



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Vesentlig endring av kontrakt.

Innklagede gjennomførte to åpne anbudskonkurranser om håndtering av henholdsvis næringsavfall og husholdningsavfall. I konkurransen om håndtering av husholdningsavfall tok valgte leverandør et forbehold om at prisene var basert på avfallsmengden i konkurransegrunnlaget. På bakgrunn av dette forbeholdet avtalte innklagede og valgte leverandør en årlig prisreguleringsadgang, og et minstevolum for fakturering det første kontraktsåret. Ved forliksavtale ble partene senere enige om minstevolum for fakturering også for resten av kontraktsperioden. Det ble også avtalt at valgte leverandør – innenfor de avtalte faktureringsgrunnlagene – skulle håndtere innklagedes næringsavfall. Klagenemnda kom til at den delen av klagen som gjaldt valgte leverandørs forbehold var foreldet. Nemnda fant videre at de senere endringene i kontrakten ikke kunne likestilles med inngåelse av en ny kontrakt som skulle vært kunngjort etter reglene om kunngjøring. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte således ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 23. juni 2015 i sak 2015/20

Klager: Masternes Gjenvinning AS

Innklaget: Vadsø kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Tone Kleven og Jakob Wahl.

Bakgrunn:

- (1) Finnut Consult AS kunngjorde 27. mai og 1. juli 2011 – på vegne av Vadsø kommune (heretter innklagede) – to åpne anbudskonkurranser for håndtering av henholdsvis næringsavfall og husholdningsavfall. Tilbudsfrist ble i kunngjøringene punkt IV.3.2) angitt til 28. juni og 11. august 2011.
- (2) For konkurransen som gjaldt husholdningsavfall skulle kontrakt tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, med vekt på "Pris" (60 %), "Kvalitet og leveranse" (30 %) og "Miljø" (10 %).
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.6 ble det angitt at "[p]risene skal oppgis i NOK pr. tonn behandlet avfall". Opplysninger om avfallsmengden tidligere år ble gitt i punkt 1.2.1:

*"Avfallsmengden i 2010 var **2400 tonn** fordelt på **2706 beholdere** og er kategorisert som restavfall da det ikke tidligere har vært kildesortering på avfallet. I tillegg leveres det **570 tonn** usortert husholdningsavfall til miljøstasjonen i Vadsø. Utover dette leveres **236 tonn** papp og papir fordelt på husstandene og miljøstasjonen."*
- (4) Kontrakten var en stykkpriskontrakt, hvor innklagede ville betale for antall tonn behandlet avfall. Risikoen for avfallsmengden, lå dermed på leverandørene.

- (5) Blant leverandørene som leverte tilbud på håndtering av husholdningsavfall, var Norsk Gjenvinning Renovasjon AS (heretter valgte leverandør) og Masternes Gjenvinning AS (heretter klager). I tilbudet fra valgte leverandør gikk følgende forbehold frem:

"Prisene er beregnet ut fra oppgitt tonnasje i anbudsgrunnlagets punkt 1.2.1 [...] Når det gjelder restavfall tas det forbehold om at det innføres en indeksert reguleringsmulighet som gir en risikodeling mellom partene ved ekstraordinære hendelser i markedet".

- (6) Kontrakt med valgte leverandør, for perioden 1. juli 2012 – 30. juni 2017, ble inngått 1. november 2011. Valgte leverandørs forbehold resulterte i at det ble tatt inn et eget punkt 5.2.1 som ikke var med i det opprinnelige avtaleutkastet:

"Kontrakten forutsetter at avfallsmengden første år er 3200 tonn. Dette inkludert alle fraksjoner. Denne tonnasje er å oppfatte som minimums faktureringsgrunnlag for første kontraktsår.

Prisjusteringer av restavfall og papir basert for markedsmessige endringer og endringer i tonnasje er grunnlag for reforhandlinger på årlig [basis] pr 01 juli. Første gang 01 juli 2013."

- (7) Som følge av at mengden husholdningsavfall ble mindre enn den historiske mengden oppgitt i konkurransegrunnlaget, oppsto det uenigheter mellom innklagede og valgte leverandør om faktureringsgrunnlaget. Etter forhandlinger inngikk partene deretter, 11. november 2014, et forlik med følgende innhold:

"2. Gjeldende avtale endres som følger:

2.1. For perioden 1. juli 2013 til 1. juli 2014.

2.1.1. Det skal i denne perioden faktureres 2800 tonn.

2.1.2. Tonnasjeprisen skal kun være indeksregulert for faktisk tonnasje i perioden 1. juli 2013 til 1. juli 2014. For øvrig gjelder tonnasjeprisen inntatt i tilbudet.

2.2. For perioden 1. juli 2014 og ut avtaleperioden.

2.2.1. I denne perioden skal det faktureres minimum 2900 tonn.

2.2.2. Tonnasjeprisen skal kun være indeksregulert for faktisk tonnasje for hvert driftsår. For øvrig gjelder tonnasjeprisen inntatt i tilbudet.

2.2.3. Indeksregulering skal videre skje fra 1. juli hvert år, første gang 1. juli 2015, for å kunne samkjøre dato for indeksregulering med telledato for faktisk tonnasje.

3. Kontrakten 5.2.1 andre avsnitt utgår."

- (8) Konkurransen om håndtering av næringsavfall, ble vunnet av klager, som inngikk kontrakt med innklagede rundt 15. juli 2011. Kontrakten skulle ifølge konkurransegrunnlaget punkt 1.1 gjelde for perioden september 2011 – august 2014. Innklagede informerte klager 1. september 2014 om at kontrakten ville bli forlenget til

31. desember 2014, og at det deretter ville bli kunngjort en ny konkurranse for håndtering av næringsavfall.

- (9) Ved brev datert 16. desember 2014 skrev innklagede imidlertid at det kommunale næringsavfallet ville bli håndtert innenfor eksisterende avtaler:

"[...] Vadsø kommune har ved utgåelse av kontrakt om innsamling av kommunalt næringsavfall med Masternes Transport, valgt å håndtere det kommunale næringsavfall i egen regi og innenfor allerede eksisterende avtaler.

Vadsø kommune har i 2012 inngått en avtale på avfallshåndtering av 3200 tonn avfall hos Norsk Gjenvinning. Denne rammen er pr. november 2014 endret til 2900 tonn. Av denne rammen benyttes i dag ca. 2400 tonn til husholdningsavfall og ca. 250 tonn til næringsavfall fra private virksomheter i kommunen. Fra 1. januar 2015 og i ut 2016 vil Vadsø kommune benytte seg av den resterende rammen på ca. 250 tonn til håndtering av ca. 110 tonn kommunalt næringsavfall [...]"

- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 23. februar 2015.

- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. juni 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Dagens avtale mellom innklagede og valgte leverandør om håndtering av avfall, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Avtalen går ut på at valgte leverandør skal håndtere både husholdningsavfall og næringsavfall. Avtalen som ble kunngjort 1. juli 2011, gikk utelukkende ut på håndtering av husholdningsavfall. I den kunngjorte avtalen hadde leverandøren videre risikoen for mengden husholdningsavfall, mens avtalen nå er basert på et garantert minstevolum. Dagens avtale utgjør dermed en vesentlig endring av den avtalen som ble kunngjort i 2011. Eventuelt må avtalen om håndtering av næringsavfall anses som en helt ny avtale, som ikke har vært gjenstand for konkurranse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Det er ikke inngått en ny avtale om håndtering av næringsavfall i anskaffelsesrettslig forstand. Avtalen med valgte leverandør er heller ikke vesentlig endret. Valgte leverandør har påtatt seg å håndtere innklagedes næringsavfall vederlagsfritt, og det foreligger dermed ingen gjensidig bebyrdende kontrakt. Innklagede betaler valgte leverandør utelukkende for håndtering av husholdningsavfall. Det foreligger således ingen ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Den omstridte kontrakten gjelder avfallshåndtering, som er en prioritert tjeneste med CPV-kode 90510000 i kategori 16.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring av kontrakt

- (15) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør.
- (16) Det er enighet om at innklagede i 2011 utlyste og inngikk to separate kontrakter for håndtering av henholdsvis næringsavfall og husholdningsavfall. Kontrakten om håndtering av næringsavfall ble inngått med klager rundt 15. juli 2011, og gikk ut ved årsskiftet 2014/2015. Kontrakten om håndtering av husholdningsavfall ble inngått med valgte leverandør 1. november 2011, og går ut 30. juni 2017. Klager har anført tre endringer i sistnevnte kontrakt som grunnlag for at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) Klagenemnda tar først stilling til endringen som fant sted ved kontraktsinngåelsen 1. november 2011, som følge av et forbehold i valgte leverandørs tilbud.
- (18) I tilbudet baserte valgte leverandør sine priser på den avfallsmengden som ble angitt i konkurransegrunnlaget, rundt 3200 tonn. Ved en lavere avfallsmengde forbeholdt valgte leverandør seg altså retten til å kreve høyere pris enn den som var angitt i tilbudet.
- (19) Som følge av dette forbeholdet ble det tatt inn et nytt punkt 5.2.1 i avtalen, hvor det fremgikk at prisen – ut fra endringer i den faktiske avfallsmengden – skulle være gjenstand for årlige forhandlinger. For det første kontraktsåret ble det fastsatt et minimums faktureringsgrunnlag på 3200 tonn avfall.
- (20) Dette i motsetning til konkurransegrunnlaget, hvor tilbyderne ble bedt om å oppgi sine priser "[...] i NOK pr. tonn behandlet avfall". Ved konkurransegrunnlagets prismekanisme vil leverandøren ha risikoen for endringer i avfallsmengden. Gjennom valgte leverandørs forbehold og bestemmelsen i punkt 5.2.1 om årlige reforhandlinger, vil valgte leverandør i stedet ha krav på prisregulering ut fra endringer i den faktiske avfallsmengden.
- (21) Hvorvidt innklagede lovlig kunne akseptere dette forbeholdet, og dermed endre på det avtaleutkastet som ble kunngjort sammen med konkurransegrunnlaget, reguleres i første rekke av reglene om avvisning i forskriften § 20-13 (1). Etter denne bestemmelsen skal et tilbud avvises dersom det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, eller dersom forbeholdet medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. bestemmelsens bokstav d og f.
- (22) Et forbehold er vesentlig, jf. bokstav d, dersom det for eksempel retter seg mot kontraktens grunnleggende betingelser, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-243/89 (Storebælt). At et forbehold medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes "*i forhold til de øvrige tilbudene*", jf. bokstav f, innebærer at det kun foreligger avvisningsplikt i de tilfellene der tvilen kan ha påvirket rangeringen av tilbudene, jf. klagenemndas sak 2010/377 premiss (41) med videre henvisninger. Hvis oppdragsgiver, etter en forsvarlig prissetting av forbeholdet, kommer til at den aktuelle leverandøren fortsatt har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, foreligger det ingen avvisningsplikt. Dette gjelder også der den nøyaktige priskonsekvensen av forbeholdet er uklar. I prinsippet er det derfor ikke utelukket at innklagede lovlig kunne akseptere valgte leverandørs forbehold.

