringsmaskin) for alternativet ved avfall levert ballet vanligvis er vesentlig lengre enn seks år, jf. innklagedes forklaringer på dette punkt. Innklagede har opplyst at det var antatt at både oppdragsgiverne og oppdragstakerne ville måtte foreta investeringer, og at det derfor var behov for en viss tidsperiode for å få de beste tilbudene, jf. premiss (54). Basert på dette finner nemnda at en kontraktsvarighet på opp til seks år i det foreliggende tilfellet ikke var strid med kravet til konkurranse i loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.

Begrunnelse

- (92) Det følger av forskriften § 20-16 (1) at:

«Oppdragsgivers begrunnelse om kontraktstildeling [...]skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier.»

- (93) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at oppdragsgiver må gi en redegjørelse for sine vurderinger ved poengsettingen for å oppfylle kravene i forskriften § 20-16 (1), jf. blant annet klagenemndas sak 2010/192 og 2010/54.
- (94) Innklagede opplyste i tildelingsbrev for NGIR og SIM datert 25. mars 2010 at det var svært liten forskjell på tilbudene når det gjaldt gjennomføringsplan og miljøkvalitet, og at dette ikke hadde gitt vesentlige utslag i evalueringen. For tildelingskriteriet *«Totalkostnader for oppdragsgjevar i kontraktsperioden»* var det inntatt en tabell hvor klagers tilbud ble rangert og plassert i forhold til prosentvis avstand fra tilbudet til valgte leverandør for hvert av de tilbudte alternativ. Det var videre inntatt en forklaring om prissetting av klagers påståtte forbehold. Dette finner klagenemnda tilfredsstillende i forhold til begrunnelsesplikten etter forskriften § 20-16 (1).
- (95) Videre blir spørsmålet om innklagede har brutt kravet til nærmere begrunnelse i forskriften § 20-16 (4).
- (96) Det følger av forskriften § 20-16 (4) at:

«Dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, skal det senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt gis en nærmere begrunnelse for hvorfor [...]leverandøren ikke tildeles kontrakt. Dersom kontrakt er tildelt, skal det opplyses om navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen sammen med det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler».

- (97) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at kravene til den nærmere begrunnelsens innhold og omfang til en viss grad vil måtte fastsettes på bakgrunn av innholdet i leverandørens skriftlige anmodning, jf. klagenemndas saker 2010/99 premiss (50) 2003/61 og 2008/2 premiss (126).
- (98) Klager ba i brev datert 29. mars 2010 om innsyn i prissammenligningen overfor de øvrige tilbydere, men innklagede nektet å gi innsyn i priser. Klager påklaget denne beslutning i brev datert 7. april 2010 og ba på nytt om innsyn i prisevaluering og prisskjema, samt informasjon om totalpris for laveste tilbyder på samtlige kontrakter.
- (99) Innklagede gav i brev datert 7. april 2010 utfyllende matriser som viste valgte leverandørs priser vurdert mot klagers priser på samtlige alternativ. Det er dermed utfyllende redegjort for sammenligningen av prisene for klager og valgte leverandør. I forhold til valg av alternativ metode opplyste innklagede at:

"Når det gjeld tilhøvet mellom bulk og balling for SIM og NGIR ville vi ha vurdert kombinasjonsløsninger med ulike tidspunkt for oppstart av balleanlegg nærare dersom ikke Rekom hadde vore rimelegast på både bulk og balling, jf. brevet vårt datert 6. april 2010"

- (100) Det ble dermed ikke opplyst hvilke vurderinger som ble gjort for å avgjøre at levering av avfall i bulk var det økonomisk mest fordelaktige alternativet. Begrunnelsen var dermed ikke egnet til å identifisere de relative forskjellene mellom valg av alternativ metode. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravet til nærmere begrunnelse i forskriften § 20-16 (4).

Konklusjon:

Sunnhordland Interkommunale Miljøverk IKS og Nordhordland og Gulen Interkommunale Renovasjonsselskap har brutt kravene til nærmere begrunnelse i forskriften § 20-16 (4).

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

Bergen, 10. august 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver