



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om transport av restavfall. Klagenemnda fant at konkurransegrunnlaget var uklart, og at konkurransen skulle vært avlyst. Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2011 i sak 2011/249

Klager: Olav Tenden Transport AS

Innklaget: Nordfjord Miljøverk IKS

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Siri Teigum

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud. Uklart konkurransegrunnlag. Avlysning av konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Nordfjord Miljøverk IKS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. mai 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en rammeavtale på transport av restavfall fra skoler, institusjoner, hytter og fritidshus og næringsliv i kommunene Gloppen, Stryn, Hornindal, Eid, Selje og Bremanger (Eidsmona – Sandane). Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) angitt til å være mellom 3 000 000 og 4 000 000 kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.8) angitt til å være 30. juni 2011 klokken 12.

- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 "Oppdraget" var det angitt følgende:

"Oppdraget omfatter innsamling og transport av restavfall fra institusjoner, skoler, næringsliv og hytter/fritidshus i NoMil-kommunene. Innsamlingen skjer med komprimatorbil og tømning av avfallsbeholdere ute hos abonnentene.

[...]

Vi ber om pris pr tømning differensiert på de enkelte beholderstørrelser og kommune. I prisen skal alle kostnader være inkludert, jf. prisskjema bilag 3.

"

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 14 "Tildelingskriterier" var det angitt at tildeling av oppdraget skulle skje basert på hvilket tilbud som hadde den laveste prisen. Videre fremkom følgende:

"Det skal oppgis priser pr tømning.

1) *Pris pr. tømming for de ulike beholdere og kommune ved lokalisering i Eidsmona – Sandane*

2) *Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere.*

Prisen skal oppgis eks mva, men med alle andre avgifter. Prisen skal være fast i avtaleperioden, men ved bruk av opsjoner vil prisene det første året kunne reguleres etter endringer i transportindeksen for lastebiler. Prisene fylles inn i prisskjema, jfr. vedlegg 3."

- (4) Vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget var et prisskjema benevnt "*1/2 års abonement frå 1/5 til 31/10*". I skjemaet skulle det fylles ut enhetspriser og totalpriser for tømming (og evt. innsamling/borttransport) av forskjellig størrelser av beholdere for "*Restavfall*" i de forskjellige kommunene. Følgende gjengis fra prisskjemaet vedrørende en av kommunene som var omfattet av konkurransen:

"

<i>Bremanger kommune</i>	<i>1/2 års</i>	<i>Enh.pris</i>	<i>Pris tot</i>	<i>1/1 års</i>	<i>Pris tot</i>	<i>Sum</i>
<i>140L Restavfall</i>	<i>9</i>			<i>13</i>		
<i>240L Restavfall</i>	<i>7</i>			<i>32</i>		
<i>660L Restavfall</i>	<i>5</i>			<i>25</i>		
<i>1000L Restavfall</i>	<i>1</i>					
<i>8 m3 cont Svelgen omsorgssenter</i>				<i>1</i>		
<i>660L Restavfall hyttecon.</i>				<i>5</i>		
<i>1000L Restavfall hyttecon.</i>				<i>3</i>		
<i>660L restavfall, ekstra Hauge</i>	<i>1</i>					
<i>660L restavfall, ekstra Smørhamn</i>	<i>1</i>					

"

- (5) Prisskjemaene for samtlige kommuner anskaffelsen gjelder, er identiske med hensyn til hvilke opplysninger tilbyderne skulle oppgi. Tallene i kolonnene under "*1/2 års*" og "*1/1 års*" refererer seg til antall beholdere av denne størrelsen.

