



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklart konkurransegrunnlag, Ulovlig tildelingskriterium, De generelle prinsippene i § 4

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av konsesjonskontrakt om investering, drift og vedlikehold av reklamefinansierte bymøbler. Klager anførte blant annet at innklagede brøt regelverket ved at konkurransen var innrettet slik at eksisterende leverandør fikk en urimelig konkurransefordel på bekostning av konkurrentene, og ved ikke å oppfylle sin plikt til å utjevne denne fordel. Videre anførte klager at et tildelingskriterium brøt med prinsippet om likebehandling og konkurranse. Klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel i tilstrekkelig grad, og ved å utforme et tildelingskriterium i strid med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4.

Klagenemndas avgjørelse 22. januar 2023 i sak 2023/0503

Klager: Clear Channel Norway AS

Innklaget: Sandnes og Sola kommuner

Klagenemndas

medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Sola og Sandnes kommuner (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. november 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av konsesjonskontrakt om investering, drift og vedlikehold av bymøbler i de to kommunene. Kontraktens varighet var 15 år, og estimert verdi inkludert opsjoner var 100 millioner kroner. Tilbudsfrist var 22. februar 2023.
- (2) Tildeling av kontrakt ville skje til tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Økonomi» (40 prosent), «Kvalitet» (20 prosent), «Service» (20 prosent) og «Miljø» (20 prosent). Hvert tildelingskriterium ville bli vurdert på bakgrunn av de tilhørende vurderingskravene i kravspesifikasjonen.
- (3) Kravspesifikasjonen var delt inn i fem deler. Den første delen inneholdt generelle krav. De neste fire delene het «2. Økonomikrav», «3. Kvalitetskrav», «4. Servicekrav» og «5. Miljøkrav». I hver del sto det at kravene var vurderingskrav, og at besvarelsen ville bli lagt til grunn for evalueringen under tildelingskriteriene. Det ble samtidig opplyst at vurderingskravene også kunne inneholde minimumskrav.
- (4) I punkt 1.1 «Økonomiske og administrative forutsetninger for kontrakten», sto det at leverandøren skulle stå for alle kostnader, administrasjon og annet som behøves for å sikre en velfungerende leveranse. I punkt 1.2 «Investering, drift og vedlikehold, samt tilbakeføring», sto det at leverandør skulle stå for alt av investeringer, drift og vedlikehold av bymøblene som er omfattet av avtalen, inkluderer drift av reklamene.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) Av kravspesifikasjonen punkt 1.7 «*Omfang*», fulgte det at avtalen omfattet leskur/busskur, toalettbygg, avfallsbeholdere og frittstående reklamebærere, og at disse skulle etableres på lokasjoner angitt av innklagede i eget vedlegg. Det fulgte videre at ved oppstart av avtalen skulle leverandøren bytte ut alle kommunale leskur/busskur i Sandnes og Sola kommuner som ikke var reklamefinansiert, og innlemme disse i ordningen. Dette gjaldt 51 busskur. I tillegg skulle leverandøren stå for reklamefinansiert busskur/leskur på de lokasjonene der det alt var slike busskur. Det gjaldt 86 busskur.
- (6) Videre omfattet avtalen fire toalettbygg, to frittstående reklamebærere og syv avfallsbeholdere som alt var reklamefinansiert. I tillegg ville 13 kommunalt eide avfallsbeholdere bli innlemmet i avtalen. Videre var det en opsjon på åtte frittstående reklamebærere. Dersom leverandøren ønsket å etablere nye eller endre på bymøblene, måtte det innhentes tillatelse fra oppdragsgiver.
- (7) I kravspesifikasjonen punkt 3.1 «*Økonomi*», sto det at det var ønskelig at avtalen var mest mulig økonomisk gunstig for innklagede. Deretter fulgte en oversikt over rammer for inntekts- og kostnadsfordeling under kontrakten. Innklagede skulle ha minimum to prosent av reklameinntektene. Leverandørene måtte oppgi indikasjon på årlig inntektspotensial og inntektsfordeling samt innklagedes krav og evalueringspunkter knyttet til fratrekk for kostnader. Under inntekter skulle man blant annet oppgi hvordan man skulle sikre at innklagede fikk en reell og forholdsmessig riktig fordeling av reklameinntektene, samt oppgi hvordan man skulle sørge for at det genereres mest mulig reklameinntekter fra reklameflatene. Det var «*ønskelig at Oppdragsgiver får størst mulig prosentandel av reklameinntektene etter fratrekk.*» Kriteriet åpnet for at innklagedes prosentandel av reklameinntektene ble avtalt «*i særskilte forhandlinger i kontraktsperioden.*» Under fratrekk for kostnader var det blant annet ønskelig at leverandørens fratrekk for å dekke investeringskostnader var lavest mulig, herunder at man ønsket så lang avskrivningsperiode som mulig, så lav rente som mulig, og at kostnadsnivået knyttet til investeringene var så lavt som mulig.
- (8) Kravspesifikasjonens del om «*Miljøkrav*» var delt i to, der ett krav gjaldt klimaavtrykk og luftforurensning, og ett krav gjaldt støyforurensning.
- (9) I punkt 1 om klimaavtrykk og luftforurensning, stilte innklagede krav om at gjennomføringen av kontrakten som helhet skulle føre til lavest mulig klimaavtrykk og miljøpåvirkning, og minst mulig luftforurensning. Innklagede ba leverandørene dele inn besvarelsen i tre faser: «*Oppstart og implementering*», «*Drift og vedlikehold*» og «*Avslutning*». Innklagede skrev at det blant annet kan «*oppgis forhold som tiltak, materialbruk, gjenbruk, minimering av avfall, energikilder, transport, materialers produksjonsprosess og evt. andre relevante forhold.*» Det sto til slutt at dette kravet ville tillegges stor vekt i evalueringen.
- (10) Innen tilbudsfristen ble det stilt flere spørsmål til innklagede. I spørsmål og svar av 7. februar 2023 viste Clear Channel Norway AS (heretter *klager*) til at konkurransegrunnlaget la opp til at nye leverandører måtte levere nye møbler, mens eksisterende leverandør kunne gjenbruke møblene som alt var i bruk i kommunene. Klager anførte at dette ga en konkurransevidning til fordel for eksisterende leverandør. Klager ba derfor innklagede om å endre konkurransegrunnlaget, enten ved å stille krav om å levere nye bymøbler, eller ved at innklagede kom til enighet med eksisterende leverandør om at innklagede eller ny leverandør overtok eksisterende bymøbler til avskrevet verdi.

- (11) Innklagede svarte at man ikke ville endre konkurransegrunnlaget. I svaret ble det blant annet vist til at innklagede estimerte investeringen i nye bymøbler til omkring 10 millioner kroner ekskl. mva., og at dette utgjorde en tiendedel av estimert kontraktsverdi.
- (12) I spørsmål av 13. februar 2023 ba klager om at innklagede endret konkurransegrunnlaget slik at kostnadsnivået knyttet til investeringer ble vektet så lavt som mulig, at innklagede frafalt vektleggingen av hvor raskt bymøblene ble etablert etter oppstartstidspunkt, og at klimaavtrykk, miljøpåvirkning og støy kun ble vurdert i et livsløpsperspektiv, og ikke spesifikt for oppstarts- og implementeringsfasen. Klager anførte at alle disse punktene favoriserte eksisterende leverandør.
- (13) Innklagede svarte at man mente konkurransen var lagt opp slik at det i stor grad var reell konkurranse mellom potensielle leverandører, og opplyste at man ikke ville endre konkurransegrunnlaget på noen av de anførte punktene.
- (14) Innen tilbudsfrist leverte to selskaper tilbud. Det var klager og eksisterende leverandør JCDecaux Norge AS (heretter *valgte leverandør*).
- (15) Valget av leverandør ble meddelt leverandørene 2. mars 2023.
- (16) Det fulgte av tildelingsbrevet at valgte leverandør scoret best på kriteriet «Økonomi», samt på kvalitetskriteriene «Kvalitet» og «Miljø». Klager scoret best på kriteriet «Service». På økonomikriteriet oppnådde valgte leverandør 40 vektete poeng, mens klager oppnådde 28 poeng. Totalt skilte det 12,5 vektete poeng mellom valgte leverandør og klager.
- (17) Innklagede ga klager følgende begrunnelse for scoren på økonomikriteriet:
- «På bakgrunn av det som fremkommer av tilbudet, ble det vurdert at tilbudt avtale er mindre økonomisk gunstig for Oppdragsgiver, sammenlignet med avtalen som er vurdert til å være mest økonomisk gunstig for Oppdragsgiver, og førte til trekk. Dette skyldes at tilbudt kombinasjon av fratrekk for å dekke drift, vedlikehold, reklameformidling og investeringer og Oppdragsgivers tilbudte prosentandel av reklameinntektene etter fratrekk er mindre gunstig for Oppdragsgiver enn beste tilbudte kombinasjon, og førte derfor til trekk.»*
- (18) Under miljøkriteriet ga innklagede følgende begrunnelse overfor klager:
- «Det ble gitt trekk for følgende i forhold til beste besvarelse:*
- *Ref. miljøkrav 1: På bakgrunn av det som fremkommer av tilbudet, ble det vurdert at tilbudt gjennomføring av kontrakten som helhet vil føre til noe større miljøpåvirkning, sammenlignet med tilbudet som ble vurdert til å generere den minste miljøpåvirkningen, og førte derfor til trekk. Dette skyldes at det i mindre grad ble tilbudt gjenbruk av bymøbler.»*
- (19) Klager ba om supplerende begrunnelse, og mottok denne 6. mars 2023. I den supplerende begrunnelsen skrev innklagede at man på bakgrunn av konkurransegrunnlaget og tilbudene, foretok «en skjønnsmessig vurdering ifra det som står i vurderingskravene, og det ble gitt en poengscore som representerer de relevante forskjellene.» Det ble videre vist til at de ulike tilbudene i ulik grad oppfyller de forskjellige kravene, og at dette vises igjen i poengscore og begrunnelsen som er gitt. Innklagede skrev at klager «har fått en

poengscore og begrunnelse som gjenspeiler den relevante forskjellen i forhold til de andre tilbyderne.»

- (20) Klager fremmet klage på tildelingsbeslutningen 9. mars 2023. Klager anførte at eksisterende leverandør var gitt en urimelig konkurransefordel, og viste blant annet til tildelingskriteriene «Økonomi» og «Miljø». Videre ble det blant annet klaget på tildelingskriteriene «Kvalitet» og «Service», og på anvendelsen av poengmodellen ved evalueringen. Innklagede svarte på klagen 20. mars 2023. Innklagede hevdet gjennomføringen av konkurransen var i tråd med regelverket, og tok ikke klagen til følge.
- (21) Ny klage ble sendt 24. mars 2023. Innklagede tok i brev av 29. mars 2023 heller ikke denne klagen til følge.
- (22) Kontrakt ble inngått mellom innklagede og valgte leverandør 31. mai 2023.
- (23) Saken ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. juni 2023.
- (24) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. desember 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagede brøt regelverket ved at konkurransen var innrettet slik at eksisterende leverandør fikk en urimelig konkurransefordel på bekostning av konkurrentene, og ved ikke å oppfylle sin plikt til å utjevne denne fordel. Konkurransen skulle vært avlyst.
- (26) Fratrekk for investeringskostnader og oppdragsgivers andel av reklameinntektene etter fratrekk, påvirkes i stor grad av om leverandøren har mulighet til å benytte brukte bymøbler eller ikke. Dette er to viktige parametere under tildelingskriteriet «Økonomi», og gir eksisterende leverandør en fordel.
- (27) Det er kun eksisterende leverandør som har hatt mulighet til å premieres for gjenbruk av bymøbler, og dette kriteriet innebærer med andre ord en eksplisitt premiering av noe som kun eksisterende leverandør er i stand til å tilby.
- (28) Tildelingskriteriet «Økonomi» er utformet i strid med konsesjonskontraktforskriften § 8-9 tredje ledd og de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling i anskaffelsesloven § 4. Tildelingskriteriet «Økonomi» er så skjønsmessig utformet at oppdragsgiver får en ubegrenset valgfrihet ved evalueringen. Videre er det ikke oppstilt et dokumentasjonskrav som muliggjør en effektiv kontroll av troverdigheten av det tilbudte.
- (29) Tildelingskriteriet «Miljø» er utformet slik at det premierer en gjenbruk av bymøbler som kun eksisterende leverandør kunne tilby.
- (30) Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning, og har påvirket deltakerinteressen, eller hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Innklagede brøt ikke regelverket for offentlige anskaffelser. Konkurransen er ikke innrettet på en måte som ulovlig favoriserer eksisterende leverandør.

- (32) Under tildelingskriteriet «Økonomi», er eksisterende leverandørs konkurransefordel ikke større enn det som er lovlig. Verdien av allerede å ha bymøbler utplassert, er ikke så avgjørende som klager hevder. Kontrakten er på 15 år, og for eksempel drifts- og vedlikeholdskostnader kan være lavere ved bruk av nye møbler.
- (33) Tildelingskriteriet «Miljø» er lovlig, og gir ikke en ulovlig konkurransefordel til valgte leverandør. Muligheten for gjenbruk gjaldt generelt – ikke bare for bymøblene som alt er utplassert på stedene omfattet av denne kontrakten. Det var like stor mulighet for klager til å score høyt på miljøkriteriet.
- (34) I den grad det foreligger en konkurransefordel, er denne i tilstrekkelig grad utjevnet av innklagede. Tildelingsevalueringen bygget på en helhetsvurdering som sikret at tidligere leverandør ikke fikk en konkurransefordel.
- (35) Tildelingskriteriet «Økonomi» er ikke ulovlig utformet. Kriteriet stiller krav om dokumentasjon. Indikasjon av inntekten er heller ikke i strid med konsesjonskontraktforskriften, siden man forplikter seg til risikoen for driften, herunder de totale inntektene som kan genereres. Tildelingskriteriet er heller ikke så skjønnspreget at det gir innklagede en ubegrenset valgfrihet.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av investering, drift og vedlikehold av bymøbler i Sandnes og Sola kommune, og er utlyst som en tjenstekonsesjonskontrakt. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om konsesjonskontrakter 12. august 2016 nr. 976 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1.

Eksisterende leverandørs konkurransefordel

- (37) Klager har anført at oppdragsgiver har brutt regelverket ved å gi eksisterende leverandør en ulovlig konkurransefordel i konkurransen, og ved ikke å utligne denne. Dette er ifølge klager kommet til uttrykk gjennom en ulovlig utforming av tildelingskriteriene «Økonomi» og «Miljø».
- (38) Det følger av konsesjonskontraktforskriften § 8-9 (1) og (2) at tildelingskriteriene skal være objektive og ha tilknytning til leveransen. Kravene i kravspesifikasjonen skal også ha tilknytning til leveransen, og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi, jf. § 8-3 (2).
- (39) Konsesjonskontraktdirektivet og konsesjonskontraktforskriften regulerer ikke direkte spørsmålet om eksisterende leverandørs konkurransefordel. Det følger av kravene til likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4, at oppdragsgiver plikter å behandle leverandørene likt i anskaffelsesprosessen. Kravspesifikasjonene skal være nøytrale og ikke tilpasset én leverandør.
- (40) Oppdragsgiver kan i visse tilfeller ha en aktivitetsplikt for å redusere og eventuelt utjevne en konkurransefordel som en leverandør har i kraft av å være eksisterende leverandør. Dette gjelder selv om konkurransefordelen ivaretar et saklig behov for innklagede, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2022/868. Om og i hvilken utstrekning oppdragsgiver har plikt til å redusere et konkurransefortrinn, beror på en konkret

vurdering. Relevante momenter i denne vurderingen er blant annet hvor enkelt og rimelig det er å redusere konkurransefortrinnet, og om en reduksjon innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter, se for eksempel Underrettens avgjørelse i sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki), avsnitt 76. Oppdragsgiver plikter imidlertid ikke å utjevne enhver forskjell. Oppdragsgiver har bare plikt til å utjevne fordeler i det omfang de teknisk sett er enkle å utjevne, dersom utjevningen er økonomisk akseptabel, og dersom den ikke innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2014/24.

- (41) I spørsmålet om eksisterende leverandørs konkurransefordel, vil man se hen til konkurransen og konkurransegrunnlaget i sin helhet. På bakgrunn av partenes anførsler vil tildelingskriteriene behandles i rekkefølge.

Tildelingskriteriet «Miljø»

- (42) Under tildelingskriteriet «Miljø» anfører klager at kravspesifikasjonens henvisning til «gjenbruk» som et av punktene som vil evalueres, innebærer en premiering av et forhold – gjenbruk av eksisterende bymøbler – som kun eksisterende leverandør er i stand til å tilby.
- (43) I kravspesifikasjonens punkt om klimaavtrykk og miljøforurensning, skulle leverandørene oppgi hvordan klimaavtrykket og miljøpåvirkningen ville reduseres i de ulike fasene av kontrakten. Leverandørene kunne blant annet oppgi «forhold som tiltak, materialbruk, gjenbruk, minimering av avfall, energikilder, transport, materialers produksjonsprosess og evt. andre relevante forhold.»
- (44) Direkte gjenbruk av bymøbler som er utplassert i byen etter eksisterende kontrakt, er én måte å oppfylle dette kriteriet på. Kriteriet legger imidlertid opp til en bred vurdering av hvordan leverandørene vil ivareta miljøhensyn under kontrakten, der en rekke ulike tiltak kunne gi uttelling. Kriteriet krever heller ikke at uttelling for gjenbruk krever direkte gjenbruk av bymøblene som alt er utplassert i byen. Kravspesifikasjonens utforming tilsier derfor ikke i seg selv at «gjenbruk» vil gi eksisterende leverandør en konkurransefordel i strid med anskaffelsesregelverket.
- (45) Av tildelingsbrevet følger det at klager oppnådde 18,5 vektete poeng, mens valgte leverandør oppnådde 20 vektete poeng på tildelingskriteriet «Miljø». I begrunnelsen sto det at mindre gjenbruk av bymøbler var hovedårsaken til at klagers tilbud ble vurdert å føre til en noe større miljøpåvirkning enn beste tilbud.
- (46) Selv om gjenbruk av bymøbler virker å være den relevante forskjellen mellom tilbudene på miljøkriteriet, er ikke dette i seg selv ulovlig. Spørsmålet er om kravet totalt sett innebar en ulovlig konkurransefordel.
- (47) Kriteriet la opp til en bred vurdering av en rekke momenter, hvor «gjenbruk» bare var ett av dem. Det er begrenset poengforskjell mellom tilbyderne, og tildelingskriteriet åpner for at klager kunne oppnå full score på kriteriet. Ut ifra mottatt dokumentasjon, er det ikke sannsynliggjort at fordelene av å ha eksisterende bymøbler var ulovlig konkurransevridende. Klagenemnda finner det ikke sannsynliggjort at valgte leverandør under miljøkriteriet isolert sett har hatt en urimelig konkurransefordel.

Tildelingskriteriet «Økonomi»

- (48) Tildelingskriteriet «Økonomi» var utformet slik at det overordnet skulle evalueres hvor økonomisk gunstig avtalen ville være for oppdragsgiver. Kriteriet var vektet 40 prosent.
- (49) Klager anfører at tildelingskriteriet «Økonomi», slik det er utdypet i kravspesifikasjonen, inneholder elementer som favoriserer eksisterende leverandør. Da konkurransegrunnlaget ikke åpner for at nye leverandører eller innklagede kan overta bymøblene som i dag er utplassert i bymiljøet, vil eksisterende leverandør ha lavere investeringskostnader enn andre leverandører. Dette vil igjen gi eksisterende leverandør rom for å tilby en høyere andel av reklameinntektene til oppdragsgiver.
- (50) Det er ubestridt at et krav som premierer gjenbruk av bymøbler, i seg selv var saklig begrunnet. Et slikt krav vil både kunne være økonomisk fornuftig for oppdragsgiver, samt kunne redusere miljøkostnader knyttet til produksjon og utplassering av nye bymøbler.
- (51) Det er videre klart at å pålegge nye leverandører å erstatte nåværende bymøbler, mens eksisterende leverandør kan fortsette å bruke bymøblene som står i byene, objektivt sett medfører en økonomisk fordel for valgte leverandør. Spørsmålet er om dette utgjorde en urimelig konkurransefordel, uten at innklagede gjorde tilstrekkelig for å utligne denne.
- (52) Av tildelingsbrevet følger det at valgte leverandør oppnådde 40 vektete poeng under økonomikriteriet. Klager oppnådde 28 poeng. Dette er en betydelig forskjell, som kan tilsi at valgte leverandør har hatt en konkurransefordel av en viss størrelse. Det følger ikke av tildelingsbegrunnelsen om poengforskjellen skyldes ulike kostnader under investeringene, eller om prisforskjellen skyldes andre faktorer, for eksempel løpende driftskostnader, reklameinntekter eller annet. I evalueringsmatrisen, som innklagede har gitt delvis innsyn i etter klagen til klagenemnda, er begrunnelsen for poengscore under økonomikriteriet sladdet.
- (53) Det følger av konkurransegrunnlaget at estimert kontraktsverdi over 15 år er 100 millioner kroner, som utgjør innklagedes estimat av totale reklameinntekter. Det følger av innklagedes svar på klage på tildeling 20. mars 2023, at man kunne estimere at utskifting av alle bymøblene ville gi en kostnad mellom 20 og 25 millioner kroner. Et slikt estimat ble av oppdragsgiver ansett å ligge i øvre sjikt. Dersom ny leverandør må investere 22,5 millioner i nye bymøbler, mens eksisterende leverandør må investere 12,5 millioner, vil eksisterende leverandør, med seks prosent rente og 15 års avskrivningsperiode, ha 15,4 millioner lavere fratrekk for hele kontraktsperioden knyttet til investeringene. Dersom øvrige driftskostnader og løpende inntekter settes likt mellom partene, vil dette utgjøre overskuddet på eksisterende leverandørs hånd som eventuelt kan deles med oppdragsgiver. Dette utgjør etter nemndas syn en betydelig konkurransefordel, og det krever at innklagede tar grep for å utligne denne fordelene.
- (54) Innklagede anfører blant annet at lang avskrivningstid gjør at betydningen av investeringskostnadene reduseres. I tillegg vises det til at konkurransefordelen er utlignet ved at innklagede i evalueringen har gjort en helhetsvurdering, i stedet for en separat vurdering av hvert priselement. Det hevdes at man ved å vurdere alle forholdene helhetlig, vil innklagede kunne vurdere hvem som faktisk tilbyr den mest gunstige økonomiske løsningen.
- (55) Lang kontraktstid og tilhørende mulighet til avskrivning over flere år, vil kunne redusere eksisterende leverandørs konkurransefordel. Anskaffelsen omfatter også utskifting av kommunens egne bymøbler, der både eksisterende og nye leverandører må installere nye

bymøbler. Det gjør eksisterende leverandørs relative fordel av å ha de eksisterende møblene mindre enn hvis kontrakten kun gjaldt eksisterende bymøbler.

- (56) Innklagede har videre vist til at man under økonomikriteriet skal gjøre en helhetlig vurdering som inkluderer en rekke forhold. Klagenemnda bemerker at det forhold at man evaluerer økonomikriteriet helhetlig, i stedet for per post, ikke i seg selv vil eliminere eller redusere en konkurransefordel så lenge fordelene likevel kommer til uttrykk i oppnådd score. Konkurransefordelen forsvinner ikke ved en helhetlig vurdering av kriteriet, så lenge eksisterende leverandørs betydelig lavere investeringskostnader påvirker den mulige uttellingen på flere punkter i helhetsvurderingen.
- (57) Etter klagenemndas syn har innklagede, utover lang kontraktstid, i liten grad vist til konkrete tiltak for å utligne eksisterende leverandørs konkurransefordel. Økonomikriteriet legger opp til å vurdere hvor økonomisk gunstig tilbudet er totalt sett, og eksisterende leverandørs betydelig lavere investeringskostnader vil i stor grad påvirke hvor økonomisk gunstig tilbud leverandørene vil kunne tilby. Valgte leverandørs lave investeringskostnader setter dem i en bedre posisjon for god uttelling på de øvrige vurderingstemaene som skulle inngå i helhetsvurderingen, nemlig samlede kostnader, reklameinntekter og andel av inntekter som ville bli overført innklagede. Slik tildelingskriteriet er utformet, har innklagede i liten grad tatt grep for å utligne denne forskjellen.
- (58) Klagenemnda finner etter dette under noe tvil at økonomikriteriet er utformet på en måte som gir eksisterende leverandør en urimelig konkurransefordel, og at innklagede ikke i tilstrekkelig grad har utjevnet denne forskjellen.

Spørsmål om lovligheten av tildelingskriteriet

- (59) Til sist vil nemnda behandle anførselen om at tildelingskriteriet «Økonomi» er i strid med konsesjonskontraktforskriften § 8-9 (3) og de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling i anskaffelsesloven § 4.
- (60) Tildelingskriterier skal være utformet slik at det for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører skal være mulig å fortolke dem på samme måte, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC). Likebehandlingskravet innebærer at det må være mulig å forstå hva som reelt ligger i kravene, og om det er mulig å evaluere tilbudene på en måte som ivaretar hensynet til blant annet likebehandling og gjennomsiktighet, jf. LH-2012-12587. Dersom tildelingskriteriet er utformet slik at tilbudene ikke kan sammenlignes, vil prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet være brutt. I dette ligger et krav til klarhet om hva som skal dokumenteres, og hvordan dette vil påvirke evalueringen.
- (61) For hvert tildelingskriterium skal det angis krav til dokumentasjon. Dokumentasjonskravet skal ifølge § 8-9 (3) gjøre det mulig for oppdragsgiver å etterprøve oppfyllelse av tildelingskriteriene på en objektiv måte, jf. konsesjonskontraktdirektivet artikkel 41. Det er imidlertid presisert i EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/16 (Fosen 1) avsnitt 122 at «dokumentasjonskrav[et] må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå målet om å kontrollere om opplysningene fremlagt av tilbyder, er troverdige og oppfyller oppdragsgivers krav».

- (62) Under tildelingskriteriet «Økonomi» ville leverandørene bli vurdert ut ifra de ulike vurderingskravene som fremgikk under punktet «Økonomikrav» i kravspesifikasjonen. Hovedelementet under tildelingskriteriet var at avtalen skulle være *«mest mulig økonomisk gunstig for Oppdragsgiver.»*
- (63) Det var i kravspesifikasjonen lagt opp til at leverandørene skulle redegjøre for en rekke forhold knyttet til økonomikriteriet, herunder investeringskostnader, utgifter til drift, reklameinntekter og andel av inntekter som ville bli overført innklagede. Dette ga leverandørene anledning til å gi en grundig redegjørelse for planlagte utgifter og inntekter. Skal innklagede kunne evaluere på *«indikasjon på det årlige inntektspotensialet»* og prosentats av overskuddet, må innklagede imidlertid ha troverdige opplysninger om forventede inntekter.
- (64) Det er for klagenemnda uklart hvordan en *«indikasjon på det årlige inntektspotensialet»* skal dokumenteres, og hva som vil vektlegges i evalueringen. Det er uklart om innklagede i evalueringen vil se hen til hvor sannsynlig de beskrevne inntektene fremstår, eller om man kun ser på hvor store inntekter og prosentandel som er beskrevet og tilbudt. Usikkerhet knyttet til betydningen av indikert inntekt og tilbudt prosentandel av overskudd, understrekes av at man i konkurransegrunnlaget åpner for at oppdragsgivers prosentandel av reklameinntektene i noen tilfeller kan avtales *«i særskilte forhandlinger i kontraksperioden»*. I et slikt tilfelle vil både indikert inntekt og tilbudt prosentandel av overskudd være uforpliktende.
- (65) Problemet ved å skulle evaluere på indikert inntekt, kommer ytterligere på spissen ved at det på inntektssiden kun er stilt krav om at innklagede skal motta en prosentmessig andel av overskudd. Hvilken prosentmessig andel av overskudd som er mest økonomisk gunstig for innklagede ved evalueringen, vil avhenge av det faktiske overskuddet til leverandørene – to prosent andel av et høyt overskudd er mer verdt enn tre prosent av et lavt overskudd. Dette tilsier et strengere krav til dokumentasjonen av fremtidig inntekt.
- (66) Klagenemnda har vært i noe tvil, men det er etter dette uklart for nemnda hvordan leverandørene skulle dokumentere oppfyllelse av økonomikriteriet, og hvordan dokumentasjonen ville bli evaluert. Tildelingskriteriet strider etter dette mot prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet, jf. loven § 4.

Konklusjon:

Sola og Sandnes kommuner har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel i tilstrekkelig grad, og ved å utforme et tildelingskriterium i strid med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

