



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Eurojuris Nord Harstad AS
Postboks 866
9488 HARSTAD
Norge
Ottar Nilsen

Deres referanse

Vår referanse
2012/0229-10

Dato:
12.12.2012

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 7. november 2012 vedrørende anskaffelse av transport og sluttbehandling av restavfall. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) VEFAS IKS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. august 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av transport og sluttbehandling av restavfall. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til å være på kroner 5-7 millioner eks. mva. per år. Kontrakten er angitt å ha en varighet på tre år, med mulighet for forlengelse i ett år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 28. september 2012.
- (2) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 1 at anskaffelsen skulle gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.4 "*Mengder*" at:

"Basert på historiske tall og utsorteringsgrad er forventet mengde ca. 7000 tonn pr. år. Faktiske mengder kan endres som følge av faktorer oppdragsgiver ikke har kontroll

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

med. Dette kan være endringer av nasjonalt regelverk, eller andre reguleringer som kan medføre både økning, men også reduksjon i mengde. Oppdragsgiver forplikter seg ut fra dette ikke til å levere ett fast gitt volum."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 7.1 "Tildelingskriterier" fremgikk det at oppdragsgiver ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra følgende tildelingskriterier:

"Pris: Maks 60 %

Teknisk løsning Maks 20 %

Miljø Maks 20 %"

- (5) Om vekting og utregning av tildelingskriteriet pris fremkom det i konkurransegrunnlaget punkt 7.2.1 at:

"Vefas vil vurdere totalpris for transport og behandling av avfallet, samt andre direkte kostnader som måtte fremgå av anbudsbesvarelsene. Laveste anbudspris får 60 prosentpoeng. Øvrig vekting av pris vil bli gjort ut fra følgende formel:

<i>(6) Laveste anbudspris/ N-anbud X 60 % = N-anbuds prosentpoeng</i>

- (7) I konkurransegrunnlagets vedlegg 1 fulgte et skjema som tilbyderne skulle fylle ut. Dette skjemaet var utformet på følgende måte:

<i>Tjeneste</i>	<i>Mengde/år</i>	<i>Enhetspris/tonn</i>	<i>Totalsum</i>
<i>Transport av restavfall</i>	<i>7000 tonn</i>		
<i>Behandling av restavfall</i>	<i>7000 tonn</i>		

- (8) Innklagede mottok fire tilbud innen tilbudsfristen 28. september 2012, heriblant fra HRS Miljø IKS (heretter kalt klager) og Geminor AS.
- (9) I tilbudet fra klager stod det at "[a]vslutningsvis gjøres det oppmerksom på at vårt tilbud er priset ihht konkurransegrunnlagets ordlyd. Sluttbehandlingsavgiften er å oppfatte som fast, mens transportprisen er bygget på en gjennomsnittsberegning av nyttelasten pr. mnd."
- (10) Ved klagers tilbud fulgte konkurransegrunnlagets vedlegg 1, utfyllt av klager på følgende måte:

Tjeneste	Mengde/år	Enhetspris/tonn	Totalsum
<i>Transport av restavfall</i>	<i>7000 tonn</i>	<i>436,- (gitt 28 tonn/snitt)*</i>	<i>3 052 000,-</i>
<i>Behandling av restavfall</i>	<i>7000 tonn</i>	<i>502,-</i>	<i>3 514 000,-</i>
			<i>6 566 000,-</i>

Prismatrise transport.

Ved snittvekt 27 tonn: 453,- pr/tonn

Ved snittvekt 26 tonn: 471,- pr/tonn

Ved snittvekt 25 tonn: 491,- pr/tonn

Ved snittvekt 24 tonn: 513,- pr/tonn

Ved snittvekt 23 tonn: 536,- pr/tonn

Ved snittvekt 22 tonn: 562,- pr/tonn

Ved snittvekt 21 tonn: 590,- pr/tonn

Ved snittvekt 20 tonn: 621,- pr/tonn

Ved snittlaster lavere enn 20 tonn vil måtte være gjenstand for pris diskusjon."

- (11) Innklagede sendte et brev til tilbyderne den 15. oktober 2012, i dette brevet fremkom det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Geminor AS (heretter kalt valgte leverandør), og at tilbudet fra klager ble forkastet "*på grunn av forbehold i anbudet*". Vedlagt dette brevet fulgte anskaffelsesprotokollen samt en juridisk vurdering fra Myhre & Co Advokatfirma AS.
- (12) I anskaffelsesprotokollen fremkom det i punkt 1.12 som begrunnelse for valg av leverandør at "*[a]nbudet tildeles Geminor AS ut fra at deres anbud vurderes som det økonomisk mest fordelaktige for Vefas IKS ihht. Tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget.*"
- (13) Videre fremkom det i anskaffelsesprotokollen punkt 1.14 under overskriften "*Hvis relevant, andre vesentlige forhold og viktige beslutninger som er av betydning for konkurransen*" at innklagede hadde merket seg at det var veldig mange (rundt 20) som hadde vist interesse for konkurransen, men at det kun kom inn fire tilbud. Innklagede har fått tilbakemelding fra flere aktuelle tilbydere om at det ikke har lyktes dem å få en leveringsavtale med Tekniska Verken i Kiruna, fordi verket hadde inngått avtale med klager på hele sin kapasitet. Innklagede var betenkt over dette, da det kunne slå negativt ut på konkurransesituasjonen.
- (14) Videre fremkom det under samme overskrift at i og med at klager hadde tatt et forbehold om en gjennomsnittlig last på 28 tonn per bil per måned, samt vedlagt en

egen prismatrise, var det bedt om en juridisk vurdering av om klager hadde tatt et ulovlig forbehold. Konklusjonen til advokat Myhre var klar på at klager hadde tatt et forbehold som medførte at tilbudet skulle forkastes. Dette tok Innklagede til følge og tilbudet fra klager ble derfor forkastet.

- (15) Klager sendte en klage på avisningsbeslutningen til innklagede den 25. oktober 2012. I denne klagen ble det for det første påpekt at det i konkurransegrunnlaget var vist til forskriften del I og II. Det korrekte hadde vært å henvise til forskriften del I og III, da sluttbehandling av avfall tilhører kategori 16 som regnes som en prioritert tjeneste. Videre påpekte klager blant annet at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise tilbudet fra klager.
- (16) Innklagede svarte på denne klage i brev datert 29. oktober 2012. Innklagede opplyste i dette brevet at henvisningen til forskriften del II berodde på en skrivefeil, og at det riktige ville være å vise til forskriften del I og III. Konkurransen og klagen ville bli behandlet etter forskriften del I og III. Videre opprettholder innklagede i dette brevet sin avvisning av klagers tilbud.
- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 12. november 2012.
- (18) Klager begjærte midlertidig forføyning. I kjennelse fra Alta tingrett av 15. november 2012 ble klagers krav om midlertidig forføyning tatt til følge. Innklagede fikk forbud mot å inngå kontrakt med valgte leverandør for transport og behandling av restavfall.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d ved å avvise tilbudet fra klager med den begrunnelse at klager hadde tatt et vesentlig forbehold ved å oppgi ulik pris for transport av restavfall avhengig av snittvekten per lass. Klager bestrider at tilbudet inneholdt forbehold fra konkurransegrunnlaget og hevder at det kun forelå en presisering om at prisen for transport av restavfall ville avhenge av snittvekten. Dersom klagers presisering måtte anses som et forbehold, bestrider klager at dette kunne anses som vesentlig, ettersom erfaring fra 2011 og 2012 bekrefter at gjennomsnittlig lass per måned vil være på 28 tonn, og det er innklagede som selv skal stå for lasting, og dermed kan bestemme hvor mye som lastes på hver enkelt lastebil. Dersom det unntaksvis skulle være mindre avfall til levering, har en i samsvar med konkurransegrunnlaget, mulighet for å lagre avfall i containere hos innklagede for senere henting.
- (20) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav f ved å avvise klagers tilbud med den begrunnelse at klagers varierende priser for transport av restavfall avhengig av snittvekt per lass per måned, medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det vises til at klagers prismatrise viser at så lenge lassene er på over 24 tonn i gjennomsnitt per måned, var klagers tilbud det mest gunstige tilbudet. Klagers tilbud er dermed direkte sammenlignbart med konkurrentenes tilbud, og etterlater ingen tvil om hvordan tilbudene skal rangeres.

- (21) Klager bestrider at tilbudet fra klager uansett måtte avvises fra konkurransen fordi det måtte anses som ufullstendig siden prisen for lasting av mindre enn 20 tonn på hver bil ikke var priset i tilbudet. Det vises til at det ikke er sannsynlig med en gjennomsnittlig last på under 20 tonn over en hel måned.

Utenforliggende hensyn

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å legge vekt på utenforliggende hensyn ved avvisningen av klagers tilbud. Det vises til at det fremgikk av anskaffelsesprotokollen at det at klager hadde inngått en avtale med Tekniska Verken som medførte at verket hadde begrenset ledig kapasitet til å ta imot avfall fra andre tilbydere ble ansett som vesentlig av innklagede og ble vektlagt ved avvisningen og ved valg av leverandør.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (23) Innklagede bestrider å ha brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d ved å avvise tilbudet fra klager, ettersom klager i sitt tilbud valgte å oppgi ni forskjellige enhetspriser for transport av restavfall, avhengig av hvilke gjennomsnittsvekt som ble lastet på bilen per måned, og opplyse om at ved en gjennomsnittsvekt på under 20 tonn ble det forutsatt etterfølgende forhandlinger om prisen. Dette må anses som et vesentlig forbehold mot konkurransegrunnlaget. Innklagede viser og til at det er uaktuelt å mellomlagre avfall i containere med det formål å holde gjennomsnittsvekten til transportøren på et bestemt nivå. Videre viser innklagede til at det ikke stemmer at statistikk fra 2011 og 2012 viser at gjennomsnittet var på 28 tonn per bil per måned. Tvert imot viser statistikken til at gjennomsnittet har variert fra 11 tonn til langt over 30 tonn.
- (24) Innklagede bestrider å ha brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav f ved å avvise tilbudet fra klager, ettersom klagers forehold om ulike priser for restavfall avhengig av hvilke gjennomsnittsvekt som ble lastet på bilen, medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de andre tilbudene. Det vises til at dersom lasten ble mindre enn 24 tonn i gjennomsnitt per måned var ikke klagers tilbud det laveste.
- (25) Innklagede hevder at tilbudet fra klager uansett måtte avvises fra konkurransen da det måtte anses som ufullstendig siden prisen for lasting av mindre enn 20 tonn på hver bil ikke var oppgitt i tilbudet. Statistikken fra 2011 og 2012 viser at det er sannsynlig at gjennomsnittet enkelte måneder kan komme på under 20 tonn.
- (26) Innklagede hevder og å kunne ha avvist tilbudet fra klager med hjemmel i forskriften § 21-13 (2) bokstav a, da klagers forbehold ikke var ubetydelig. Det vises til at forbeholdet i tilbudet fra klager endrer kontraktsrisikoen, påvirker oppdragsgivers frihet i gjennomføringen av kontrakten og gir klager en klar konkurransefordel. Prisingen er dessuten i strid med konkurransegrunnlaget.

Utenforliggende hensyn

- (27) Innklagede bestrider at klagers avtale med Tekniska Verken om levering av avfall, som medførte at verket hadde begrenset ledig kapasitet til å ta imot avfall fra andre tilbydere hadde noe med avvisningen av tilbudet fra klager å gjøre.

Sekretariatets vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder transport og sluttbehandling av restavfall som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 16. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til å være på kroner 5-7 millioner eks. mva. per år. 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. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klagers tilbud

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav f ved å avvise klagers tilbud med den begrunnelse at klagers varierende priser for transport av restavfall avhengig av snittvekt per lass per måned, medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene
- (30) Det fremkommer av § 20-13 (1) bokstav f at et tilbud skal avvises dersom det *"på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene."*
- (31) Klagenemnda har i sin tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når et forbehold i et tilbud *"kan medføre tvil"* om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2009/281 premiss (21). Det samme er lagt til grunn i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra 2006 side 165, hvor det uttales: *"Det skal i praksis ofte lite til før dette vilkåret er oppfylt."* Når det gjelder vilkåret om bedømmelsestvil *"i forhold til de øvrige tilbudene"*, er det i klagenemndas praksis slått fast at det *"...kun foreligger en avvisningsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene"*, jf. klagenemndas saker 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25). Dette er også lagt til grunn i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder side 166. Det avgjørende for om klagers tilbud er rettmessig avvist, blir dermed om forbeholdet knyttet til klagers prissetting kan ha hatt betydning for rangeringen av klagers tilbud.
- (32) Det fremkommer av konkurransegrunnlagets vedlegg 1 at det skulle oppgis én enhetspris per tonn for transport av restavfall. Klager har i sitt tilbud inngitt ni forskjellige priser per tonn avhengig av hvor mange tonn som gjennomsnittlig blir lastet på den enkelte bil per måned. Dersom det en måned var en gjennomsnittsvekt på under 20 tonn per bil var det i klagers tilbud opplyst at prisen for dette måtte være gjenstand for diskusjon.
- (33) Klager og innklagede synes enige om at dersom gjennomsnittlig last per bil per måned var på over 24 tonn ville tilbudet fra klager være det laveste, men dersom gjennomsnittlig last per bil per måned var på under 24 tonn, ville tilbudene fra andre leverandører være lavere.
- (34) Klager hevder at statistikk fra 2011 og 2012 viser at gjennomsnittlig vekt per bil per måned har ligget på 28 tonn. Innklagede hevder derimot at statistikken viser at den gjennomsnittlige vekten per last per måned har variert fra 11 tonn til godt over 30 tonn.

- (35) Det fremkommer også klart av konkurransegrunnlaget punkt 5.4 at innklagede ikke ønsket å forplikte seg til å levere en fast mengde avfall per år, og at mengden avfall kan endre seg i fremtiden i forhold til tidligere år.
- (36) Da det fremstår som usikkert hvor mye avfall det gjennomsnittlig vil lastes på hver bil per måned, og klagers tilbud kun vil være det laveste i det tilfellet at dette gjennomsnittet er på over 24 tonn, medfører forbehold i klagers tilbud tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de andre tilbudene. Innklagede hadde dermed en plikt til å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f, og klagers anførsel fører ikke frem.
- (37) Klager har også anført at innklagede har vektlagt utenforliggende hensyn i vurderingen av om tilbudet fra klager skulle avvises ved at innklagede i avvisningsvurderingen har tatt hensyn til at klager hadde inngått en avtale med Tekniska Verken som medførte at verket hadde begrenset ledig kapasitet til å ta imot avfall fra andre tilbydere. Innklagede har bestridd at det ble tatt hensyn til dette i avvisningsvurderingen. Hvorvidt innklagede har vektlagt klagers avtale med Tekniska Verken, har ingen betydning for plikten innklagede hadde til å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f.
- (38) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Erlend Pedersen
gruppeleder (e.f.)

Tine Sæbø
førstekonsulent