- (6) Innen tilbudsfristens utløp var det levert to tilbud, disse var fra Olav Tenden Transport AS (heretter kalt klager) og Retura NoMil AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Klager hadde i sitt tilbud lagt ved komplett utfylt prisskjema for de kommuner konkurransen omhandlet. Utover dette fremgikk det ikke noe vedrørende "*Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere.*", jf. konkurransegrunnlaget punkt 14.
- (8) Partene har i sine prosesskriv til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) opplyst at innklagede tok telefonisk kontakt med klager i etterkant av tilbudsåpningen. Det er ikke opplyst hvilken dato telefonsamtalen skjedde. Innklagede opplyste at det ikke var inngitt pris på punkt 2) "*Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere.*" I følge klager ba innklagede i telefonsamtalen om en tilbagemelding på pris for dette, noe innklagede overfor klagenemnda bestrider.
- (9) Klager sendte e-post til innklagede 30. juni 2011, hvor det fremkom følgende:
- "Viser til telefonsamtale og bekrefter at vi i og med at der ikkje var priskolonne for utdeling/innsamling av beholderar i vedlegg nr. 3, som det var vist til i pkt. 14, har vi inkludert alt i tømmeprisen pr. beholder."*
- (10) I en udatert anskaffelsesprotokoll fremkommer det følgende under punkt 3.4 "*Sammenligning av kriterier for tildeling av kontrakt*":
- "Tilbudet fra Olav Tenden Transport as mangler pris på punkt 2 i tildelingskriteriet "2) Pris for innsamling og utdeling av dunkar. Med dette som bakgrunn er tilbudet avvist. Etter tilbudsfristens utløp og etter at oppdragsgiver gjorde oppdragstaker oppmerksom på det vart det per epost opplyst at denne prisen var inkl i enhetsprisene i vedlegg 3."*
- (11) Ved innklagedes brev 6. juli 2011 ble klagers tilbud avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav f med følgende begrunnelse:
- "De har unnlatt å levere inn pris på punkt 2 under kap 14 tildelingskriterier.*
- [...]*
- Når de ikkje har med pris på punkt 2, kan det "medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene" jfr. § 20-13 (1) bokstav f.*
- At de etter innleveringsfristen og etter at de vart gjort oppmerksom på mangelen melder tilbake at punkt 2 er inkludert i punkt 1, må oppdragsgjevar sjå bort frå.*
- Det er etter punkt 3 og 4 i konkurransegrunnlaget ikkje høve til å levere inn tilbod på deler av oppdraget eller inngi alternative tilbod."*
- (12) Ved brev 8. juli 2011 varslet klager at avvisningsbeslutningen ville bli påklaget. Det ble også hevdet at klagers tilbud ikke var uklart, og at det ikke var grunnlag for avvisning.
- (13) Innklagede oppfattet brevet som en klage, og opprettholdt avvisningsbeslutningen ved brev av 11. juli 2011, hvor det ble fastholdt at det både forelå en rett og en plikt til å avvise klagers tilbud. Følgende hitsettes:

"Det går helt klart frem av konkurransegrunnlaget hvordan prisene skal oppgis. Tenden har ikke oppgitt prisen slik, og dette gir oppdragsgiver en rett til å avvise tilbudet. Denne retten har NoMil valgt å benytte seg av.

Nomil mener det også foreligger en plikt til å avvise tilbudet i og med at prisene ikke er oppgitt slik forutsatt og dette skaper tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes. Det fremgår ikke av tilbudet til Tenden at "byting, utplassering og innhenting av oppsamlingseiningar er inkludert i einingsprisanene" og dette er noe Tenden har opplyst om etterpå. Som kjent er dette en åpen anbudskonkurranse hvor man ikke kan legge vekt på slike opplysninger som fremsettes etter tilbudsfristens utløp."

- (14) Klager påklaget avvisningsbeslutningen ved brev av 13. juli 2011, hvorfra følgende gjengis:

*"På vegne av OTT påklages **prinsipalt** avgjørelsen om å avvise tilbudet fra OTT fra konkurransen. Tilbudet er inngitt iht. konkurransegrunnlaget; tilbudet er uten forbehold og er heller ikke uklart. **Subsidiært** anfører OTT at konkurransegrunnlaget er så mangelfullt og selvmotsigende at konkurransen må avlyses.*

[...]

I konkurransegrunnlagets pkt. 5.1 om oppdraget kan man i tredje siste avsnitt lese:

Vi ber om pris pr tømning differensiert på de enkelte beholderstørrelser og kommune. I prisen skal alle kostnader være inkludert, jf. prisskjema bilag 3 (min understrekning).

Under tildelingskriterier i pkt 14 er det videre redegjort for hvilke elementer som vil være en del av vurderingen av "laveste pris" – kriteriet.

*Tildeling av oppdraget skal skje på grunn av hvilket tilbud som har den **laveste prisen**. Det skal oppgis pris pr tømning.*

- 1) Pris pr. tømning for de ulike beholdere og kommune ved lokalisering i Eidsmona – Sandane.*
- 2) Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere.*

... Prisene fylles inn i prisskjema, jf. vedlegg 3.

Prisskjema som er vedlagt konkurransegrunnlaget er en excel-fil, der nærmere angitte rubrikker skal fylles ut. Det er opplyst at kun "grå felter" skal fylles ut. Det er forhåndsdefinerte formler i skjemaet, som summerer enhetspriser og totalsummer. Det fremgår ikke av skjemaet at underkriterium 2 skal tas inn i skjemaet og prises særskilt, ei heller er det angitt at tilbudsskjemaet skal endres eller tilpasses av den enkelte tilbyder. Det kan ikke forventes at den enkelte leverandør selv skal utforme et nytt prisskjema for utsetting og innhenting av de ulike beholderstørrelsene i de enkelte kommunene. I så fall måtte dette tydelig vært angitt i konkurransegrunnlaget.

Det finnes altså ikke kolonner eller rader i tilbudsskjemaet som omhandler utdeling og innsamling av beholdere, og OTT har derfor innkalkulert denne kostnaden i enhetsprisene for henting og tømning av de ulike typer beholdere. All den tid det i oppdragsbeskrivelsen pkt 5.1 nettopp er angitt at i prisene skal alle kostnader være

inkludert, jf. prisskjema bilag 3, er tilbudet utformet slik konkurransegrunnlaget angir, og det foreligger verken rett eller plikt til å avvise tilbudet fra OTT.

[...]

Subsidiært anføres at dersom tilbudet fra OTT avvises, må konkurransen avlyses. Det er oppdragsgiver som er ansvarlig for utformingen av konkurransegrunnlaget, og at dette fremstår som enhetlig og klart, jf. foa § 17-1 (1) og § 5 i lov om offentlige anskaffelser. I denne konkurransen er det gitt motstridende opplysninger som hvordan sentrale elementer i tilbudet skal prises. Konkurransegrunnlaget er upresist og uklart, og har ført til at et tilbud avvises."

- (15) Innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen ved brev 28. juli 2011, og det ble vist til følgende:

"Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at det skal oppgis

"Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere."

OTT har ikke oppgitt pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere. Når det klart fremgår av konkurransegrunnlaget at det skal oppgis pris pr. dunk, er det ikke grunnlag for å hevde at prisene er inkludert i de øvrige priser. En slik fortolkning strider direkte mot konkurransegrunnlagets ordlyd. Når OTT ikke har oppgitt prisen som forutsatt i konkurransegrunnlaget, skaper dette uklarhet og medfører at tilbudet ikke kan sammenlignes med øvrige tilbud. Det foreligger derfor både en rett og en plikt til å avvise tilbudet. Det vises også til at det i tilbudet ikke er nevnt noe om at prisen på utdeling og innsamling av dunker er inkludert i de oppgitte priser.

[...]

NoMil finner ikke grunnlag for å avlyse konkurransen. Konkurransegrunnlaget har klare bestemmelser om hvordan prisen skal oppgis, men OTT har ikke fulgt disse bestemmelsene."

- (16) Tilbyderne ble meddelt valg av tilbud ved brev 28. juli 2011, og det ble vist til at valgte leverandør hadde *"lavest pris av tilbud som ikke ble avvist"*.
- (17) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev av 8. august 2011, og det ble i det vesentlige vist til forholdene som var påpekt i klage av 13. juli 2011.
- (18) I klagers e-post til innklagede 10. august 2011 ble innklagede informert om at saken ville bli brakt inn for domstolen eller klagenemnda med mindre konkurransen ble avlyst, og konkurransegrunnlagets uklarheter ble rettet opp. I innklagedes e-post av 19. august 2011 ble det opplyst at konkurransen ikke ville bli avlyst.
- (19) Innklagede besvarte klagen av 8. august 2011 ved brev av 23. august 2011, og det ble i hovedsak vist til det samme som i innklagedes brev av 28. juli 2011. I tillegg ble det vist til følgende:

"NoMil erkjenner at det selvfølgelig kunne vært en fordel om også prisen pr. dunk var tatt inn som en rubrikk i prisskjemaet, men mener konkurransegrunnlaget oppfyller regelverkets krav til klarhet og forutberegnelighet jfr. anskaffelsesloven § 5. Det

fremgår helt klart at det skal oppgis pris pr. dunk og det er også på det rene at denne prisen ikke er en del av prisskjemaet."

- (20) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev 8. september 2011.
- (21) Innklagede har bekreftet at kontrakt ikke vil inngås før saken er behandlet av klagenemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (22) Klager anfører prinsipalt at innklagede feilaktig har avvist klagers tilbud. Det vises til at det verken forelå rett eller plikt til å avvise tilbudet da tilbudet er utfyllt og innlevert i henhold til konkurransegrunnlaget, og dermed ikke kan anses som uklart. Det fremkommer både i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 og punkt 14 at prisene skal angis i prisskjemaet, og at alle kostnader skal være inkludert. I konkurransegrunnlaget punkt 14 var det angitt at det skulle oppgis pris per tømning for "*1) Pris pr. tømning for de ulike beholdere og kommunene ved lokalisering i Eidsmona – Sandane*" og "*2) Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere*", og at prisene skulle fylles inn i "*prisskjema, jf. vedlegg 3*". Prisskjemaet er en excel-fil hvor nærmere angitte rubrikker skal fylles ut. Det er forhåndsdefinerte formler i skjemaet, som summerer enhetspriser og totalsummer. Det fremkommer ikke i skjemaet at "*2) Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere*" skal tas inn i skjemaet og prisen særskilt. I konkurransegrunnlaget punkt 14 vises det også til "*prisen*" i entall, noe som støttet klagers forståelse om at prislelement 1) og 2) skal oppgis som en samlet pris. Det er også et alminnelig prinsipp i obligasjonsretten at uteglemte poster skal anses som innkalkulert i andre poster, noe som også er nedfelt som et prinsipp i forskriften § 21-2. Det kan ikke forventes at leverandørene skal utforme et nytt prisskjema som omfatter "*2) Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere*" for alle kommunene. Uansett tilsier en normal og objektiv fortolkning av konkurransegrunnlaget at det skulle inngis en samlet pris for hver beholderstørrelse. Pris per beholderstørrelse skulle oppgis inklusiv alle kostnader, eksklusiv merverdiavgift, noe som må innbefatte eventuelle kostnader for utdeling og innsamling av tomme beholdere. Det bemerkes at kostnader knyttet til utdeling og innsamling av tomme beholdere uansett kun vil utgjøre en liten del av totalkostnadene for tjenestene.
- (23) Dersom klagers tilbud blir oppfattet som uklart, anfører klager at innklagede feilaktig har avvist tilbudet fordi uklarheten var avklart. Det vises til at innklagede, ved sin telefoniske henvendelse til klager i etterkant av tilbudsåpningen, foretok en lovlig avklaring. Klager bekreftet i e-post 30. juni 2011 at alle kostnadene var inkludert i den inngitte prisen. Det er klart at klager ikke ville ha bekreftet dette pr e-post om ikke innklagede hadde bedt om dette. Det er også anledning til å foreta avklaringen etter forskriften § 21-1 (2) bokstav a, og innklagede hadde derfor ikke rett til å avvise tilbudet når uklarheten var avklart. Feilen kan ikke repareres, og konkurransen må derfor avlyses.

Uklart konkurransegrunnlag

- (24) Klager anfører subsidiært at konkurransegrunnlaget er uklart når det gjelder hvordan tilbudet skal prises, noe som er årsak til eventuelle uklarheter i klagers tilbud. Klagers tilbud kan ikke avvises når konkurransegrunnlaget er uklart. Innklagede bærer risikoen for utformingen av konkurransegrunnlaget, og har ansvaret for at dette fremstår som enhetlig og klart. Innklagede har gitt motstridende opplysninger om hvordan tilbudet skal prises, og dette er en feil som ikke kan repareres etter tilbudsfristens utløp. Det vises til at det i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 er gitt en beskrivelse av oppdraget og hvilke tjenester oppdraget omfatter. I redegjørelsen er ikke utsetting og henting av beholdere omtalt, noe som viser hvor marginal denne delen av tjenesten er, og at den naturlig følger som en del av oppdraget som renovatør. Selv om det i konkurransegrunnlaget punkt 14 er angitt to ulike elementer for hva prisen skal inneholde, fremkommer det også at *"Prisene fylles inn i prisskjema, jfr. vedlegg 3"*. I prisskjemaet er det imidlertid ikke mulig å prise utdeling og innhenting av beholdere. Klager la derfor til grunn at prisene som skulle fylles ut i prisskjemaet også tok høyde for utdeling og innsamling av beholdere. Uklarhetene i konkurransegrunnlaget må derfor føre til at konkurransen avlyses.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (25) Innklagede bestrider at klagers tilbud feilaktig er avvist. Klager har ikke oppgitt pris slik det er forutsatt i konkurransegrunnlaget, noe klager selv fullt ut må ta ansvar for. I konkurransegrunnlaget punkt 14 fremkommer det klart at tilbyderne skal oppgi *"Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere"*. Når klager ikke oppga dette, er det ikke tvil om at klagers tilbud står i direkte strid med konkurransegrunnlagets bestemmelser om hvordan prisen skulle oppgis. Videre fremkommer det klart av prisskjemaet at det er *"restavfall"* som er grunnlaget for prisene. Da man ikke deler ut eller samler inn beholdere med restavfall, kan ikke dette forstås på annen måte enn at dette kun dreier seg om tømning av avfall. Når det i konkurransegrunnlaget fremkommer at det skal oppgis to priser på ulike tjenester, er det ikke en naturlig fortolkning av konkurransegrunnlaget å legge til grunn at prisen på den ene tjenesten også inkluderer den andre. Hadde det vært meningen å be om én samlet pris, hadde innklagede naturlig nok ikke bedt tilbyderne om å oppgi to priser. Ved å lese prisskjemaet i samsvar med konkurransegrunnlaget, må det for en normalt påpasselig tilbyder være klart at prisskjemaet kun omfatter prisen for tømning av beholdere. I motsetning til hva klager anfører, er det for øvrig ikke et alminnelig prinsipp i obligasjonsretten at eventuelle uteglemte poster skal innkalkuleres i andre. Videre gjelder forskriften § 21-2 kun bygge- og anleggsanskaffelser.
- (26) Innklagede bestrider at uklarheten i klagers tilbud er lovlig avklart. Det vises til at innklagede faktisk ikke foretok avklaringer, og heller ikke hadde plikt eller mulighet til å foreta en avklaring. Innklagede gjorde kun klager oppmerksom på at prisen for utdeling og innsamling av beholdere manglet. Dette skjedde per telefon. I forskriften § 21-1 (1) er det oppstilt et forhandlingsforbud, hvor det klart fremkommer at det ikke er anledning til å endre prisen i en åpen anbudskonkurranse. Forhold knyttet til pris ligger i kjernen av de forhold som ikke kan avklares, særlig når prisen alene er

avgjørende for hvem som vinner konkurransen. Uansett om innklagede faktisk hadde foretatt en avklaring, ville denne vært ulovlig, og måtte blitt sett bort fra.

Uklart konkurransegrunnlag

- (27) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget er uklart, og viser til at det i punkt 14 fremkom klart at det både skulle inngis pris for tømning av beholdere og for utdeling og innsamling av beholdere. Når konkurransegrunnlaget leses i sammenheng, fremstår det klart at det ikke foreligger noen uklarhet som medfører avlysningsplikt. Dette støttes ved at ingen av de andre tilbyderne i konkurransen oppfattet det slik at det kun skulle inngis én samlet pris. Tilbyderne var også gitt anledning til å stille spørsmål til konkurransegrunnlaget, og klager benyttet ikke denne muligheten. For øvrig vises det til momentene som fremheves ved anførselen knyttet til avvisning av klagers tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder transport av restavfall som er en tjenesteanskaffelse i kategori 16 "*Kloakk- og avfallstømming, rensing og lignende tjenester*", jf. forskriften vedlegg 5. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4) estimert til mellom 3 millioner og 4 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (29) Det er i foreliggende sak fremsatt flere anførsler. Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å ta stilling til hvorvidt konkurransegrunnlaget er uklart, og hvorvidt dette i så fall medfører en plikt til å avlyse konkurransen. I så fall er det ikke nødvendig å gå inn på de øvrige anførselene fra klager.

Uklart konkurransegrunnlag og plikt til å avlyse konkurransen

- (30) Det er på det rene at klagers tilbud ikke inneholder en separat pris for "*Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere*", og at klager mener at denne prisen er inkludert i de prisene klager har gitt i prisskjemaet som skulle benyttes for å inngi tilbud i konkurransen. Det er videre på det rene at det aktuelle prisskjemaet ikke inneholder egne poster for å inngi pris på "*Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere*", men kun poster for å inngi enhetspris og totalpris for tømning (og evt. innsamling/borttransport) av ulike størrelser av beholdere for restavfall. Det er videre på det rene at det fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 14 at:

"Det skal oppgis priser pr tømning.

1) Pris pr. tømning for de ulike beholdere og kommune ved lokalisering i Eidsmona – Sandane

2) Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere."

- (31) Spørsmålet for klagenemnda blir om konkurransegrunnlaget er uklart med hensyn til hvordan tilbyderne skulle angi "*Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere*".

- (32) Av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 kan det utledes et krav om at konkurransegrunnlaget må være klart og utvetydig. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, se blant annet klagenemndas sak 2009/134 premiss (21) med videre henvisninger. I den saken ble det også presisert at klagenemnda ser på konkurransegrunnlaget i sin helhet, jf. premiss (21). I Fornyings-, administrasjons-, og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fremkommer det på side 115 at: *"Sammen med kunngjøringen skal konkurransegrunnlaget gi leverandørene de opplysninger som er nødvendige for at de skal kunne utarbeide et fullstendig og fullverdig tilbud som har reell mulighet til å nå opp i konkurransen"*.
- (33) Både i EU-domstolens og i klagenemndas praksis er det oppstilt et klarhetskrav knyttet til utformingen av tildelingskriteriene. I dette klarhetskravet ligger det at tildelingskritene må utformes på en tilstrekkelig klar og tilgjengelig måte, slik at de *"allows all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way"*, jf. EU-domstolens dom C-19/00 (*"SIAC Construction"*). Klarhetskravet må forstås på samme måte når det gjelder utformingen av konkurransegrunnlaget generelt, herunder hvordan pris skal angis.
- (34) Videre uttalte klagenemnda i sak 2010/157 premiss (41), som gjaldt en anskaffelse under nasjonal terskelverdi, at: *"Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget må gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud"*. Det var i nevnte sak ikke opplyst i konkurransegrunnlaget noe om budsjетrammen for arrangementet som det skulle inngis tilbud på. Tilsvarende fant klagenemnda i sak 2010/188, som gjaldt en anskaffelse etter forskriften del II, at klarhetskravet til utarbeidelse av konkurransegrunnlaget var brutt ved at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt tilstrekkelig informasjon til at leverandørene hadde et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, jf. premiss (28).
- (35) I klagenemndas sak 2008/25, som gjaldt en anskaffelse etter forskriften del III, fant klagenemnda at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved at innklagede hadde gitt klager feil opplysning om tilbudsfristen i konkurransegrunnlaget som var oversendt klager, og ved dette forhindret rettidig innlevering av tilbud fra klagers side, jf. sakens premiss (34). Da innklagede hadde ansvaret for feilen, kunne ikke klagers tilbud avvises som følge av at det var for sent innkommet. Klagenemnda konstaterte istedenfor at den feil som her var blitt begått, måtte innebære en plikt til å avlyse konkurransen.
- (36) Avgjørelsene som er referert ovenfor, viser at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på, og hvordan dette skal gjøres. Konkurransgrunnlaget må dessuten inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.
- (37) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 beskrives anskaffelsen nærmere, og her fremkommer det bare at:

*"Vi ber om pris pr tømning differensiert på de enkelte **beholderstørrelser og kommune**. I prisen skal alle kostnader være inkludert, jf. prisskjema bilag 3."*

- (38) I konkurransegrunnlaget punkt 14 fremkom det følgende under beskrivelsen av tildelingskriteriene:

"Det skal oppgis priser pr tømming.

- 1) Pris pr. tømming for de ulike beholdere og kommunene ved lokalisering i Eidsmona – Sandane.*
- 2) Pris pr. dunk for utdeling og innsamling av beholdere.*

Prisen skal oppgis eks mva, men med alle andre avgifter. [...] Prisene fylles inn i prisskjema, jfr. vedlegg 3."

- (39) Her er det altså angitt at det skal oppgis pris for både tømming av beholdere og for utdeling og innsamling av beholdere. Imidlertid vises det videre til at *"Prisene skal fylles inn i prisskjema, jfr. vedlegg 3"*. Når det i prisskjemaet ikke er kolonner for disse elementene, kan dette tilsi at prisen skal oppgis samlet. I prisskjemaet var det kun oppstilt kolonner som skulle fylles ut for de forskjellige størrelsene på beholderne for *"Restavfall"*. I følge innklagede taler dette for at det kun er pris for tømming av beholdere som skal prises i dette skjemaet. Klagenemnda bemerker imidlertid at prisskjemaet verken viser eksplisitt til tømming av beholdere eller utdeling og innsamling av beholdere, og at det derfor like gjerne kan legges til grunn at begge priselementene inngår i skjemaet. Videre er det kun i konkurransegrunnlaget punkt 14 det fremkommer at det skal angis pris for utdeling og innsamling av beholdere, og ikke i beskrivelsen av oppdraget i konkurransegrunnlaget, jf. punkt 5.1. I sistnevnte punkt angis det kun at det skal oppgis pris for tømming av beholdere. Når konkurransegrunnlaget leses i sammenheng fremstår det altså som uklart om det skal oppgis to separate priser for tømming av beholdere og utdeling og innsamling av beholdere eller ikke. Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 ved at konkurransegrunnlaget er uklart med hensyn til hvordan prisen på *"utdeling og innsamling av beholdere"* skal angis.
- (40) Det neste spørsmålet for klagenemnda er om det i denne saken foreligger en plikt til å avlyse konkurransen som følge av uklart konkurransegrunnlag.
- (41) Dette er ikke direkte regulert verken i loven eller forskriften om offentlige anskaffelser. Både i klagenemndas sak 2010/157 og 2010/188 ble det imidlertid konstatert avlysningsplikt som følge av at uklart konkurransegrunnlag var en feil som ikke kan repareres.
- (42) Følgende ble uttalt om avlysningsplikten i klagenemndas sak 2011/157:

"(137) Førsteinstansdomstolen oppstilte i sak T-345/03 (premiss 147) følgende retningslinje når en feil i en konkurranse gir plikt til å avlyse konkurransen:

"Ifølge fast retspraksis kan en uregelmæssighed ved proceduren imidlertid kun føre til annullation af den pågældende beslutning, hvis det påvises, at den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat, hvis uregelmæssigheden ikke var forekommet, og sagsøgeren havde haft adgang til de pågældende oplysninger fra begyndelsen af proceduren, samt hvis der var en – om end begrænset – mulighed for, at sagsøgeren kunne have udvirket, at proceduren fik et andet udfald [...]"

(138) Dette utgangspunktet ble fulgt opp i førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-50/05 (premiss 61-62), og klagenemnda har lagt dette til grunn i blant annet sak 2011/171 (premiss 59-61).

(139) Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, med andre ord avholdt leverandører fra å delta."

- (43) Som konstatert over, er konkurransegrunnlaget uklart med hensyn til hvordan prisen på "utdeling og innsamling av beholdere" skal inngis. Dette har medført at klager oppfattet det slik at prisen for dette skulle inkluderes i de priser som skulle inngis i prisskjemaet, mens innklagede har lagt til grunn at denne prisen skulle inngis separat, og som følge av dette avvist klagers tilbud under henvisning til at klager ikke har gjort dette. Slik klagenemnda ser det, kunne konkurransen fått et annet utfall for klagers vedkommende dersom konkurransegrunnlaget hadde vært klart på dette punkt. Uklarheten i konkurransegrunnlaget vedrørende hvordan prisen på "utdeling og innsamling av beholdere" skal angis, er en feil som ikke kan repareres på annen måte enn ved å avlyse konkurransen.

Konklusjon:

Nordfjord Miljøverk IKS har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 ved at konkurransegrunnlaget er uklart med hensyn til hvordan prisen på "utdeling og innsamling av beholdere" skal angis.

Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

Bergen, 24. oktober 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn