



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Statkraft Varme AS
Sluppenveien 6
7005 Trondheim

Deres referanse

Vår referanse
2011/321

Dato
20.12.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

- (1) Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 18. november 2011 vedrørende anskaffelse av mottak, transport og behandling av restavfall til energiutnyttelse. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (2) Renholdsverket AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. april 2011 en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak, transport og behandling av restavfall til energiutnyttelse. Anbudskonkurransen innbefattet eventuell nødvendig drift av mottaksplass samt transport fra mottaksplass til behandling. Som opsjon ønsket også innklagede tilbud på opplasting og transport av brennbart restavfall fra gjenvinningsstasjoner. Anslått verdi av kontrakten var i "*Protokoll for anskaffelser som overstiger 500 000 kroners eks. mva.*" angitt å være 20 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift per år. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 3.11 "*Innlevering*" satt til 25. mai 2011 kl. 09.00.
- (3) Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) avsa avgjørelse 3. oktober 2011 i sak 2011/203, som gjaldt samme anbudskonkurranse og samme parter som nærværende sak. Klagenemnda konkluderte i saken med at innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 første ledd bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør. I avgjørelsen premiss (160) fremgår at dokumentasjonen vedlagt valgte leverandørs tilbud ikke viser at valgte leverandør har evne til å oppfylle kontrakten, og kravet som oppstilles i forskriften § 17-8 annet ledd er ikke oppfylt. Av klagenemndas sak 2011/203 sitt sammendrag følger:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

"Renholdsverket AS gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak av restavfall til energiutnyttelse. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 20-12 første ledd bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør. Klagers øvrige anførsler førte enten ikke frem, eller ble ikke behandlet."

- (4) For redegjørelse av den faktiske bakgrunnen for nærværende anbudskonkurranse frem til klagenemndas avgjørelse 3. oktober 2011, vises det til sak 2011/203.
- (5) Av logg fra anbudskonkurransen datert 19. desember 2011 fremgikk at innklagede 7. oktober 2011 sendte e-post til valgte leverandør om at selskapets tilbud ble avvist. Videre fremgikk at valgte leverandør 12. oktober 2011 sendte e-post til innklagede, hvor valgte leverandør påklaget avvisningen med henvisning til at *"de andre tilbyderne heller ikke har nødvendig dokumentasjon av rådighet over sine underleverandørers kapasitet."*
- (6) Innklagede sendte 7. november 2011 e-post til samtlige tilbydere i konkurransen med informasjon om at konkurransen måtte avlyses. Det hitsettes fra e-posten:

"[...]Renholdsverket har valgt å følge KOFA sin konklusjon i denne saken, og har avvist tilbudet fra Geminor."

Resten av de innkomne tilbudene ble så gjennomgått i lys av KOFA sin konklusjon. Renholdsverket søkte også juridisk bistand fra advokatfirmaet Pacta, som har spesialisert seg på lov og rett i forbindelse med offentlige innkjøp. Deres tolkning tilsier at også de andre tilbyderne må avvises på samme grunnlag som Geminors avvisning, altså at det ikke er lagt ved tilstrekkelig dokumentasjon i form av kontrakter eller forpliktelseserklæringer om rådighet over de angitte ressursene fra underleverandørene.

Dette betyr at denne tilbudskonkurransen må avlyses siden det ikke foreligger gyldige tilbud, og Renholdsverket må gjennomføre en ny tilbudskonkurranse, som vil bli utlyst på Doffin om noen få uker."

- (7) Klager fremsatte ny klage til klagenemnda ved brev 21. november 2011. I klagen fremgår at alle tilbyderne har vedstått seg tilbudet frem til 25. november 2011.
- (8) I e-post av 28. november 2011 fremkom at innklagede vil avvente eventuell ny utlysning av saken frem til klagenemndas avgjørelse.
- (9) I e-post 30. november 2011 fremgikk at klagenemnda sitt sekretariat vil prioritere saken.
- (10) Innklagede innga tilsvaer 19. desember 2011.
- (11) Av anskaffelsesprotokoll 19. desember 2011 fremgikk at det var fem leverandører som hadde levert inn tilbud, og at alle fem ble avvist. Det hitsettes fra protokollen punkt 1.8:

"Geminor ble rangert som beste tilbud, Statkraft klaget, og KOFA avgjorde at tilbudet fra Geminor skulle vært avvist. På bakgrunn av dette fant oppdragsgiver at de andre tilbudene også måtte avvises."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser, ved å avlyse konkurransen, til tross for at klagers tilbud fremdeles var gyldig. Det vises til at innklagede avlyste konkurransen med begrunnelse i at det ikke forelå noen gyldige tilbud. Innklagede avviste alle tilbyderne i konkurransen etter forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 første ledd bokstav a, ettersom det ble lagt til grunn at det ikke for noen av tilbyderne var lagt ved tilstrekkelig dokumentasjon i form av kontrakter, eller forpliktelseserklæringer om rådighet over de angitte ressursene fra underleverandører etter forskriften § 17-8 annet ledd.
- (13) Klager hevder at selskapets tilbud oppfyller kravene stilt i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-8 annet ledd, ettersom tilbudet inneholder de aktuelle krav om opplysninger og dokumentasjon av rådighet over underleverandørers kapasitet. Det vises blant annet til at klager ikke benytter underleverandører til å gjennomføre oppdraget, samt at Retura TRV ikke er en relevant underleverandør for klager. Videre vises til at håndtering av bunnaske og utskilling av metaller fra denne, ikke er en del av oppdragsbeskrivelsen i konkurransen. Ingen av de øvrige tilbyderne har etter klagers kjennskap nevnt selskaper som håndterer bunnasken som en underleverandør i denne konkurransen.
- (14) Videre viser klager til at foreliggende sak er prinsipielt viktig, da den vil ha betydning for fremtidige anbudskonkurranser, og derfor er av forretningsmessig betydning. Det reises spørsmål om hvor grensen for å dokumentere kapasitet til underleverandører skal trekkes.
- (15) Klager forbeholder seg retten til å kreve positiv og/eller negativ kontraktsinteresse erstattet.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider klagers anførsler, og erkjenner ikke det brudd på regelverket som klager har anført, ettersom alle tilbudene er rettmessig avvist.
- (17) Innklagede hevder at selskapet står igjen uten gyldige tilbud, idet konkurransen er totalt mislykket og må igangsettes på nytt, ettersom ingen av tilbyderne er kvalifiserte. Det vises til at bruken av begrepet avlysning er noe upresist, men at innklagede har ønsket å gå i gang med en ny konkurranse.
- (18) Det hevdes at innklagede rettmessig har avvist klager med grunnlag i forskriften § 17-8 annet ledd, idet klager ikke selv oppfyller kvalifikasjonskravene, men er avhengig av samarbeid med Retura TRV, og Jørgensen og NOAH for å bli ansett som kvalifisert. Det vises blant annet til at kravet om kapasitet også må gjelde håndtering av restproduktene etter de forlater forbrenningsanlegget. Videre vises det til at klager ikke selv har kapasitet til å håndtere arbeidene med restproduktene.
- (19) Innklagede viser også til at valgte leverandør har opplyst både hvem som transporterer og sortere bunnasken, og hva bunnasken brukes til. Det påpekes at konkurransegrunnlaget inneholder egne formularer hvor transport og sortering av

bunnasken skal oppføres, imidlertid var det ingen av tilbyderne som hadde med den nødvendige dokumentasjon over råderetten.

Sekretariatets vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen ble brakt inn for klagenemnda 2 uker etter avslutsningen av konkurransen, og er dermed rettidig. Anskaffelsen gjelder mottak, transport og behandling av restavfall til energiutnyttelse, og er en tjenesteanskaffelse i kategori 16 med anslått kontraktsverdi på ca. 20 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift per år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften § 2-1 fjerde ledd jf. § 2-2 første ledd.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig avlysning

- (21) Sekretariatet tar først stilling til klagers anførsel vedørende ulovlig avlysning. Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser, ved å avlyse konkurransen, til tross for at det etter klagers oppfatning gjensvarte et gyldig tilbud i konkurransen, klagers eget. Sekretariatet forstår denne anførsel dithen at det menes at innklagede har brutt forskriften § 22-1 første ledd ved ikke å ha saklig grunn for å avlyse konkurransen. Videre legges det også til grunn at det fra klagers side ikke er påstått at også øvrige leverandører er urettmessig avvist.
- (22) Av forskriften § 22-1 første ledd følger det at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en "*saklig grunn*".
- (23) Av klagenemndas praksis følger det at det må foreligge en objektiv sett saklig grunn til avlysning, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/135 og 2008/216 premiss (39). Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt, beror på en helhetsvurdering av omstendighetene som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 side 473, Rt. 2007 side 983, sml. klagenemndas saker 2008/60 premiss (29) og 2008/216 premiss (34). Klagenemndas praksis viser at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, sml. også Rt. 2001 side 473. I klagenemndas avgjørelse i sak 2008/216 premiss (36) er det vist til EU- domstolens sak C-27/98, hvor det ble lagt til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud som ikke skal avvises. Domstolen begrunner dette med at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan sammenligne prisene eller de øvrige elementene i de forskjellige tilbudene. Også klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare foreligger ett tilbud, se for eksempel klagenemndas saker 2003/75 og 2008/24. I sak 2003/75 ble det uttalt at hensynet til effektiv konkurranse ofte vil være praktisk umulig å ivareta når kun en leverandør kvalifiserer seg.
- (24) I nærværende sak er partene uenige om klager skulle vært avvist som følge av mangelfull dokumentasjon på rådighet over eventuelle underleverandørers ressurser. Dette innebærer at det er uenighet om det foreligger ett (klagers), eller ingen tilbud i konkurransen. Ut fra det ovennevnte er det ikke grunn til å ta stilling til om klager er rettmessig avvist etter forskriften § 20-12 første ledd bokstav a, idet sekretariatet uansett finner at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen under henvisning til mangelfull konkurranse. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (25) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforakriften § 9.

Med vennlig hilsen

Erlend Pedersen
gruppeleder (e.f.)

Silje Bruun Teigen
rådgiver