



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Stena Recycling AS
Tretjerdalsveien 70, Pb 63
2017 FROGNER
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2013/0124-8

Dato:
27.11.2014

Avvising av klage på offentlig anskaffing

Sekretariatet til Klagenemnda for offentlige anskaffingar viser til klagen dykkar av 22. oktober 2013 på offentlig anskaffing av tenester for oppsamling og slutthandsaming av smitte- og risikoavfall. Vi har avgjort å avvise klagen som ikkje føremålstenleg ("*uhensiktsmessig*") for handsaming i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffingar § 9. Grunnen er at klagen klart ikkje kan føre fram, fordi innklaga hadde rett til å avlyse konkurransen når det berre stod igjen eitt tilbod i konkurransen.

Nedanfor følgjer ei oppsummering av bakgrunnen for klagen og vurderinga til sekretariatet.

Bakgrunn:

- (1) Oslo Universitetssykehus HF (heretter innklaga) kunngjorde 14. juni 2013 ein open anbudskonkurranse for anskaffing av kontrakt om oppsamling og sluttbehandling av smitte- og risikoavfall. Verdien av anskaffinga var i intensjonskunngjeringa punkt II.2.1) angitt å vere 24 000 000 kroner. Tilbudsfristen var angitt til 20. august 2013.
- (2) Føremålet med anskaffinga var ifølgje konkurransegrunnlaget punkt 1.2. "*Anskaffelsens formål og omfang*" å dekkje behovet til innklaga for tenester for henting, transport og slutthandsaming av smitte- og risikoavfall, som bestod av amputat og medisinsk avfall.
- (3) Innklaga har forklart at det var sett som sannsynleg at det berre fanst eitt firma som kunne handtere den aktuelle avfallstype frå sjukehuset. Innklaga kunngjorde likevel 10. april 2013 ei intensjonskunngjering. Stena Recycling AS (heretter klagar) kontakta innklaga og meldte si interesse, og det vart halde eit møte der det vart avklart at klagar kunne vere i stand til å levere den etterspurte tenesta. Etter dette kunngjorde innklaga ein open anbudskonkurranse etter forskrifta del I og III.
- (4) Innklaga fekk to tilbod i konkurransen, frå klagar og frå Energigjenvinningsetaten i Oslo kommune (EGE) (heretter opphavleg valde leverandør). Sistnemnde leverandør vart tildelt kontrakten.

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

- (5) Etter å ha fått innsyn i tilbudet frå opphavleg valde leverandør, sendte klagar 30. september 2013 ein e-post med klage på tildelinga av kontrakten direkte til innklaga. Klagar meinte at opphavleg valde leverandør ikkje hadde lagt fram all naudsynt dokumentasjon for å vise at kvalifikasjonskrava var oppfylte. Det vart vist til at leverandøren korkje hadde dokumentert at tilbode personell hadde opplæring eller erfaring med handtering av ADR-gods (farleg gods), at personell eller underleverandør hadde sikkerheitsrådgjevarutdanning, eller at sjåførane hadde ADR-bevis for dei aktuelle varene. I tillegg viste klagar til at opphavleg valde leverandør heller ikkje hadde lagt fram forpliktingserklæring som viste at leverandøren hadde rådevelde over det tilbodne materialet, som hørte til eit anna firma, og at forpliktingserklæringa for underleverandørar berre var undertekna av tilbydaren, ikkje underleverandøren.
- (6) I brev datert 10. oktober 2013 opplyste innklaga at klagen vart teken til følgje. Innklaga opplyste at opphavleg valde leverandør mangla ein del av den etterspurde dokumentasjonen og derfor ville bli avvist etter forskrifta § 20-12 (1) bokstav a. Frå svaret på klagen vert følgjande gjeve att:

"Etter dette gjenstår kun én tilbyder. Det følger både av KOFA-praksis (se bl.a. KOFA 2003/75) og praksis fra EF-domstolen at det er saklig grunn for å avlyse konkurransen når kun én tilbyder gjenstår, da det ikke er mulig å ivareta hensynet til en effektiv konkurranse. Vi avlyser derfor anskaffelsen i henhold til FOA § 22-1 (1).

Oslo universitetssykehus vil i nær fremtid kunngjøre denne anskaffelsen på nytt, og vi imøteser tilbud fra dere."

- (7) Saka vart teken inn for Klagenemnda for offentlege anskaffingar i klage datert 22. oktober 2013.

Sekretariatet si vurdering:

- (8) Klagar har delteke i konkurransen, og har sakleg klageinteresse, jf. klagenemndsforskrifta § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjeld anskaffing av oppsamling og slutthandsaming av smitte- og risikoavfall frå sjukehus, som er ei prioritert tenesteanskaffing i kategori 16. Verdien av anskaffinga er ikkje opplyst i kunngjeringa i Doffin, men var i intensjonskunngjeringa angitt å vere 24 000 000 kroner. I tillegg til lov om offentlege anskaffingar følgjer anskaffinga etter den opplyste arten og verdien forskrift om offentlege anskaffingar av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskrifta §§ 2-1 og 2-2.

Avlysing av konkurransen

- (9) Klagar har ført fram at innklaga har brote regelverket ved å avlyse konkurransen. Klagar meiner at det ikkje var sakleg grunn til å avlyse konkurransen, fordi det er relativt lite som skil dei to tilboda, slik at omsynet til effektiv konkurranse er ivareteke, sjølv om berre éin leverandør oppfylte kvalifikasjonskrava.
- (10) Det følgjer av forskrifta § 22-1 (1) at oppdragsgjevar kan avlyse konkurransen med omgåande verknad dersom det er "*saklig grunn*" til det. Om vilkåret er oppfylt, må ein avgjere ut frå ei konkret heilskapsvurdering der ein tek omsyn til kva omstende som utløyste avlysinga og kva oppdragsgjevar ynskte å oppnå med avlysinga, jf. Rt. 2001 s. 473, Rt. 2007 s. 983 og klagenemndssakene 2008/60 premiss (29) og 2008/216 premiss (34). Økonomiske og andre forretningsmessige omsyn må generelt sjåast som legitime å

vektleggje i vurderinga, sjå Rt. 2001 s. 473. I klagenemndspraksisen er det lagt til grunn ein låg terskel for kva som kan vere sakleg grunn til avlysing av ein konkurranse, noko som også synast å leggjast til grunn av Høgsterett i Rt. 2001 s. 473.

- (11) Avlysinga vart grunngjeve med manglande konkurranse, fordi det berre var tilbodet til klagar som stod igjen i konkurransen etter at opphavleg valde leverandør var blitt avvist. Det er lagt til grunn i praksis frå EU-domstolen at ein konkurranse kan avlysast dersom det berre føreligg eitt tilbod som ikkje skal avvisast, jf. sak C-27/98 (Metalmeccanica). Dette grunngav domstolen med at oppdragsgjevar i slike tilfelle ikkje kan samanlikne prisane eller dei andre elementa i dei forskjellige tilboda.
- (12) Klagar har imidlertid vist til at det er relativt lite som skil dei to tilboda, slik at omsynet til effektiv konkurranse er ivareteke, sjølv om berre éin leverandør oppfylte kvalifikasjonskrava. Spørsmålet vert om det at avvisinga og etterfølgjande avlysing skjer etter at kontrakt er tildelt, fører til at innklaga ikkje har "*saklig grunn*" til å avlyse.
- (13) I sak 2010/171 la klagenemnda til grunn at oppdragsgjevar har avlysningsrett når det berre er éin tilbydar som er kvalifisert, sjølv om tilbodet var "*gjennomarbeidet og markedsmessig*", sjå premiss (32). Også sak 2008/24 gjaldt eit tilfelle der berre eitt tilbod stod igjen etter at dei andre tilboda vart avviste. I desse sakene tok ikkje nemnda stilling til om dei avviste tilboda kunne ha bidrege til å gje eit inntrykk av marknaden og på denne måten varetok omsynet til konkurranse. Dette tilseier at sjølv om innklaga i føreliggjande sak vurderte fleire enn eitt tilbod, kan ikkje dette stengje for retten til å avlyse konkurransen, jf. avgjerda til leiar av klagenemnda sak 2013/89. Etter dette kan ikkje det at avvisinga og etterfølgjande avlysing skjedde etter at kontrakten vart tildelt, føre til at innklaga ikkje hadde "*saklig grunn*" til å avlyse.
- (14) På denne bakgrunnen finn sekretariatet at innklaga hadde sakleg grunn til å avlyse konkurransen. Påstanden fører ikkje fram.
- (15) Sidan innklaga hadde rett til å avlyse konkurransen, kan ikkje påstanden frå klagar om at innklaga har brote kravet til likehandsaming i lova § 5 føre fram.
- (16) Ettersom sekretariatet har funne at klagen klart ikkje kan føre fram, vert den avvist som ikkje føremålstenleg for handsaming i klagenemnda, jf. klagenemndforskrifta § 9.

Klagetilgang:

De kan klage på avvisingsavgjerda til leiaren av klagenemnda, som i så fall vil avgjere om klagenemnda likevel skal behandle klagen. Ein slik klage må liggje føre seinast tre verkedagar etter at de er blitt kjent med avvisingsavgjerda. Sidan denne fristen er fastsett i klagenemndforskrifta § 9, har korkje sekretariatet eller leiaren av klagenemnda myndigheit til å utsetje klagefristen. Klagen sendast til sekretariatet, som vil vidareseende denne til leiaren av klagenemnda for handsaming.

Erlend Pedersen
Direktør/sekretariatsleiar

Tone Sverresdotter Knapstad
førstekonsulent

Kopi til: Oslo Universitetssykehus HF