- (23) En klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse må fremsettes innen to år etter at kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Kontrakten ble i det foreliggende tilfellet inngått 1. november 2011. Klagen ble brakt inn for klagenemnda ved brev datert 23. februar 2015, ca. tre og et halvt år etter kontraktsinngåelsen. Den delen av klagen som relaterer seg til denne første endringen, er dermed foreldet.
- (24) På denne bakgrunn må nemnda legge til grunn at avtalen som ble inngått 1. november 2011, er lovlig inngått. Spørsmålet om de senere endringene er vesentlige, må følgelig avgjøres ved å sammenligne endringene med denne avtalen.
- (25) Ved forliksavtale 11. november 2014 ble innklagede og valgte leverandør enige om at det – for perioden 1. juli 2013 til 1. juli 2014 – skulle faktureres for minimum 2800 tonn, og i perioden 1. juli 2014 og ut avtaleperioden for minimum 2900 tonn. Bakgrunnen for forliket er at den faktiske avfallsmengden ble mindre enn angitt i konkurransegrunnlaget, noe valgte leverandør som nevnt tok forbehold om, og som resulterte i avtalen punkt 5.2.1.
- (26) I forbindelse med forliksavtalen ble partene også enige om at valgte leverandør skulle håndtere innklagedes næringsavfall. Dette har pågått siden 1. januar 2015, og skal ifølge innklagede gjelde ut 2016. Avtalen, som ble inngått muntlig, har nær tidsmessig og innholdsmessig forbindelse med forliksavtalen, og må anskaffelsesrettslig ses i sammenheng med denne. Den delen av klagen som gjelder disse endringene, er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (27) Spørsmålet er om disse endringene utgjør en vesentlig endring av kontrakten som ble inngått 1. november 2011, og om endringene dermed må likestilles med inngåelse av en ny kontrakt, jf. bl.a. EU-domstolens avgjørelse i C-454/06 ("*presstext*").
- (28) Etter klagenemndas oppfatning faller ikke forliksavtalen i denne kategorien. Fastsettelsen av faktureringsgrunnlag bygger i utgangspunktet på avtalen som ble inngått 1. november 2011. Etter avtalen punkt 5.2.1 skulle prisen være gjenstand for årlige forhandlinger, ut fra endringer i den faktiske avfallsmengden. Forliksavtalen mellom innklagede og valgte leverandør, er i utgangspunktet i tråd med forutsetningen om å gjennomføre slike forhandlinger. At det i forliket ble fastsatt et minimums faktureringsgrunnlag, innebærer riktignok en endring, men denne endringen kan ikke karakteriseres som vesentlig. Endringen er foranlediget av at partene har vært uenige om hvilken pris som skulle legges til grunn, og tjener begge parter interesse i den situasjonen som har oppstått. Valgte leverandør vil kunne innrette sin leveranse ut fra en garantert minsteomsetning, og innklagede trenger ikke kompensere valgte leverandør for risikoen ved at prisen er basert på et estimert omfang, slik reforhandlingsklausulen legger opp til.
- (29) At valgte leverandør håndterer næringsavfall i tillegg til husholdningsavfall, kan heller ikke anses som en vesentlig endring. Håndtering av næringsavfall skiller seg neppe nevneverdig fra håndteringen av husholdningsavfallet, og avtalen fremstår på dette punkt som en praktisk og rasjonell løsning på at valgte leverandørs pris var basert på en langt høyere avfallsmengde enn den faktiske. Utover dette innebærer ikke forliksavtalen noen endring i avtalen mellom innklagede og valgte leverandør.
- (30) Endringene kan på denne bakgrunn ikke anses å representere en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Vadsø kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk