



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tilbudsevaluering.

Damhaug Consult AS gjennomførte på vegne av Vestfold Avfall og Ressurs AS en åpen anbudskonkurranse som gjaldt transport og behandling av restavfall fra husholdningsrenovasjonen som hentes fra omlastningsanlegg. Klager anførte at omgjøringen av tildelingsbeslutningen ikke var lovlig. Klagenemnda kom til at omgjøringen var ulovlig, da den første evalueringen ikke var i strid med anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas avgjørelse 12. september 2024 i sak 2024/1042

Klager: Geminor AS

Innklaget: Vesar (Vestfold Avfall og Ressurs AS)

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Kjersti Holum Karlstrøm, Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Damhaug Consult AS kunngjorde på vegne av Vesar Vestfold Avfall og Ressurs AS (heretter *innklagede*) 2. mai 2024 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av transport og behandling av restavfall. Tilbudsfrist var 4. juni 2024.
- (2) Det fremgikk i konkurransegrunnlaget punkt 4.2 at evalueringen skulle skje på basis av hvilket tilbud som totalt sett hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 60 prosent), «Oppdragsforståelse og kvalitet» (vektet 10 prosent) og «Klima og miljø» (vektet 30 prosent).
- (3) Tildelingskriteriet «Klima og miljø» skulle vurderes ut fra «Garantert energiutnyttelse ved energigjenvinning av restavfall utover minstekravene.»
- (4) I punkt 4.3 fremgikk følgende beskrivelse av evalueringen av tildelingskriteriene:
«Innen kriteriene kvalitet og, klima og miljø, får beste tilbud for hvert kriterium 10 poeng, og der karakterene til de øvrige tilbudene for hvert kriterium gis poeng som etter beste skjønn gjenspeiler de relevante forskjellene mellom tilbudene.»
- (5) Minstekravet til energigjenvinning fremgikk i kravspesifikasjonene punkt 4 om «MILJØKRAV»:
«Ved gjennomføring av kontrakten skal anlegget for energigjenvinning ha en energigjenvinningsgrad (definert som R1, jf. rammedirektivet for avfall) på minimum 0,80 over kalenderåret, eller en energiutnyttelse på minimum 80 %, jf. punkt 7 om rapportering. Eventuelle garanterte verdier utover dette blir en del av tildelingskriteriene, jf. Punkt 4.2 i tildelingskriteriene.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder Geminor AS (heretter *klager*) og Norsk gjenvinning Downstreams AS (heretter *valgte leverandør*).
- (7) Det ble via Mercell meddelt 10. juni 2024 at klagers tilbud hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, og at kontrakt ville bli tildelt klager. Det ble oppgitt en tabell som viste hvordan evalueringen og vektingen var gjort.

Kriterium	1-Geminor AS	2- NG Downstream AS	3- FREVAR KF
Pris (60 %)	6,00	5,92	5,66
Oppdragsforståelse og kvalitet (10 %)	1,00	0,90	0,80
Klima og miljø (30 %)	2,91	3,00	2,85
Total vektet poengsum:	9,91	9,82	9,31

- (8) Tildelingen ble påklaget av valgte leverandør 17. juni 2024. I klagen ble det anført at innklagede under tildelingskriteriet «*klima og miljø*» hadde foretatt en evaluering i strid med beskrivelsen i konkurransegrunnlaget.
- (9) Den 20. juni 2024 ble det meddelt at tildelingsbeslutningen var omgjort og det ble gitt følgende begrunnelse:

«Etter en ny gjennomgang av evalueringen basert på mottatt klage, er det avdekket en feil i bruk av skala for klima og miljø, som har medført at vektingen mellom tildelingskriteriene har blitt påvirket. Ved en feil har skalaen også omfattet energigjenvinningsgrad som er lavere enn 0,8 - som er satt som minimumskrav i konkurransen. En slik feil medfører at tildelingen 10.06.24 var i strid med anskaffelsesforskriften, og at det både foreligger rett og plikt til å omgjøre tildelingen. Feilen er nå rettet i denne nye tildelingen, og de er nærmere redegjort for dette i begrunnelsen for poenggivning under klima og miljø»

- (10) Det ble også oppgitt en revidert tabell:

Kriterium	1-Geminor AS	2- NG Downstream AS	3- FREVAR KF
Pris (60 %)	6,00	5,92	5,66
Oppdragsforståelse og kvalitet (10 %)	1,00	0,90	0,80

Klima og miljø (30 %)	2,55	3,00	2,25
Total vektet poengsum:	9,55	9,82	8,71

- (11) Klager påklaget den nye evalueringen 24. juni 2024. Innklagede svarte 26. juni 2024 at de ikke tok klagen til følge.
- (12) Klagen ble brakt til klagenemnda for offentlig anskaffelser 8. juli 2024. Innklagede har utsatt kontraktinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. september 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Den første tildelingen var ikke i strid med anskaffelsesregelverket, og omgjøringen var således ulovlig. Beskrivelsen av tildelingskriteriene tilsier at det kan være ulike evalueringsmetoder som brukes og innklagede er dermed ikke forpliktet til å bruke en bestemt metode. Bare fordi en metode passer bedre til ordlyden, betyr ikke det at en annen metode er ulovlig. Når oppdragsgiver velger en metode å vurdere tilbudene etter, er det innenfor oppdragsgivers skjønnsfrihet. Et slik skjønn er de bundet av, og det er derfor ikke mulig å omgjøre. Skjønnsutøvelsen var ikke vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Den første tildelingen var i strid med anskaffelsesregelverket, som følge av en feil i skalaen for kriteriet klima og miljø. Det forelå ikke en skjønnsutøvelse, men en ren matematisk feil. Denne feilen var i strid med konkurransedokumentene og det var derfor en plikt til å omgjøre tildelingen. Det følger av konkurransegrunnlaget at kriteriet klima og miljø skulle vurderes fra garantert energiutnyttelse utover minstekravet. Da minstekravet var 80 prosent betyr det at poengene skulle fordeles mellom 80 og 100 prosent energiutnyttelse. I første tildeling ble poengene gitt etter en energiutnyttelse fra 0 til 100 prosent, noe som klart strider med konkurransedokumentet. Dermed var den første tildelingen vilkårlig og ikke forutberegnelig og i strid med anskaffelsesloven § 4.
- (16) Den første tildelingen medfører at poenggivning av energiutnyttelse utover minstekravet bare kunne fordeles mellom 2,44 til 3 poeng. Dette medførte at kriteriet klima og miljø ikke fikk den vekt som fremgår i konkurransedokumentet og den vekten som fremkommer i forskriften § 7-9 andre ledd.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder transport og behandling av restavfall som er en tjenesteanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (18) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om omgjøringen av den første tildelingen var lovlig.
- (19) Det følger av anskaffelsesforskriften § 25-1 fjerde ledd at hvis en oppdragsgiver finner at beslutningen om valg av leverandør er «i strid med forskriften», kan beslutningen omgjøres frem til kontrakt er inngått. Tilsvarende gjelder dersom tildelingen strider mot andre bestemmelser i regelverket, herunder de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, jf. LH-2021-58587 og klagenemndas sak 2018/258 premiss 48. Dersom oppdragsgiver har gjort feil i anskaffelsesprosessen, foreligger det imidlertid en plikt til å rette dette, se eksempelvis LB-2019-145192. En lovlig tildelingsbeslutning kan imidlertid ikke annulleres ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2020/413 avsnitt 30 med videre henvisninger.
- (20) I sak LB-2007-100623 (Norstraal) uttales følgende om når omgjøring kan finne sted:
- «Vilkåret om at det må være begått «feil» vil for det første være oppfylt hvis det foreligger brudd på reglene i loven eller forskriften, myndighetsbruk eller feil i det faktiske grunnlaget for beslutningen. (...) skjønnnet som er utøvd i tildelingsbeslutningen [kan] ikke settes til side med mindre skjønnsutøvelsen er vilkårlig eller sterkt urimelig».*
- (21) Hvorvidt innklagede lovlig kunne omgjøre tildelingsbeslutningen av 10. juni 2024 beror dermed på om det forelå feil ved den første tildelingen. Feilen som påberopes er at innklagede brukte feil evalueringsmetode under miljøkriteriet.
- (22) Det følger av det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 at leverandørene skal kunne stole på at den informasjonen de får fra oppdragsgiver er korrekt, og at oppdragsgiver agerer som beskrevet i konkurransegrunnlaget, jf. Prop. 51 L (2015-2016) s. 83 og NOU 2014:4 s. 78. I dette ligger blant annet at oppdragsgiver må benytte en evalueringsmetode som er forenlig med det som er oppgitt i konkurransegrunnlaget, se for eksempel sakene 2012/1344 avsnitt 53, 2016/83 avsnitt 41 og 2017/334 avsnitt 20. Dette er opprettholdt av Borgarting lagmannsrett i LB-2020-84478.
- (23) Lagmannsretten kom i nevnte sak til at det ikke kunne utledes av konkurransedokumentene hvilken metode som skulle brukes. Retten anså ordlyden for å kunne omfatte flere metoder. Ordlyden var ikke entydig, og det var ikke avgjørende hvilken metode som var mest nærliggende ordlyden.
- (24) Det samme gjelder i herværende sak. Tildelingskriteriet «Klima og miljø» skulle etter konkurransegrunnlaget vurderes ut fra hva leverandørene kunne garantere av energiutnyttelse «utover minstekravene». Minstekravet var en energiutnyttelse på 80 prosent. Dette tilsier at leverandørene måtte tilby en garantert energiutnyttelse på mer enn 80 prosent for å få uttelling på tildelingskriteriet. Det fremkommer ikke i konkurransedokumentene hvilken metode innklagede ville bruke for å omgjøre tilbydd energiutnyttelse til poeng. Selv om en spesiell metode passer bedre til ordlyden i konkurransegrunnlaget betyr ikke det at alle andre metoder er ulovlig.
- (25) Videre er det i konkurransegrunnlaget beskrevet at beste tilbud ville få ti poeng og at øvrige tilbud vil «gis poeng som etter beste skjønn gjenspeiler de relevante forskjellene mellom tilbudene». Dette begrenser ikke bruk av hele skalaen fra 0-100 prosent energiutnyttelse.

- (26) Det er enighet mellom partene om at innklagede i den opprinnelige tildelingen benyttet en metode hvor den prosentvise forskjellen i garantert energiutnyttelse ble omregnet til poeng. Valgte leverandør garanterte 100 prosent energiutnyttelse og fikk tre vektete poeng. Klager garanterte 97 prosent energiutnyttelse og fikk 2,91 vektete poeng ($97 \cdot 3 / 100 = 2,91$).
- (27) Innklagede har i tråd med føringene gitt i konkurransegrunnlaget gitt beste tilbud ti poeng, tilsvarende tre vektete poeng. Slik tildelingskriteriet var formulert, kan klagenemnda ikke se at kriteriet oppstiller en forpliktelse til å fordele hele poengskalaen fra 1-10 bare innenfor intervallet mellom 80-100 prosent energiutnyttelse. Klagenemnda kan heller ikke se at konkurransegrunnlaget begrenser hvilket forholdstall eller matematiske modell som skulle benyttes. Klagenemnda vurderer at innklagedes metode ved den opprinnelige tildelingen er forenlig med de føringer og øvrige rammer gitt i konkurransegrunnlaget for evalueringen.
- (28) Det er slått fast i praksis at det ikke gjelder noe generelt krav om at oppdragsgiver skal benytte samme poengberegningsmetode på tildelingskriteriene. Det avgjørende er derimot om metodene som benyttes, gir egnede utslag i den samlede vurderingen jf. blant annet LB-2010-68992 og klagenemndas avgjørelse i sak 2019/203 avsnitt 48.
- (29) Spørsmålet videre blir om metoden benyttet ved den første tildelingen var egnet til å premiere relevante forskjeller.
- (30) Den prosentvise forskjellen i energiutnyttelse på tre prosent tilsvarer 0,09 forskjell i vektete poeng. Med et fortrinn på 0,09 poeng utlignet valgte leverandør en prisforskjell på 1 076 370 kroner. Dette poengutslaget fremstår for nemnda verken som vilkårlig eller sterkt urimelig. Klagenemnda er etter dette kommet til at metoden som ble benyttet ved den første tildelingen er egnet til å premiere relevante forskjeller. Innklagede har ikke vist at den opprinnelige tildelingen ga ulovlige utslag.
- (31) Klagenemnda har etter dette kommet til at den første tildelingen var lovlig, og omgjøringen var dermed ulovlig.

Omgjøringen strider mot anskaffelsesforskriften § 7-9 og konkurransedokumentene

- (32) Klagenemnda skal videre ta stilling til om den første evalueringen strider mot anskaffelsesforskriften § 7-9 og det som fremkommer av konkurransedokumentene.
- (33) Det følger av § 7-9 andre ledd at oppdragsgiver skal vekte klima- og miljøhensyn med «*minimum tretti prosent*». I konkurransedokumentene fremgikk det av punkt 4.2 at kriteriet «*Klima og miljø*» skulle vektet 30 prosent.
- (34) Innklagede har vist til at bruken av skalaen i den første evalueringen medfører at tildelingskriteriet «*Klima og miljø*» ikke får sin angitte og lovpålagte vekt på 30 prosent.
- (35) Klagenemnda kan ikke se at innklagede i denne saken har endret tildelingskriteriets vekt ved å bare benytte øvre del av skalaen. Forholdet mellom kriteriene er den samme, både ved den første og den andre evalueringen. Ett vektet poeng på priskriteriet utlignes av to vektete poeng på tildelingskriteriet «*Klima og miljø*». Tilsvarende vil ett uvektet poeng på «*Klima og Miljø*» utligne en prisforskjell på 3 587 900 kroner i begge evalueringene. Klagenemnda er etter dette kommet til at den første evalueringen ikke endrer

tildelingskriteriets vekt i strid med anskaffelsesforskriften § 7-9 og konkurransedokumentene.

- (36) Den første evaluering var derfor ikke i strid med regelverket og innklagede kunne dermed ikke omgjøre tildelingsbeslutningen etter forskriften § 25-1 (4).

Konklusjon:

Innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre den første beslutningen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur